

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

PEDRO AUGUSTO MACHADO

**LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO
CONSUMIDOR: INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA
PRATICADAS POR MICRO E PEQUENOS
EMPRESÁRIOS E SEUS IMPACTOS SOBRE AS
RELAÇÕES CONSUMERISTAS**

POUSO ALEGRE – MG

2019

PEDRO AUGUSTO MACHADO

**LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO
CONSUMIDOR: INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA
PRATICADAS POR MICRO E PEQUENOS
EMPRESÁRIOS E SEUS IMPACTOS SOBRE AS
RELAÇÕES CONSUMERISTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Pós-Doutor Elias Kallás Filho.

FICHA CATALOGRÁFICA

M334I MACHADO , Pedro Augusto

Livre Concorrência e Defesa do Consumidor: Infrações à Ordem Econômica praticadas por micro e pequenos empresários e seus impactos sobre as relações consumeristas. / Pedro Augusto Machado . Pouso Alegre: FDSM, 2019.

118p.

Orientador: Elias Kallás Filho .

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Desenvolvimento Econômico. Ordem Econômica. Defesa da Concorrência. Defesa do Consumidor. Micro e Pequenos Empresários. Infrações à Ordem Econômica.. I Kallás Filho , Elias . II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

PEDRO AUGUSTO MACHADO

LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR: INFRAÇÕES À
ORDEM ECONÔMICA PRATICADAS POR MICRO E PEQUENOS
EMPRESÁRIOS E SEUS IMPACTOS SOBRE AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 31/05/2019

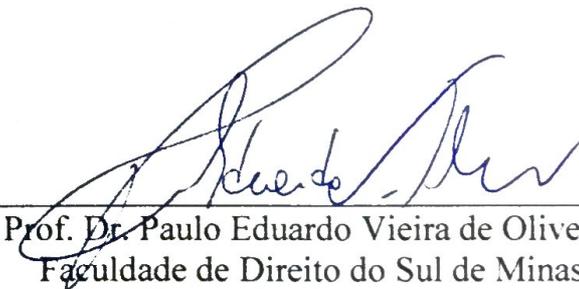
Banca Examinadora



Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG
2019

Dedico este trabalho especialmente aos
meus pais, Joaquim e Dilma,
ao meu irmão, Alexandre,
e à minha noiva, Larysse.
Obrigado por constituírem minha base.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, este compreendido como o mais alto nível de transcendência. Agradeço meus familiares, amigos e colegas de profissão que me apoiaram ao longo desses dois anos de profundos estudos.

Agradeço, ainda, imensamente o Professor Dr. Elias Kallás Filho, meu orientador neste estudo, que me mostrou os caminhos a serem seguidos e pelas correções de rumo quando foram necessárias. Agradeço por sua dedicação, paciência e companheirismo nos últimos seis anos de pesquisa em conjunto.

“Everything else can wait but the search for God cannot wait, and love one another”.
George Harrison.

RESUMO

MACHADO, Pedro Augusto. Livre Concorrência e Defesa do Consumidor: Infrações à Ordem Econômica praticadas por micro e pequenos empresários e seus impactos sobre as relações consumeristas. 2019. 119f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2019.

Ancorado no método analítico e na técnica de pesquisa bibliográfica, o presente estudo tem como objetivo central analisar a eficácia da proteção do consumidor em razão de potenciais infrações à ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários. Para tanto, inicialmente, será analisada a formação da concepção de desenvolvimento e crescimento econômico, traçando um paralelo entre eles, indicado os reais índices de desenvolvimento, bem como será analisada a relevância dos objetivos da Constituição Econômica e do papel do Estado para a superação do subdesenvolvimento nacional. Posteriormente, será realizada uma abordagem histórica doutrinária referente ao direito da concorrência em um contexto internacional e nacional, bem como sua relação com a efetivação da defesa do consumidor, como forma de alcançar os ideais desenvolvimentistas de Amartya Sen. Ainda, será analisada a função do Estado na concretização da defesa da concorrência e do consumidor, levando em consideração o caráter programático e vinculativo das normas estabelecidas no artigo 170 da Constituição Federal. Por fim, serão analisados os requisitos constitucionais e legais para a caracterização de infração contra a ordem econômica, bem como será avaliada a possibilidade de condutas de micro e pequenos empresários configurarem atos anticompetitivos e, ainda, as barreiras decorrentes disso para concretizar a defesa do consumidor, a qual se apresenta como obrigação do Estado, atraindo a competência do Ministério Público em razão da natureza coletiva do direito concorrencial. Em sede conclusiva, pesquisa tem como resultado a identificação de que uma efetiva cooperação dos órgãos ministeriais no combate a infrações contra a ordem econômica, da mesma forma como acontece com as promotorias especializadas na defesa do consumidor, tornaria a prestação do Estado Brasileiro mais eficaz quanto à efetivação da defesa dos direitos consumeristas.

Palavras-chave: Desenvolvimento Econômico. Ordem Econômica. Defesa da Concorrência. Defesa do Consumidor. Micro e Pequenos Empresários. Infrações à Ordem Econômica.

ABSTRACT

MACHADO, Pedro Augusto. *Free Competition and Consumer Defense: violations to the economic order committed by micro and small entrepreneurs and their impacts on the consumer relations*. 2019. 119p. *Dissertation (Master in Constitutionalism and Democracy)* – Faculdade de Direito do Sul de Minas. *Post-Graduation Program in Law*, Pouso Alegre, 2019.

Anchored in the analytical method and the bibliographic research technique, the present study aims to analyze the effectiveness of the protection of the consumer due to potential violations to the economic order committed by micro and small entrepreneurs. To that end, initially, the formation of the concept of economic development and growth will be analyzed, drawing a parallel between them, indicating the real development indices, as well as it will be analyzed the relevance of the objectives of the Economic Constitution and the role of the State in overcoming the underdevelopment. Subsequently, a historical doctrinal approach will be carried out regarding competition law in an international and national context, as well as its relationship with the effectiveness of consumer protection, as a way of reaching the developmental ideals of Amartya Sen. Besides, it will be analyzed the role of the State in the realization of the defense of the competition and the consumer, taking into consideration the programmatic and binding nature of the norms established in article 170 of the Federal Constitution. Finally, it will be analyzed the constitutional and legal requirements for the characterization of violation to the economic order, as well as the possibility of conducts of micro and small entrepreneurs to characterize anticompetitive acts and, also, the barriers resulting from it to make the consumer protection effective, which presents itself as an obligation of the State, attracting the competence of the Public Ministry because of the collective nature of the competition law. In conclusion, the research results in the identification that an effective cooperation of the ministerial institutes in the fight against violations to the economic order, as it happens with the specialized ministry branches in the consumer protection, would make the Brazilian State render more effective as to the effectiveness of the defense of the consumer rights.

Keywords: *Economic development. Economic Order. Defense of the Competition. Consumer defense. Micro and Small Entrepreneurs. Violations to the Economic Order.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL	15
1.1 Desenvolvimento como maximização das liberdades individuais substanciais .	16
1.2 A ordem econômica e a promoção do desenvolvimento	26
1.3 Elementos da ordem econômica brasileira e os caminhos para o desenvolvimento	32
2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	46
2.1 O Direito Concorrencial e sua contextualização na história	46
2.2 A defesa da concorrência como escudo do consumidor	63
2.3 A relevância do Estado como promotor da livre concorrência e da defesa do consumidor.....	72
3. MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU PAPEL COMO GUARDIÃO DA ORDEM ECONÔMICA	78
3.1 Infrações contra a ordem econômica e enquadramento das condutas de micro e pequenos empresários	79
3.2 O Ministério Público como agente promotor da livre concorrência e da defesa do consumidor.....	96
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, dentre as suas várias perspectivas, elenca uma série de objetivos a serem buscados pelo Estado brasileiro no sentido de promover a transformação da realidade social e econômica. Embora espalhados pela totalidade do texto constitucional, o capítulo específico que trata da Ordem Econômica brasileira, inaugurado pelo artigo 170, concentra os objetivos que instrumentalizarão a promoção do desenvolvimento econômico nacional.

A percepção de desenvolvimento econômico não pode, contudo, ser equivocadamente considerada como sinônimo de crescimento econômico. Isto porque a concepção de crescimento econômico está ligada estritamente com fatores de concentração e acúmulo de capitais, o que não reflete de maneira fidedigna os índices percebidos em uma sociedade economicamente desenvolvida de fato.

A perspectiva de desenvolvimento econômico adotada pelo presente estudo se coaduna com os ideais desenvolvimentistas cunhados Amartya Sen em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, os quais estabelecem que o nível de desenvolvimento de uma sociedade deverá ser mensurado através da maximização de liberdades individuais substanciais que os indivíduos de determinada nação desfrutam. Nesta perspectiva, uma sociedade se demonstrará desenvolvida na medida em que eliminar as formas de privação de liberdades.

As liberdades individuais de que Amartya Sen trata estão diretamente relacionadas a uma alimentação e vestimenta adequadas, saneamento básico, oportunidades descentes de trabalho, a liberdade de escolha de emprego, assistência de saúde de qualidade, eliminação de morbidez e de morte prematura por doenças tratáveis, a igualdade entre sexos, a liberdade política, a ausência de censura, a liberdade de transacionar economicamente, mercados equilibrados e competitivos entre outras.

O Estado brasileiro, como ente garantidor dos objetivos constitucionais tem como principal linha de atuação a promoção do equilíbrio social e econômico, cuja finalidade deve ser a superação do subdesenvolvimento nacional. Por intermédio de sua presença nos mercados quando necessário e, ainda, por meio de realização de

políticas públicas e planejamento o Estado se apresenta como o mais relevante promotor do desenvolvimento social e econômico.

Os limites, bem como a finalidade da atuação do Estado brasileiro para a realização do desenvolvimento econômico e social relacionam-se diretamente com a ideologia da constituição econômica. Isto porque, de acordo com Eros Roberto Grau, a concepção de constituição econômica reflete um complexo fundamental na organização econômica da sociedade e do Estado. Em outras palavras, configura-se um subsistema da Constituição que estabelece normas programáticas com o objetivo de transformar a realidade socioeconômica nacional, por meio de fundamentos - valorização do trabalho humano e livre iniciativa - e finalidades - assegurar a todos existência digna -, balizados por princípios constitucionais.

Os incisos do artigo 170 da Constituição de 1988 estabelecem os princípios da ordem econômica a serem perseguidos, através dos quais é possível retirar uma relação com os ideais desenvolvimentistas idealizados por Amartya Sen. É inegável, portanto, que finalidade maior da ordem econômica brasileira é instrumentar a realização da emancipação e da libertação da população brasileira com base superação do subdesenvolvimento, por meio de programas e políticas públicas a serem concretizadas pelo Estado Brasileiro.

De acordo com as balizas estabelecidas na ordem econômica brasileira devesse haver uma harmonização entre as atividades econômicas desenvolvidas no Brasil e os fundamentos e princípios elencados no artigo 170 e incisos da Constituição Federal de 1988. Tendo como objetivo a concretização da superação do subdesenvolvimento nacional, a interpretação dos princípios da ordem econômica brasileira deverá ocorrer de forma coordenada, uma vez que todos se apresentam como meio de promoção do desenvolvimento.

Para a viabilidade da presente pesquisa, o foco é analisar, especialmente, a correlação entre o princípio da livre concorrência, da defesa do consumidor e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (artigo 170, incisos IV, V e IX respectivamente), contextualizando a relevância do consumidor nas estruturas de mercado bem como sua subordinação ao poder econômico detido pelos empresários. Isto porque é inegável que o consumidor é o destinatário final de toda atividade econômica desempenhada pelos agentes e é por esta razão que o papel do consumidor tem significativa relevância para as relações jurídico-econômicas, já

que, nas palavras de Washington Peluso Albino de Sousa, o consumidor constitui um dos elos do mercado.

A proteção do consumidor, portanto, não se apresenta apenas como um direito fundamental individual, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXII. A realidade é que proteger o consumidor diante do poder econômico é medida essencial para a promoção e desenvolvimento dos mercados e, por consequência, do desenvolvimento nacional. Isto porque a proteção do consumidor é um desdobramento lógico da própria proteção da pessoa humana já que todos, sem exceção, ocupam o papel de consumidor diariamente nas relações comerciais em que participa.

A competição equilibrada entre os agentes econômicos tem direto impacto nas relações consumeristas. A ausência de concorrência interna ou externa nos mercados leva, conseqüentemente, ao monopólio, ou seja, dominação isolada por alguns agentes econômicos. O monopólio, por sua vez, tende a diminuir a qualidade dos produtos ofertados e elevar seus preços, justamente pelo fato de inexistir competição entre aqueles que desempenham alguma atividade empresarial. O aumento do preço de produtos e serviços de maneira injustificada torna-se um problema de transferência de renda do consumidor para aquele que detém o monopólio do mercado, renda esta que poderia ser utilizada para a efetivação de outras liberdades individuais substantivas.

A fomentação da concorrência justa e leal entre os exploradores das atividades econômicas não tem exclusivamente o fim de proteger os interesses dos agentes econômicos. Trata-se de proteger as estruturas do mercado interno, o qual constitui patrimônio da coletividade, nos termos do artigo 219 da Constituição Federal de 1988. A livre concorrência, portanto, tem, ainda, por finalidade concretizar a proteção de direitos consumeristas, já que com a existência de ampla competitividade, os agentes econômicos tendem a manter um processo de melhoria contínua de qualidade, tecnologia e de preço dos produtos ofertados aos consumidores finais.

É por esta e outras razões que a Constituição de 1988, em seu artigo 173, §4.º, condena o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência. Isto pelo fato de que a defesa constitucional da concorrência livre tem relevantíssimo papel na promoção do desenvolvimento dos mercados, do país e das relações consumeristas em razão de seu alto potencial de maximização das liberdades

individuais substantivas – liberdade de interação econômica, liberdade de escolha de bens e serviços, acesso a bens e serviços de qualidade a preços adequados.

A livre concorrência deve ser, também, interpretada conjuntamente com o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Previsto no artigo 170, IX, da Constituição Federal, o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte pretende tem por finalidade incentivar os micro e pequenos empresários para que exista um maior equilíbrio entre os agentes econômicos.

O referido princípio pressupõe um tratamento mais benéfico, com menos obrigações e mais auxílio estatal. Em vista das desigualdades existentes entre os agentes econômicos de grande porte e aqueles menos favorecidos economicamente, o tratamento diferenciado para os micro e pequenos empresários tem por finalidade garantir uma igualdade material entre os empresários, considerando que o mercado brasileiro se mostra dificultoso para os agentes de menor potencial econômico.

O tratamento favorecido à pequena empresa contribui para a efetivação da livre iniciativa e da livre concorrência, vez que com incentivos governamentais, a atividade comercial torna-se mais atraente. Assim, é propenso que um maior número de indivíduos venha a desenvolver seu próprio negócio, o que, por consequência, aumentará o número de agentes econômicos concorrendo entre si no mercado brasileiro.

Deve-se esclarecer que, embora a ordem econômica confira aos micro e pequenos empresários um tratamento diferenciado protecionista, isto não significa que os eximem de suas responsabilidades enquanto agentes econômicos atuantes no mercado brasileiro. Isto é, a repressão ao abuso econômico, expressada no artigo 173, §4º, da Constituição de 1988, e regulamentada pela Lei Antitruste Brasileira, se aplicará, ressalvadas suas proporções, igualmente aos micro e pequenos empresários.

As infrações contra a ordem econômica encontram seu fundamento e definição na Constituição Federal. O artigo 173, §4º, dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A Lei antitruste brasileira, por sua vez, nos incisos do *caput* do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, reproduz a disposição constitucional.

Neste sentido, qualquer ato que produza ou possa produzir os efeitos tipificados no referido dispositivo legal, ainda que de maneira não intencional e mesmo que o ato não esteja elencado nos incisos do parágrafo 3º, do artigo 36, do mesmo diploma legal – rol exemplificativo –, será passível de configuração de infrações à ordem econômica e, portanto, desafia a atuação do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica.

Embora os referidos dispositivos não façam menção quanto ao faturamento dos empresários, o que se percebe no cenário fático é um direcionamento da atuação repressiva do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para as operações que envolvem agentes econômicos de influência nacional, talvez, motivado pela crença de que as condutas de micro e pequenos empresários não teriam relevância socioeconômica a ponto de produzirem e ou serem capazes de produzir os efeitos dispostos nos incisos do caput do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011 e, portanto, passíveis de configurarem infrações à ordem econômica.

No entanto, já é possível encontrar no cenário jurídico administrativo brasileiro algumas decisões acerca de infrações à ordem econômica cometidas por micro e pequenos empresários, muito embora o foco de atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ainda seja as relações comerciais que envolvam os grandes empresários.

O fato de os órgãos fiscalizadores das atividades econômicas estarem defasados em vista das relações comerciais desempenhadas por micro e pequenos empresários gera um problema de eficácia na garantia da defesa da concorrência e na proteção do consumidor. Isto porque o baixo número de agentes atuantes na fiscalização, comparado ao número de micro e pequenos empresários existentes, deixa as estruturas de mercado e, por consequência, os consumidores vulneráveis aos efeitos de possíveis infrações contra a ordem econômica praticadas em um âmbito micro regional.

O que deve ser enfatizado é que a proteção da concorrência, especialmente no que diz respeito às infrações à ordem econômica, não pode deixar de lado a vigilância sobre micro e pequenos empresários, os quais, ao adotarem condutas nocivas à concorrência, podem produzir impactos negativos expressivos sobre o mercado em que atuam, principalmente sobre as relações consumeristas, as quais, em última análise, suportam diretamente os efeitos decorrentes das infrações contra a ordem econômica.

Neste sentido, o presente trabalho torna-se relevante, pois verifica-se que a falta de efetividade da atuação por parte do Estado em coibir micro e pequenos empresários de cometerem infrações à ordem econômica constitui um fator limitador à concretização da garantia fundamental de proteção do consumidor, disposta no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República de 1988.

Para tanto, ancorado no método analítico e na técnica de pesquisa bibliográfica, o presente estudo tem como objetivo central analisar a eficácia da proteção do consumidor em razão de potenciais infrações à ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários. Assim, no primeiro capítulo, será conduzido estudo acerca da formação da concepção de desenvolvimento econômico, com seus respectivos indicadores de desenvolvimento, realizando-se uma cisão entre a concepção de desenvolvimento econômico e a concepção de crescimento econômico, bem como será analisada a relevância dos objetivos da Constituição Econômica para a promoção do desenvolvimento de um Estado.

No segundo capítulo, será realizado um estudo histórico doutrinário no que tange o surgimento da concepção de direito da concorrência em um contexto internacional, bem como o seu desenvolvimento no Brasil. Ainda, será analisado o desenvolvimento da figura do consumidor sob uma perspectiva constitucional e sua relação com as normas de proteção da concorrência. Ainda, no segundo capítulo, será analisada a função do Estado na promoção da defesa da concorrência e do consumidor, levando em consideração o caráter programático e vinculativo das normas estabelecidas no artigo 170 da Constituição Federal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão analisados os requisitos constitucionais e legais para a caracterização de infração contra a ordem econômica, bem como será avaliada a possibilidade de condutas de micro e pequenos empresários configurarem atos anticompetitivos. Ainda, será analisada a natureza coletiva do direito concorrencial, considerando a titularidade metaindividual sobre os mercados, com a finalidade de identificar a legitimidade do Ministério Público na concretização da defesa da concorrência por ser ele garantidor e protetor dos direitos indisponíveis e dos direitos da coletividade.

1 - DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo terá como objetivo analisar a formação da concepção de desenvolvimento econômico, tendo como base a percepção desenvolvimentista idealizada pelo indiano Amartya Sen. Para tanto, inicialmente, será realizada uma cisão entre a concepção de desenvolvimento econômico e a concepção de crescimento econômico, consideradas, por muitas vezes, como sinônimas.

Serão estudados os fatores indicativos de desenvolvimento econômico, sendo estes considerados como liberdades individuais substantivas e a relevância do Estado na sua promoção, por meio de políticas públicas. Na sequência, serão analisadas a ideologia e a finalidade da concepção de constituição econômica, bem como seu papel no direcionamento da atividade Estatal para a transformação da realidade social e econômica brasileira. Por fim, embora a concepção de constituição econômica esteja pulverizada em todo o texto constitucional, será analisado o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 com seus respectivos incisos, os quais tratam dos princípios da ordem econômica brasileira, traçando um paralelo com os ideais desenvolvimentistas de Amartya Sen.

Para atingir seu objetivo, a pesquisa toma como ponto de partida o próprio sentido do termo “desenvolvimento”, vinculado a progresso e aperfeiçoamento, direcionando o estudo à compreensão de sua mensuração, que desde logo, oferece o pressuposto que não pode se limitar à concentração de riqueza, para abranger as condições de vida da população, no seu cotidiano e necessidades concretas.

Para contextualizar o momento histórico, pretende a pesquisa, em caráter breve, diante das limitações do objeto do trabalho, enfrentar os paradigmas econômicos em que se insere a matéria, o capitalismo, o liberalismo econômico, o Estado do bem-estar social, o neoliberalismo e a financeirização da economia. Ao compreender a financeirização da economia como a atual fase do neoliberalismo, pretende-se avançar a pesquisa para propor, sob o ponto de vista da constituição, a responsabilidade do Estado.

1.1. Desenvolvimento como maximização das liberdades individuais substanciais

A palavra progresso representa a ideia de desenvolvimento, que se apresenta como *leitmotiv* da história humana, no sentido aperfeiçoamento constante, a partir do século XVII, com Giordano Bruno e Francis Bacon, colocando em movimento a modernidade, tornando-se no século XIX a dominar todas as manifestações da cultura ocidental¹, “tornando-se bandeira do romantismo e assumindo o caráter de necessidade²”. O século XIX, produziu profundas transformações econômicas e sociais, consolidando a Revolução Francesa, e, vendo nascer uma nova racionalidade econômica, que emergiu com a Revolução Industrial inglesa³, o capitalismo, que trouxe um sentido polissêmico ao termo desenvolvimento, que passou a representar diversas concepções teóricas.

Por algum tempo, mensurou-se o grau de desenvolvimento de uma sociedade com fundamento nos rendimentos de determinados grupos. Esta concepção, por uma série de motivos que a seguir serão articulados, demonstra-se limitada e leva a uma falsa mensuração do desenvolvimento socioeconômico por não levar em consideração fatores essenciais para a vida dos indivíduos. O desenvolvimento econômico e social, no entanto, encontra-se na maximização das liberdades individuais substanciais das pessoas que compõem a sociedade, pelo que, a concentração de riquezas é apenas um dos meios para alcançá-las.

Uma sociedade se demonstrará desenvolvida na medida em que eliminar as formas de privação de liberdades, tomada como efetivação de condições essenciais à vida, como alimentação e vestimenta adequadas, saneamento básico, oportunidades e escolha do trabalho, assistência de saúde de qualidade, eliminação de morbidez e de morte prematura por doenças tratáveis, a igualdade entre os sexos, a liberdade política, a ausência de censura, a liberdade de transacionar economicamente e mercados competitivos, entre outras⁴.

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 798-800.

² HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho de progresso às políticas de desenvolvimento. In HEIDEMANN, Francisco G. SALM, José Francisco (orgs.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UNB, 2009. p. 24.

³ HOBBSAWM, Eric J. *A era das Revoluções: 1789-1848*. Tradução de: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p. 18.

Todas as formas de liberdades individuais elencadas, que se apresentam entre os critérios para apuração do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), promovem o desenvolvimento pleno do indivíduo e suas potencialidades. Assim, tendo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) como base para mensurar o desenvolvimento social, quanto mais elevados forem estes indicadores, mais desenvolvida uma sociedade se demonstrará⁵, constituindo-se assim o imenso abismo entre as concepções de desenvolvimento econômico e crescimento econômico.

O critério de desenvolvimento baseado exclusivamente em concentração de riquezas e acúmulo de capital, portanto, não leva em consideração outros elementos que tornam possível ao indivíduo desenvolver sua vida sem limitações. Admitir como critério apenas a concentração de riqueza, permite a ocultação da realidade social, pois, nesta concepção, poderão existir nações cuja população possua segurança econômica, ou seja, tenha acesso à alimentação e vestimenta adequadas, saneamento básico e oportunidades de trabalho, mas que não possua liberdade política e civil, onde o desenvolvimento econômico não coaduna com a qualidade de vida das pessoas. Não se ouvida que uma maior renda *per capita*, se realmente pulverizada pela sociedade, poderá permitir que os indivíduos não sofram limitações de natureza econômica, entretanto, isto não significa que inexistirão limitações individuais em outras searas, como, por exemplo, a igualdade de tratamento e oportunidades entre sexos e raças. O conceito de desenvolvimento econômico, portanto, repousa na ideia de refletir uma igualdade real entre os indivíduos.⁶

Mensurar o desenvolvimento econômico de uma sociedade baseando-se pura e simplesmente no aumento anual de renda *per capita* demonstra-se, assim, um equívoco social. Isto porque não levar em consideração para a mensuração do desenvolvimento outros fatores de real importância para o indivíduo como, por exemplo, liberdades políticas e civis, igualdade entre gêneros e raças, etc., pode criar visão superficial do desenvolvimento que não reflete a realidade de uma população em seu cotidiano.

A concepção de desenvolvimento econômico existente na modernidade, baseada no acúmulo de riquezas, portanto, melhor representa a concepção de

⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p. 29.

⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

crescimento econômico ou modernização, de forma que, não reflete, necessária e razoavelmente, os índices de desenvolvimento socioeconômico.

Para que materialmente se realize o desenvolvimento socioeconômico de uma nação, pressupõe-se que sua realidade social seja transformada. Ou seja, que se materialize uma expansão e um aprimoramento das liberdades individuais substanciais. Inexistindo qualquer transformação social, ter-se-ia somente indicadores de crescimento de renda ou de modernização o que, por sua vez, manteria o subdesenvolvimento e agravaria a concentração de renda pré-existente⁷.

A concepção de desenvolvimento atrelada exclusivamente a crescimento econômico decorre de um distanciamento histórico entre ética, que se relaciona diretamente com promoção do bem para o homem e como devemos viver, e, economia; trata-se de uma concentração demasiada no aspecto da engenharia econômica, que se caracteriza pela ênfase primordialmente logística.

A preocupação de economistas convencionais direcionada com fatores relacionados ao utilitarismo e aos resultados de eficiência Paretiana da economia, talvez por não exigir um raciocínio ético imaginativo⁸, desencadeou um esquecimento sistemático de critérios humanísticos que são correlatos ao desenvolvimento econômico. O distanciamento histórico, talvez pela má interpretação de ensinamentos de economistas revolucionários⁹, ocorrido entre ética e economia ocasionou um empobrecimento e uma simplificação substancial do raciocínio econômico crítico. Assim a percepção de desenvolvimento econômico baseada demasiadamente no aspecto da engenharia econômica¹⁰, no utilitarismo e na eficiência de Pareto alimenta a ideia de que o desenvolvimento econômico de uma sociedade deve ser mensurado a partir da produção de capital, o que pode levar a conclusões socialmente equivocadas acerca de desenvolvimento, pois, aplicando o critério da otimalidade e eficiência de Valfredo Pareto, uma sociedade terá alcançado o ótimo de Pareto exclusivamente se não for possível aumentar a

⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005. p .53.

⁸ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo. Companhia das Letras: 1999. p. 42.

⁹ Ibidem, p. 25.

¹⁰ O aspecto da engenharia caracteriza-se por ocupar-se de questões primordialmente logísticas em vez de fins supremos e de questões como o que pode promover o “bem para o homem” ou o “como devemos viver”. Já o aspecto da ética relaciona-se diretamente com promoção do “bem para o homem” e “como devemos viver”.

utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa de um mesmo grupo social¹¹.

É pela ausência de correlação com outros elementos sociais de real relevância que se espera a superação desta concepção de desenvolvimento econômico. A ideia de desenvolvimento, portanto, deverá ir além de ideais de concentração de riquezas.

A mensuração do desenvolvimento econômico baseada na conjugação da renda *per capita*, do acúmulo de riquezas de uma Nação e dos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), refletiria o desenvolvimento de um Estado com uma maior aproximação da realidade encontra na vida concreta da sociedade. Sob esta perspectiva, a busca pelo aumento de rendimentos e de concentração de capital não poderá, individualmente, constituir a finalidade a ser alcançada pelo desenvolvimento econômico. Isto porque a melhoria da renda *per capita* do indivíduo e de uma Nação é apenas um dos meios necessários para que se alcance a maximização das liberdades individuais substantivas idealizadas por Amartya Sen.

O aumento do crescimento econômico e, portanto, dos capitais e riquezas, revela sua utilidade pelas liberdades, as quais, por meio dele, são possíveis de serem alcançadas, como a diminuição da pobreza e fome coletiva, saneamento básico, vestimenta adequada, entre outros.

A finalidade primordial e o principal meio do desenvolvimento econômico, desta maneira, não se demonstram por enriquecer os indivíduos de uma nação pura e simplesmente, mas por expandir as liberdades individuais substantivas dos agentes, pelo que, na atualidade, deve-se incluir critérios de diminuição da pobreza, emancipação das mulheres, proteção das minorias, liberdade política, acesso à justiça, entre outros, na concepção e mensuração do desenvolvimento econômico de uma sociedade¹². Isto se justifica pela indissociabilidade existente, em termos reais, entre desenvolvimento social e desenvolvimento econômico¹³. A transformação das estruturas sociais de um Estado, ou seja, a expansão das liberdades individuais substantivas deverá ser, portanto, a busca constante e interminável de uma sociedade.

¹¹ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo. Companhia das Letras: 1999. p. 33.

¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O Novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 221.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 53.

Precisamente nessa conjuntura de ideias se apresenta a necessidade da intervenção do Estado, sobretudo, na atual fase do paradigma do capitalismo, o neoliberalismo, marcado pela financeirização da economia, em que há uma elevação desmedida de concentração da riqueza financeira em detrimento da produção e da qualidade de vida da população¹⁴.

O capitalismo tem sua origem remota na Revolução Comercial que se iniciou ao final no século XI, com o reaparecimento das cidades, os burgos; o desenvolvimento do comércio; a instituição das primeiras universidades; a criação dos bancos; das invenções tecnológicas que permitiram uma maior produtividade na agricultura com excedentes para o comércio; e, sobretudo, de uma mentalidade dirigida ao lucro, que em seu conjunto foram fundamentais para o nascimento do Estado Moderno e para acumulação de riqueza que possibilitou, juntamente com outros fatores, a Revolução Industrial inglesa do século XIX, sob uma ideologia econômica liberal que afastava a presença do Estado nas relações privadas¹⁵.

A fase inicial do capitalismo industrial, foi marcada por diversas crises econômicas que o levaram a um a segunda fase, o imperialismo, que figura como uma das causas da Primeira Guerra Mundial e mais tarde, da crise da Bolsa de Nova Iorque, de 1929, ao que se acrescenta a reação dos movimentos operários contra as péssimas condições de vida que lhes foram impostas, gerando diversos movimentos reformistas e revolucionários, que chegariam ao ápice, de um lado, com a Revolução Russa de 1917, e, de outro, com a vitória dos movimentos nazi-fascistas, impulsionados pelas crises econômicas do início do século XX¹⁶.

Diante do fracasso histórico do liberalismo clássico, ao final da Segunda Guerra Mundial, através do acordo de Bretton Woods, de 1944, as potências aliadas estabeleceram os parâmetros do sistema financeiro internacional, visando promover o desenvolvimento econômico e social, instituindo como paradigma econômico o Estado do bem-estar social, como forma de impedir a repetição da ascensão de governos totalitários, como ocorreu na Alemanha e Itália, impulsionados pelas crises econômicas posteriores à Primeira Guerra Mundial e, novas crises econômicas,

¹⁴ CHESNAIS, François. Introdução Geral. In: CHESNAIS, François (Org.). *A mundialização financeira: gênese, custos e riscos*. Tradução: Carmem Cristina Cacciaccaro e Luís Leiria, Silvana Foá e Valéria Coêlho da Paz. São Paulo: Xamã, 1998. p. 7-8.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 230-320.

¹⁶ BEAUD, Michel. *História do capitalismo de 1500 até nossos dias*. Tradução Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 195-298.

como a crise da bolsa de valores de 1929¹⁷. O acordo produziu, ao longo de sua vigência, a denominada era de ouro do capitalismo (os trinta anos gloriosos), que abrangeu não apenas os países centrais do capitalismo mundial, embora principalmente estes, mas também o Bloco Soviético e o Terceiro Mundo¹⁸.

Tão logo apresentado o programa do Estado do bem-estar social surgiu sua reação, Hayek publicou o livro “O caminho da servidão¹⁹” e, em 1947, criou o grupo de Mont Pèlerin Society, destinado a criar ideologia neoliberal, opondo-se firmemente contra a intervenção do Estado na economia e pregando a extinção ou redução dos programas sociais²⁰. Com a crise do petróleo do início dos anos 1970, mas, sobretudo, diante do déficit dos Estados Unidos, diante da derrota na Guerra do Vietnã, entrou em declínio o acordo de Bretton Woods, instituindo-se um novo paradigma econômico, o neoliberalismo, que efetivamente se tornou hegemônico com a vitória de conservadores nas principais economias do mundo, Margaret Thatcher, em 1979, na Grã Bretanha; Ronald Reagan em 1980, nos Estados Unidos da América; e, Helmut Kohl, em 1982, na República Federal da Alemanha.

No bojo desta concepção, as relações econômicas se desenvolviam ausentes de intervenções e regulamentações por parte do Estado, com a extinção de programas sociais, a elevação das taxas de juros, bem como dos impostos sobre rendimentos elevados, promovendo-se o desemprego, compreendido como necessário para enfraquecer o poder dos trabalhadores, de forma a manter um exército de trabalhadores de reserva, ao que se adere o desastre ecológico que marca a atualidade²¹, resultando na preponderância isolada de interesses individuais e da maximização dos lucros dos detentores de capitais, sem que fossem levadas em consideração às condições pessoais dos indivíduos, contribuindo para acumulação de capital e para instituição de uma nova fase econômica a da financeirização da economia, com o afastamento, de forma institucionalizada, da

¹⁷ BELLUZZO, Luiz G. de Mello. *O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados globalizados. Economia e Sociedade*, Campinas: UNICAMP, n. 4, p.11-20, jun.1995.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 253-281.

¹⁹ HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

²⁰ HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Tradução: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 29.

²¹ HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. Tradução: João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 151-174.

solidariedade como valor civilizatório, que representava um dos pilares do Estado do bem-estar social²².

Nesse conjunto a financeirização, fase atual do neoliberalismo, corresponde à desregulamentação do capital financeiro e sua globalização, que se desvinculou de qualquer atividade produtiva, constituindo o centro da atividade capitalista²³.

A crise social decorrente da financeirização da economia impõe a intervenção estatal com a finalidade de superação do subdesenvolvimento. É por meio do planejamento que o Estado se torna o mais relevante promotor do desenvolvimento socioeconômico, desenvolvimento este que se demonstra imprescindível para a realização do bem-estar social. Para tanto, o Estado deverá possuir autonomia frente às atitudes auto interessadas para intervir e regulamentar, quando for o caso, as relações sociais. Deverá o Estado, assim, atuar de forma profunda com a finalidade de modificar as estruturas socioeconômicas, regulamentar e descentralizar a distribuição de renda e, por fim, integrar a totalidade de sua população social e politicamente²⁴, em sentido contrário ao neoliberalismo e à financeirização que se constituem como paradigmas hegemônicos na atualidade.

O desenvolvimento de políticas públicas deverá ser voltado para a promoção, maximização e para a concretização das liberdades individuais substantivas (alimentação adequada, educação, liberdade política e civil, mercados equilibrados e competitivos, saneamento básico, etc.) para que, assim, os indivíduos adquiram sua emancipação.

Não se está buscando um Estado puramente provedor promotor de uma cultura de “pão e circo”, puramente paternalista. Isto porque a existência de programas que somente tenham por objetivo uma assistência imediata e que não tenham a finalidade de promover a emancipação e as liberdades individuais substantivas seria um indicativo de subdesenvolvimento, assim considerando os ideais desenvolvimentistas indicados por Amartya Sen.

A atuação intensa por parte do Estado no sentido de promover políticas intervencionistas e assistencialistas emancipatórias de sua população, dentre outras formas de atuação, tornaria, então, possível aos indivíduos se libertarem de

²² BAUMAN, Z. *A sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução: José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

²³ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. p. 237-269.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p.51-52.

condições que impedem a ampliação das liberdades individuais substantivas, como, por exemplo, fome, morbidez, doenças tratáveis, racismo, desigualdade entre gêneros, opressão política, entre outras. A consequência lógica disso é um resultado diretamente proporcional. Ou seja, quanto mais liberdades individuais substantivas o indivíduo dispuser e quanto mais elas forem maximizadas, maior será a independência do indivíduo em relação ao Estado e sua capacidade promover o seu próprio processo de desenvolvimento individual.

Sob esta perspectiva, o Estado promotor presente na realidade social que aqui se descreve teria como objetivo, por meio de programas, criar inicialmente meios adequados para que a população que se encontra em situação de violação de liberdades substantivas possa ter condições de se emancipar e, posteriormente, se manter em contínua ascensão, ao que se acrescenta a experiência histórica do Estado do bem-estar social, responsável pela era de ouro do capitalismo, sobretudo, ao se verificar que as crises do neoliberalismo foram mais frequentes, mais graves e em maior número que aquelas enfrentadas pelo paradigma anterior.

Assim, os ideais do neoconservadorismo e do neoliberalismo de eliminar as frentes de atuação assistencialista e intervencionista do Estado, com o objetivo de aumentar a velocidade da acumulação de capital, bem como a concentração econômica²⁵, demonstram a sua ausência de comprometimento com a concepção de desenvolvimento econômico (adotada por este estudo), no sentido de ampliação e maximização de liberdades individuais substanciais. Isto porque a garantia de igualdade formal por parte do Estado, isoladamente, não é suficiente para promover a emancipação da população e transformações da realidade social.

O caráter assistencial e intervencionista do Estado está intrinsecamente ligado à sua própria razão de existir e com a superação do desenvolvimento social de forma que, eliminá-lo ou suprimi-lo equivale a retirar a legitimidade frente a sociedade²⁶.

Vale a observação de que se demonstram aparentemente equivocados os argumentos no sentido de que em países tidos como desenvolvidos – agora considerando o desenvolvimento como sinônimo exclusivo de concentração de capitais e riquezas – não se verifica uma intervenção estatal intensa nas relações

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

²⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. P. 65.

econômicas e sociais e que, portanto, os países subdesenvolvidos – utilizando, o mesmo critério de desenvolvimento – deveriam adotar o mesmo procedimento.

Cada Estado nacional possui uma realidade socioeconômica individual cujo contexto social é que deve ser levado em consideração para a tomada de decisões no sentido de promover o desenvolvimento socioeconômico, ao invés de, simplesmente, buscar importar um modelo de Estado supostamente desenvolvido, cuja realidade social será certamente distinta, e forçar sua aplicação em um Estado subdesenvolvido²⁷.

A falsa impressão de que o desenvolvimento – ampliação das liberdades individuais substantivas - decorre de uma evolução histórica, lógica e linear limita a atuação do Estado na promoção das medidas necessárias para superar o subdesenvolvimento no processo emancipatório dos indivíduos. Isto por que, sob esta perspectiva, bastaria, então, apenas o decorrer do tempo, sem uma comprometida presença do Estado nas relações sociais, para que uma nação se tornasse desenvolvida.

Considerando o desenvolvimento como a eliminação de fatores que impedem os indivíduos de exercerem suas liberdades individuais de forma plena, é possível constatar alguns índices em países vistos como economicamente desenvolvidos (baseando-se na renda *per capita*) que se revelam inferiores aos mesmos índices em países também vistos como economicamente subdesenvolvidos (baseando-se na renda *per capita*).

A exemplo disso, Amartya Sen demonstra que a população afro-americana possui uma expectativa de vida menor do que a população do Estado do Kerala, Índia, embora a sua renda *per capita* seja substancialmente mais elevada, o que demonstra uma deficiência do Estados Unidos da America neste índice de desenvolvimento.

...é notável que o grau de privação de grupos específicos em países muito ricos pode ser comprável ao encontrado em países do chamado Terceiro Mundo. Por exemplo, nos Estados Unidos, os afro-americanos como um grupo não tem chances maior – na verdade, ela é menor – de chegar a idades avançadas do que pessoas nascidas nas economias imensamente mais pobres da China ou do Estado indiano de Kerala (ou de Sri Lanka, Jamaica, Costa Rica).²⁸

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p.48.

²⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p.37.

É, portanto, inegável que, exclusivamente, o acúmulo de capital e a concentração de riquezas pura e simplesmente não se apresentam como as medidas finalísticas adequadas para a concretização do desenvolvimento socioeconômico de uma nação, apesar do discurso ideológico, tomado como ocultação da realidade, promovido pelo neoliberalismo, buscando naturalizar a financeirização, de forma a afastar qualquer senso crítico, que exsurge da grave crise social por ele provocada.

Não há como traçar um marco divisório entre o desenvolvimento econômico e o social. Ambos constituem parte integrante e indissociável um do outro. Ambos devem guardar a mesma finalidade, ou seja, maximizar as liberdades individuais substantivas. A cisão, equivocada, portanto, entre desenvolvimento social e desenvolvimento econômico levaria à uma deturpação da finalidade da atividade estatal, cujos fundamentos se encontram positivados, com força normativa, e, portanto, exigível frente ao Estado e a particulares, diante da horizontalização dos direitos fundamentais, no artigo 3º da Constituição da República, que trata dos objetivos da República Federativa do Brasil²⁹.

Na ordem constitucional, cumpre ao Estado a realização do desenvolvimento socioeconômico, como condicionante para existência, legitimidade e credibilidade do órgão estatal. Isto porque a concepção de constituição econômica se apresenta como complexo fundamental na organização econômica da sociedade e do Estado, ou seja, trata-se de um subsistema da Constituição, que estabelece normas programáticas com o objetivo de transformar a realidade socioeconômica nacional, por meio de fundamentos - valorização do trabalho humano e livre iniciativa - e finalidades - assegurar a todos existência digna -, balizados por princípios constitucionais.

Esses fundamentos se apresentam no texto constitucional como princípios normativos, e, portanto, de aplicação imediata e direta aos casos concretos, pois,

²⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

diante de seu caráter normativo exigem materialização no sistema do Direito, além de lhe atribuir ordem e unidade de sentido³⁰.

Apreendido o sentido de desenvolvimento, frente a ideia de crescimento, direciona-se a pesquisa, por tais fundamentos, a perscrutar a formação da concepção de constituição econômica, juntamente com sua positivação nas Constituições de Estados nacionais, bem como sua direta relação com a realização do desenvolvimento social e econômico sob a perspectiva de Amartya Sen, por meio do estabelecimento de finalidades e de programas de atuação para o Estado.

1.2. A ordem econômica e a promoção do desenvolvimento

Da mesma forma como ocorrera com a concepção de desenvolvimento econômico e social, a noção de constituição econômica e de ordem econômica também sofreu influências diretas do contexto histórico em que tivera inserida, o que resultou em alterações substanciais de seu sentido.

Embora as constituições promulgadas antes do século XX possuíssem capítulo específico tratando do sistema econômico, fazendo referência à liberdade contratual e à propriedade privada, a expressão constituição econômica, no sentido de instrumentalização da atividade Estatal, surge com a elaboração das constituições diretivas, tomando forma na doutrina alemã, a partir da consideração do quanto dispôs a Constituição de Weimar a respeito da vida econômica.³¹

A concepção existente nas cartas políticas liberais elaboradas até as primeiras décadas do século XX tinha como finalidade, dentre outras, descrever a ordem econômica vigente na época, sem qualquer comprometimento com a transformação social. Foi após as duas décadas do século XX que a concepção de constituição econômica passou a ter, entre outras, a finalidade de conformar a realidade da ordem econômica a certos princípios, tendo como finalidade a promoção do desenvolvimento.³²

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Antonio Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12-13.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. p. 34.

³² KALLAS FILHO, E. *A Constituição Econômica de 1988: Fundamentos, Funções e Enunciado-Síntese*. Constitucionalismo e Democracia: Campus Elsevier, 2011, p. 127.

Após o término da 1ª Grande Guerra Mundial, de uma forma generalizada, os Estados envolvidos experimentaram severos impactos e retrocessos sociais decorrentes dos conflitos armados, o que desencadeou uma preocupação política com a superação do déficit de desenvolvimento socioeconômico. O reflexo disso no âmbito das constituições foi a inclusão de dispositivos específicos que estabeleciam metas e programas a serem cumpridos cuja finalidade a ser alcançada era a superação do subdesenvolvimento do Estado.

É sob este prisma que a concepção de constituição econômica se consolidou no sentido de promover o desenvolvimento socioeconômico por meio de uma interação entre o Estado e a ordem econômica em si. Com a concepção de constituição econômica no foco nos debates políticos e jurídicos nas primeiras décadas do século XX, constata-se, em 1917 e 1919, respectivamente, a promulgação das Constituições do México e Weimar, nas quais é possível encontrar dispositivos que indicam a busca pela transformação da realidade social e econômica da época.³³

A exemplo disso, a Constituição Mexicana, ao ser editada, versou sobre temas como direitos sociais, função social da propriedade e reforma agrária, enquanto a Constituição Alemã se dividiu entre a Organização do Estado e Direito e Deveres os Alemães, tratando não só de cultura e educação, mas também da economia nacional.

Constata-se que a Constituição de Weimar possui três níveis, quais sejam, os direitos fundamentais sociais e econômicos, o controle da ordem econômica capitalista por intermédio da função social da propriedade e o mecanismo de colaboração entre empregadores e operários, tornando os sindicatos entidades responsáveis pela transformação social³⁴. Esta subdivisão, especialmente pela parte “controle da ordem econômica capitalista por intermédio da função social da propriedade”, demonstra a preocupação política da época em elevar a patamar constitucional a intervenção Estatal no em relações privadas, tendo como fundamento a função social da propriedade.

No contexto do Estado Brasileiro, a Constituição de 1934, terceira constituição Brasileira e segunda da República, é considerada a primeira

³³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 14.

³⁴ *Ibidem*, p.14.

Constituição Econômica promulgada, uma vez que incorporou expressamente em seu texto legal um capítulo concernente à Ordem Econômica e Social, conforme verifica-se em seu título IV, aludindo que as necessidades de sua população, bem como a justiça, deveriam estar em a frente de outros interesses, cujo objetivo era a promoção do bem comum.

Antes da Constituição de 1934, a preocupação política com a ordem econômica e social, como em outros países, era quase que inexistente. Com o fim da Revolução Constitucionalista de 1932 e sob influência da constituição alemã de Weimar é que foi incluído na Constituição de 1934 um capítulo apartado para regulamentar a ordem econômica e social.³⁵

Foi após a promulgação da Constituição de 1934 que o estado Brasileiro passou a elevar a patamar constitucional os elementos norteadores da economia da época. A partir de então, o Estado brasileiro deveria passar a atuar economicamente com a finalidade de promover os ditames da justiça social e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.³⁶

A inovação trazida pela Constituição de 1937, demonstrando o aumento da preocupação política em regulamentar a economia brasileira, foi a formação do Conselho da Economia Nacional, que possuía como objetivo “a regulamentação e a organização da economia nacional, bem como a análise das condições de trabalho e da produção nacional”.³⁷

A preocupação do Conselho de Economia Nacional da época em regulamentar, dentre outros, mas, principalmente, as condições de trabalho, revela que o progresso econômico nacional, como já discutido no primeiro item deste capítulo, não se relaciona única e exclusivamente com o aumento da concentração de riquezas.

Outra frente de atuação do Estado na proteção da ordem econômica surgiu poucos anos depois. No ano de 1945, o Decreto-Lei 7.666/1945 inaugurou o direito concorrencial no Brasil. Ele surgiu como forma de contenção das práticas abusivas de mercado, como, por exemplo, o dumping ou preço predatório³⁸. O Decreto-Lei

³⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 107.

³⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 67.

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 24.

³⁸ Colocar produtos à venda por preços inferiores ao custo.

7.666/1945, também conhecido como “Lei Malaia”, não considera somente o dumping ou preço predatório uma prática desleal, mas, também, o cartel³⁹, restrições, cerceamentos, etc.

A Comissão Administrativa de Defesa Econômica, primeira versão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), se é que se pode colocar desta forma, atuava como executor da Lei Malaia e possuía como finalidade apurar atos ilícitos que tinham o potencial de causar prejuízos aos interesses da economia nacional.

A Constituição brasileira de 1946 recuperou a sua personalidade democrática e fortaleceu ainda mais a ideia de que o Estado deveria intervir no domínio econômico em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, solucionando, a partir daí, as desigualdades existentes no mercado, não se limitando, mas principalmente, a desigualdade entre os empresários⁴⁰. Isto fica claro pela redação de seu artigo 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Embora de forma embrionária a Constituição de 1946 tenha trazido em seu texto constitucional a repressão ao abuso de poder econômico reforçando os ideais da Lei Malaia de 1945, foi em 1962 que, regulado pela Lei 4.137/62, surgiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A Lei 4.137/67 enumerou taxativamente as formas de abuso de poder econômico e ampliou suas frentes de atuação, sendo aplicável, inclusive ao setor público⁴¹, o que tornaria, em tese, mais efetiva a proteção da ordem econômica.

A Constituição de 1967 foi a primeira a incluir em seus dispositivos a função social da propriedade como um de seus princípios. Apesar de ter sofrido diversas alterações em seu texto constitucional, motivo pelo qual ficou conhecida como Constituição de 1969, permaneceu em sua ideologia constitucional a ideia de que a

³⁹ Acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

⁴⁰ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 41 - (Ponto a ponto).

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 27.

função social da propriedade privada se apresentava como um dos princípios e finalidades da ordem econômica vigente.

Embora as constituições da época tivessem como uma de suas finalidades a proteção da ordem econômica e, ainda, embora já existisse o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em termos ideais, a promoção protecionista da ordem econômica era, de certa forma, deficitária.

Durante os anos de 1962 a 1990, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi limitada, detectando abuso de poder econômico em apenas um caso. A pequena relevância que o CADE possuía está intimamente ligada ao militarismo, uma vez que “a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados”⁴².

Com o objetivo de atuar conjuntamente com o CADE, criou-se o Conselho Interministerial de Preços (CIP), cuja finalidade era estabilizar os preços praticados no mercado. No entanto, a atuação do CIP teve efeitos contrários aos esperados. As medidas tomadas pelo CIP acabaram por fomentar uma concentração do mercado, o que prejudicou os empresários de menor potencial competitivo da época. Ademais, a realização de acordos setoriais na época culminou com a institucionalização do cartel pelo próprio poder público, uma vez que o CIP realizava reuniões com associações e sindicatos para discutirem custos e preços.⁴³

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi reforçada a positivação da proteção à ordem econômica. Em seu artigo 170 e seus incisos⁴⁴, encontram-se delineados os fundamentos da ordem econômica brasileira e os objetivos a serem atingidos.

⁴² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 30.

⁴³ CONSIDERA, C. M.. *A defesa da concorrência no Brasil. A história da concorrência brasileira é marcada pela intervenção estatal*. FAE Business, n. 4, dez. 2002. p. 23-24.

⁴⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Por estabelecer metas a serem cumpridas, a Constituição de 1988 se apresenta como constituição dirigente. Não há dúvidas de que a preocupação política do legislador originário é direcionar, por meio de programas e políticas públicas, a atuação do Estado brasileiro com o objetivo de transformar a realidade socioeconômica nacional.⁴⁵

Embora haja uma concentração dos objetivos e programas a serem realizados pelo Estado brasileiro no capítulo que trata da ordem econômica, é inegável que o caráter dirigente da constituição, sempre com a finalidade de promover o desenvolvimento populacional, se encontra pulverizado por todo o texto constitucional.⁴⁶

No que tange a concepção de Constituição Econômica, esta se encontra inserida no texto constitucional de 1988, mais especificamente em seu Título VII, Capítulo 1, como sendo um complexo fundamental na organização econômica da sociedade e do Estado, ou seja, como um subsistema da Constituição Federal, diretamente ligada a ordem social, tributária e financeira. Novamente, este fator determinante reforça a direta relação entre a concepção de Constituição Econômica e a concepção Constituição de Constituição Dirigente.⁴⁷

Ao realizar uma análise dos incisos do artigo 170 da Constituição de 1988, os quais se apresentam com princípios da ordem econômica a serem observados, podemos extrair uma direta relação com os ideais desenvolvimentistas idealizados por Amartya Sen.

Constata-se que as finalidades da Constituição Econômica/Ordem Econômica são, dentre outras, a ordenação da atividade econômica, a satisfação das necessidades sociais, o direcionamento do processo econômico, reiterando os fundamentos da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, bem como a promoção da existência digna e justiça social.⁴⁸

Deve-se observar, portanto, que, em última análise, os objetivos delineados na Constituição Econômica brasileira vão ao encontro da concepção de liberdades individuais substantivas articuladas por Amartya Sen. É inegável, portanto, que

⁴⁵ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 43 - (Ponto a ponto).

⁴⁶ KALLAS FILHO, E. *A Constituição Econômica de 1988: Fundamentos, Funções e Enunciado-Síntese*. Constitucionalismo e Democracia. : Campus Elsevier, 2011, p. 128.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005. p. 37.

⁴⁸ KALLAS FILHO, E. *A Constituição Econômica de 1988: Fundamentos, Funções e Enunciado-Síntese*. Constitucionalismo e Democracia. : Campus Elsevier, 2011, p. 128 e136.

finalidade maior da ordem econômica brasileira é instrumentar a realização da emancipação e da libertação da população brasileira com base superação do subdesenvolvimento, por meio de programas e políticas públicas a serem concretizadas pelo Estado Brasileiro.

1.3. Elementos da ordem econômica brasileira e os caminhos para o desenvolvimento

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988, nas palavras de Eros Roberto Grau, inaugura uma nova Ordem Econômica⁴⁹. Pelo caráter dirigente da Constituição de 1988, a Ordem Econômica brasileira tem como finalidade instrumentar a atuação positiva do Estado, por meio de programas e políticas públicas, na promoção do desenvolvimento nacional.

Os dispositivos constitucionais relacionados à Ordem Econômica, os quais se encontram pulverizados em todo texto constitucional, têm o condão de estabelecer os fundamentos, as balizas e os objetivos da economia nacional e não simplesmente descrever um modelo econômico pré-existente.

A valorização do trabalho humano, além de ser fundamento da própria República Federativa do Brasil, se apresenta como o primeiro dos fundamentos da ordem econômica. Tem-se, aqui, a proteção do trabalhador frente à modelo capitalista de produção. A perspectiva de valorização do trabalho humano decorre do potencial de transformação social que está imbuído no desempenho do trabalho em condições adequadas.

Ao estabelecer a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, o Estado brasileiro trás para si a obrigação de fomentar a criação de empregos. Isto porque o trabalho digno e em condições minimamente adequadas possibilita ao indivíduo promover o sustento próprio e emancipar-se das limitações decorrentes da ausência de renda mínima⁵⁰.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 171.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

Este primeiro fundamento é diretamente correlacionado ao princípio da ordem econômica estabelecido no inciso VIII, do artigo 170, da Constituição de 1988 – busca do pleno emprego. Por pleno emprego, não se deve considerar pura e simplesmente as oportunidades de emprego, mas, sim, oportunidades de um emprego dignificante da pessoa humana.

A liberdade de escolher a quem trabalhar, de acordo com as capacidades do indivíduo e sem que haja imposições externas, constitui um fator de liberdade individual substantiva⁵¹, isto por seu potencial de emancipação do ser humano, pois, por meio do trabalho digno poderá, então, o indivíduo promover a sua própria subsistência.

A valorização do trabalho humano, associada à busca do pelo emprego, impõe ao Estado brasileiro, promotor do desenvolvimento nacional, uma atuação positiva no sentido de garantir ao trabalhador e ao trabalho um tratamento diferenciado⁵². Esta perspectiva tem como fim maior colocar limites no desempenho das atividades pelos agentes econômicos. Isto porque a busca pelo lucro não pode, de forma alguma, sufocar os ideais sociais do desenvolvimento econômico, embora seja constitucionalmente garantido o direito de desempenhar atividades econômicas de for livre.

A livre iniciativa se apresenta, também, como um dos fundamentos da Ordem Econômica brasileira e da República Federativa do Brasil, a qual deverá ser interpretada conjuntamente como toda a ideologia constitucional.

Ao elencar a livre iniciativa como fundamento da Ordem econômica, não se pode leva-la em consideração como pura e simplesmente a expressão máxima do capitalismo e do liberalismo. Pelo contrário, o que fundamenta a Ordem Econômica e a República Brasileira é justamente o que a livre iniciativa tem de socialmente valioso⁵³.

Preliminarmente, é possível que se extraia da livre iniciativa uma concepção equivocada. Equivocada, pois a ideia de livre iniciativa não pode ser sensatamente entendida como a liberdade de exercer atividades econômicas livres de qualquer

⁵¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p.45.

⁵² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 196.

⁵³ *Ibidem*, p. 198.

intervenção estatal⁵⁴. É dever do Estado criar limites ao desempenho das atividades econômicas para que haja, portanto, uma harmonização entre os demais princípios da ordem econômica.

Os fundamentos da Ordem Econômica – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – devem ser conjuntamente interpretados, uma como fundamento e instrumento do outro. Tanto é que o se encontra disposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o qual elenca os fundamentos da República Brasileira, é a proteção dos valores sociais do trabalho e dos valores sociais da livre iniciativa.

A tutela da livre iniciativa desenhada pela Ordem Econômica do Brasil não se relaciona unicamente com a liberdade de empreender e desenvolver atividades econômicas. A perspectiva adotada é a vigência de uma livre iniciativa no mercado como um todo, tanto para o lado do empreendedor quanto para o lado do trabalhador⁵⁵.

Isto reforça os ideais desenvolvimentistas de Amartya Sen, pois, para que se eleve o patamar de desenvolvimento de um Estado, dentre outros fatores, não poderá haver limitações injustificadas e nem imposições aos indivíduos ao desempenharem sua atividade primária de subsistência, ou seja, o trabalho.

Além de estabelecer os fundamentos da Ordem Econômica Brasileira, o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece a sua finalidade, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A dignidade da pessoa humana encontra-se no patamar máximo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a essência antecedente de qualquer direito e, ainda, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se assevera do artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil⁵⁶.

Embora haja certa resistência em definir positivamente o ideal de dignidade da pessoa humana, vale a transcrição da reflexão de Ingo Sarlet:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais

⁵⁴ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 41 - (Ponto a ponto).

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203.

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski *in Dicionário de princípios jurídicos/Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores; Silvia Faber Torres, supervisora*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 308.

que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão⁵⁷.

Deve-se observar que dignidade humana pressupõe, cumulativamente, a garantia de condições existenciais mínimas e a garantia de participação ativa do indivíduo no destino de sua existência. Ou seja, a dignidade da pessoa humana vai além da simples garantia da vida. Os ideais desenvolvimentistas de Amartya Sen – maximização das liberdades individuais substantivas – nesta perspectiva, vão ao encontro da finalidade da Ordem Econômica Brasileira, assegurar a existência digna aos indivíduos.

Sob este prisma, constata-se que a ideologia constitucional deve estar voltada para a transformação da realidade social dos indivíduos, devendo o Estado brasileiro, por meio de políticas públicas e de intervenções que necessárias forem, estar presente na organização da atividade econômica.

Por ser o Estado o principal promotor e garantidor da dignidade de sua população, é neste sentido que a dignidade da pessoa humana se apresenta fundamento da República Brasileira e da Ordem Econômica. Por isso, as atividades econômicas que não sejam dinamizadas adequadamente em observação à dignidade da pessoa humana violarão duplamente a Constituição Federal Brasileira de 1988⁵⁸.

Seguindo a análise do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, os seus incisos estabelecem os princípios da Ordem Econômica brasileira e atuam como balizas para o desenvolvimento das atividades desempenhadas pelos agentes econômicos.

A Soberania Nacional, disposta no inciso I, do artigo 170, se apresenta como primeiro princípio da ordem econômica. É importante esclarecer que, neste ponto, não trata o texto constitucional de soberania política, mas, sim de soberania econômica.

Embora um Estado seja declarado politicamente soberano, esta somente será exercida em sua plenitude se concretizada independência econômica do

⁵⁷ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 195.

Estado. Isto porque a soberania econômica nacional se apresenta como meio para que um Estado se encontre livre de determinações econômicas e com impactos políticos impostas por outros Estados⁵⁹.

O Estado brasileiro, pelo menos no aspecto tecnológico, historicamente, sofre uma dependência direta de outras nações. O objetivo que se busca com a soberania nacional econômica não é um isolamento. Pelo contrário, o que se pretende é a modernização da economia nacional para que o Estado brasileiro se torne emancipado frente às demais nações⁶⁰.

O fato de o Brasil desempenhar um papel de intermediário da tecnologia estrangeira, em muitos aspectos, o deixa em condições de submissão frente ao mercado internacional. A superação desta limitação, por meio de uma economia que impulse o Estado brasileiro para a modernização tecnológica, viabilizará a sua participação em condições de paridade de negociação com os demais Estados internacionais.

A concretização da Soberania Nacional econômica, com a conseqüente eliminação da subordinação tecnológica e econômica perante outros Estados, se apresenta como instrumento para assegurar a existência digna da população brasileira. É nesta concepção que o referido princípio da Ordem Econômica tem, no seu cerne, os ideais de desenvolvimento nacional.

Seguindo a ideologia desenvolvimentista, a Ordem Econômica brasileira também estabelece limites e objetivos para a atuação dos agentes econômicos. Tem-se nos incisos II e III, do artigo 170, a positivação dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, as quais constituem pressupostos da livre iniciativa⁶¹.

Vale o esclarecimento, neste ponto, que os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade elencados na Ordem Econômica não são os mesmos daqueles dispostos no rol dos direitos e garantia individuais, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII respectivamente. É importante diferenciar que a propriedade de que trata o artigo quinto se refere à propriedade privada que possui função individual, ou seja, aquela que tem por finalidade promover a subsistência do indivíduo e de seus familiares. Já a concepção de propriedade privada prevista no

⁵⁹ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 78.

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 225.

⁶¹ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 49 - (Ponto a ponto).

artigo 170 consiste naquela dotada de função social propriamente dita, especificamente, a propriedade privada dos bens de produção.

O ideal de função social estabelecido na ordem econômica é de que os agentes econômicos atuantes no mercado brasileiro, detentores dos bens de produção, tenham o dever de assumirem uma posição positiva no sentido de cumprir a finalidade da ordem econômica, ou seja, a promoção da dignidade da pessoa humana de acordo com os ditames da justiça social⁶².

Tem-se, portanto, um posicionamento contrário à ideia de que os agentes econômicos devam se abster de praticar atos danosos a comunidades. Como esclarecido, o ideia que prevalece é a de que é obrigação de empresários, no entremeio da concretização de suas atividades comerciais, contribuírem para a emancipação social daqueles envolvidos no processo, principalmente do trabalhador, o que se coaduna com o fundamento da valorização do trabalho humano e do princípio da busca do pleno emprego.

As atividades comerciais desempenhadas pelos agentes econômicos também sofrem limitações impostas pela Ordem Econômica. Prevista no artigo 170, IV, da Constituição Federal, a livre concorrência é um princípio básico da ordem econômica brasileira. Seu objetivo é assegurar uma competição justa entre os produtores de um bem ou serviço, em que todos eles tenham a mesma oportunidade de adentrar e buscar maior espaço no mercado.

A livre concorrência não pressupõe uma competição pautada na rivalidade desmedida entre particulares que desempenham atividades empresariais, sem que haja intervenção e regulamentação estatal, se necessário. Pelo contrário, trata-se de garantir a existência de condições concorrenciais justas para que agentes que queiram desempenhar atividades econômicas, tenham a possibilidade de explorar um mercado livre de condutas anticompetitivas⁶³.

É de se ressaltar que a livre concorrência decorre da manifestação da livre iniciativa. Esta é fundamento da ordem econômica, conforme preceitua o artigo 170, caput, da Constituição Federal. É garantido, assim, a todo indivíduo o direito de iniciar qualquer atividade econômica, não podendo seu acesso aos meios de

⁶² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 246.

⁶³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 77.

produção ser obstado por interesses particulares de outros agentes econômicos que, via de regra, não apreciam a concorrência⁶⁴.

O princípio da livre concorrência, portanto, cria para o Estado a obrigação, por intermédio de fiscalização do mercado e de intervenção, quando for o caso, de garantir a concretização de uma competição justa e adequada entre os agentes econômicos.

A liberdade de interação econômica em mercados equilibrados tem papel básico na vida social dos indivíduos⁶⁵. A garantia de um mercado ausente de limitações impostas por interesses privatistas é um fator que contribui positivamente para a expansão econômica e, conseqüentemente, para o aumento das riquezas e das possibilidades dos indivíduos.

A ausência de concorrência interna ou externa nos mercados leva, conseqüentemente, ao monopólio, ou seja, dominação isolada por alguns agentes econômicos. O monopólio, por sua vez, tende a diminuir a qualidade dos produtos ofertados e elevar seus preços⁶⁶, justamente pelo fato de inexistir competição entre aqueles que desempenham alguma atividade empresarial.

A preservação da concorrência justa e leal entre os exploradores das atividades econômicas não tem apenas a finalidade de proteger os interesses empresariais. A livre concorrência tem por finalidade garantir condições vantajosas aos consumidores⁶⁷, vez que estes, em última análise, por serem os destinatários finais das atividades empresariais, se beneficiam da pluralidade de opções existentes no mercado.

Na íntima relação entre defesa do consumidor e o princípio da livre concorrência, vale a transcrição da reflexão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior feita em seu parecer publicado no jornal O Estado de São Paulo, na edição de 04 de junho de 1989:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é do mercado oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros.

⁶⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 209.

⁶⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p.22.

⁶⁶ *Ibidem*, p.145.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 259.

Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É neste elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, a descentralização da coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste posto, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada⁶⁸.

A concorrência livre – justa – e, portanto, plural, proporciona condições vantajosas aos consumidores, pois, com a existência de ampla competitividade, os agentes econômicos tendem a manter um processo de melhoria contínua de qualidade e de preço dos produtos ofertados aos consumidores finais.

É por esta e outras razões que a Constituição de 1988, em seu artigo 173, §4.º, condena o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência. Isto pelo fato de que a defesa constitucional da concorrência livre tem relevantíssimo papel na promoção do desenvolvimento dos mercados, do país e das relações consumeristas⁶⁹ em razão de seu alto potencial de maximização das liberdades individuais substantivas – liberdade de interação econômica, liberdade de escolha de bens e serviços, acesso a bens e serviços de qualidade a preços adequados.

Diante da sua relevância social e econômica, a Constituição de 1988 também elevou a devesa do consumidor ao patamar de princípio da ordem econômica brasileira. Sabe-se que, em uma relação de consumo, o consumidor é presumidamente a parte mais vulnerável seja técnica ou economicamente e se encontra em posição de debilidade e subordinação em relação ao agente econômico⁷⁰.

Em razão da relativa definição de consumidor, adota-se, como conceito objetivo, o que disciplina o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado in *O Estado de S. Paulo* ed. 4.6.89, p. 50.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 259.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.

A figura do consumidor passa a ter mais impacto social com o advento da revolução industrial em razão da massificação da produção de bens e da despersonalização do comércio. Contudo, é na década de 60 que se volta a atenção para a proteção do consumidor frente ao poder econômico dos produtores de bens e prestadores de serviços⁷¹.

No ano de 1962, o, até então, presidente norte-americano, John Fitzgerald Kennedy, dirigindo-se ao Congresso, afirmou que todas as pessoas são consumidoras em algum momento da vida. À vista disso, elencou quatro direitos do consumidor - direito à segurança, à informação, à escolha e a ser ouvido, que, posteriormente, foram inseridos não somente nos Estados Unidos, mas também na Europa e no Brasil, consoante artigo 5º, XXXII, da Constituição de 1988.

A globalização e a popularização do discurso de John Kennedy influenciou diretamente Constituição de 1988 que elencou a defesa do consumidor como direito fundamental, devendo ser promovido pelo Estado. Além disso, elevou-se a defesa do consumidor como elemento essencial da ordem econômica, no sentido de direcionar a atividade econômica desempenhada no Brasil para a concretização da defesa do consumidor.

É inegável que o consumidor é o destinatário final de toda atividade econômica desempenhada pelos agentes. É por esta razão que o papel do consumidor tem significativa relevância para as relações jurídico-econômicas, isto porque constitui um dos elos do mercado⁷².

A proteção do consumidor, portanto, não se apresenta apenas como um direito fundamental individual, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXII. A realidade é que proteger o consumidor diante do poder econômico é medida essencial para a promoção e desenvolvimento dos mercados e, por consequência, do desenvolvimento nacional. É daí que decorre o dever Estado brasileiro de promover a defesa do consumidor⁷³.

A simples conferência ao consumidor de tratamento diferenciado nas relações jurídicas, por si só, não garante a efetividade de sua proteção. A verdade é que a defesa do consumidor não se concretiza automaticamente, sendo este o motivo pelo qual se faz necessária a intervenção do Estado no mercado e nas

⁷¹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.47.

⁷² DE SOUSA, Washington Peluso Albino. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 606.

⁷³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95.

relações consumeristas, por meio de seus órgãos de fiscalização, para garantir a defesa do consumidor⁷⁴.

Outro princípio da ordem econômica, balizador das atividades empresariais, é a defesa do meio ambiente. Disposto no inciso VI, do artigo 170, a defesa do meio ambiente tem por finalidade direcionar a atividade econômica desempenhada no Brasil para o desenvolvimento sustentável. Não se trata, de forma alguma, de impedir ou criar barreiras para o desenvolvimento tecnológico e para o crescimento econômico.

A promoção da dignidade da pessoa humana tem íntima relação com a garantia de um meio ambiente sustentável por ser este requisito imprescindível para o desenvolvimento da vida humana em condições existenciais minimamente adequadas. A defesa do meio ambiente, além de ser princípio da ordem econômica, é direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, artigo 225, da Constituição do Brasil de 1988.

A ideologia constitucional de promoção do desenvolvimento nacional, fundamento da república brasileira, não se trata de desenvolvimento puramente quantitativo, pelo contrário, a obrigação do Estado reside na fomentação do desenvolvimento qualitativo⁷⁵, cujo objetivo deverá ser, primordialmente, a maximização das liberdades individuais substantivas de sua população como um todo.

Esta perspectiva se coaduna com outro princípio da ordem econômica, a redução das desigualdades regionais e sociais. Previsto no inciso VII, do artigo 170, da Constituição de 1988, referido princípio reflete a ideologia desenvolvimentista determinante da ordem econômica. Ao prever como princípio a redução de desigualdades regionais e sociais, o texto constitucional reconhece a existência de uma disparidade de desenvolvimento nas mais variadas regiões do território brasileiro.

Foi apresentado anteriormente que o desenvolvimento não pode ser, sensatamente, considerado sinônimo de concentração de riquezas. É por isso constitui um equívoco afirmar que determinadas regiões dentro do território brasileiro

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 213.

são mais desenvolvidas do que outras baseando em critérios puramente de acúmulo de capitais.

O desenvolvimento de uma nação deverá ser mensurado como um todo. A existência de determinadas regiões mais privilegiadas do que outras, em termos de saúde, educação, cultura, oportunidade de empregos ou quaisquer outros fatores que contribuam para o regular desenvolvimento da vida humana, por si só já demonstra o déficit de desenvolvimento da uma nação.

O ciclo do capitalismo, no entanto, é totalmente idealizado e voltado para a concentração de riquezas na mão dos detentores dos bens e dos meios de produção. Na ideologia capitalista de produção primária, a redução de desigualdades se torna um desafio, pois, sendo o lucro o fator predominante, com a conseqüente acumulação e concentração da riqueza, o sistema capitalista gera gritantes desigualdades sociais, difíceis de serem evitadas sem a intervenção do Estado⁷⁶.

É sob este prisma que a ideologia constitucional e o Estado assumem papel relevantíssimo na transformação da realidade social. A positivação da redução das desigualdades regionais e sociais como princípio da ordem econômica, somada a outros dispositivos constitucionais, se torna fundamento para a reivindicação de políticas públicas intervencionistas com o objetivo de promover o desenvolvimento do Estado brasileiro como um todo⁷⁷.

Resta, por fim, a análise do último princípio da ordem econômica positivado. Previsto no artigo 170, IX, da Constituição Federal, o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte pretende tem por finalidade incentivar os micro e pequenos empresários para que exista um maior equilíbrio entre os agentes econômicos.

Levando em consideração que compõem a maioria dos empresários no Brasil, as microempresas e empresas de pequeno porte⁷⁸ são responsáveis pela

⁷⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1002

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 216

⁷⁸ Mister mencionar que apesar de existirem diferentes critérios de classificação do porte das empresas, fora utilizado os incisos I e II do artigo 3º da Lei Complementar 123 de 2006, atualizados pela Lei Complementar 155 de 2016, que dispõem: " I- no caso da miro empresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)". Para uma discussão crítica acerca da diversidade de critérios definidores da

criação de inúmeros postos de trabalho e renda familiar. Sob este prisma, constata-se que elas são de suma importância para a economia nacional, merecendo, pois, tratamento diferenciado.

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) elaborou um relatório sobre a geração de empregos no Brasil por Micro e Pequenas Empresas (MPE) e nas Médias e Grandes Empresas (MGE), no ano de 2015. Veja-se:

Em 2015, os pequenos negócios contrataram um número bem mais expressivo de trabalhadores do que as MGE. Considerando-se apenas trabalhadores do sexo masculino, foram 6,46 milhões contratados pelas MPE contra 4,43 milhões contratados pelas MGE, ou seja, 45,8% a mais. Em relação à mão de obra feminina, as MPE deram oportunidade de emprego para 4,1 milhões de mulheres, enquanto as MGE contrataram 33,2% menos (2,7 milhões).⁷⁹

O volume dos postos de trabalhos decorrente das atividades comerciais desempenhadas por micro e pequenos empresários demonstra sua patente relevância para o desenvolvimento do mercado nacional⁸⁰, bem como sua contribuição para a efetivação do princípio da ordem econômica da busca do pleno emprego.

Além disso, os micro e pequenos empresários possuem participação significativa no PIB brasileiro, é o que demonstra os estudos realizados pelo Sebrae:

As micro e pequenas empresas são as principais geradoras de riqueza no Comércio no Brasil, já que respondem por 53,4% do PIB deste setor. No PIB da Indústria, a participação das micro e pequenas (22,5%) já se aproxima das médias empresas (24,5%). E no setor de Serviços, mais de um terço da produção nacional (36,3%) têm origem nos pequenos negócios.⁸¹

pequena empresa, e de suas consequências para a realização do princípio constitucional da ordem econômica que prevê o tratamento favorecido da pequena empresa, vide KALLÁS FILHO, Elias. *Tratamento favorecido da pequena empresa como princípio constitucional da ordem econômica: o problema do critério definidor da pequena empresa* in Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, n. 1 (2008), p. 31-43.

⁷⁹ Pesquisa Realizada no sítio da internet do Sebrae. Disponível em <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/770bd7e1f3644eecb55a2dcd729227d/\\$File/7135.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/770bd7e1f3644eecb55a2dcd729227d/$File/7135.pdf)>. 15 de maio de 2018.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 80.

⁸¹ Pesquisa Realizada no sítio da internet do Sebrae. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. 15 de maio de 2018.

Esses empreendimentos fomentam o desenvolvimento regional, visto que a grande maioria das vagas é ocupada por trabalhadores locais. Ademais, tendem a incorporar aos seus quadros funcionários com mão de obra menos qualificada, oferecendo a eles a oportunidade de um trabalho formal e de crescimento profissional. Nesta perspectiva, constata-se, também, a contribuição dos micro e pequenos empresários para o desenvolvimento regional e, portanto, para a concretização da redução das desigualdades regionais e sociais.

Dessa forma, o incentivo aos pequenos empreendedores promove o progresso social, bem como o crescimento econômico do país. Diante de sua expressão na economia nacional, a Constituição Federal, em seu artigo 179, criou para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a obrigação de dispensar tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, simplificando suas obrigações.

Trata-se, pois, de um tratamento mais benéfico, com menos obrigações e mais auxílio estatal. Em vista das desigualdades existentes entre os agentes econômicos de grande porte e aqueles menos favorecidos economicamente, o tratamento diferenciado para os micro e pequenos empresários tem por finalidade garantir uma igualdade material entre os empresários, considerando que o mercado brasileiro se mostra altamente dificultoso para os agentes de menor potencial econômico⁸².

De mais a mais, o tratamento favorecido à pequena empresa contribui para a concretização da livre iniciativa e da livre concorrência, vez que com incentivos governamentais, a atividade negocial torna-se mais atraente. Assim, é propenso que um maior número de indivíduos venha a desenvolver seu próprio negócio, o que, por consequência, aumentará o número de agentes econômicos concorrendo entre si no mercado brasileiro⁸³.

A Lei Complementar 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. O referido diploma legal, dentre outros benefícios, estabelece a simplificação das relações de trabalho e o estímulo ao crédito e à inovação. Além disso, cria mecanismos de proteção para micro e pequenos

⁸² MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 56 - (Ponto a ponto).

⁸³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 211.

empresários contra práticas abusivas, o que tem por finalidade assegurar sua efetiva participação no mercado.

É importante salientar que, além de fortalecer a economia nacional, o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte tem papel relevante em benefício dos consumidores. Isso acontece, pois, com o aumento da competitividade entre empreendimentos, estes tendem a oferecer produtos com maior qualidade e menor preço, isto porque o aumento de número de agentes atuantes nos segmentos de mercado dificulta a criação de monopólios por empresários que possuem maior poder econômico⁸⁴.

É por meio do tratamento favorecido, portanto, que as micro e pequenas empresas adquirem sua independência nos mercados brasileiros para que, assim, possam desenvolver atividades comerciais sem que existam interferência e restrições impostas por interesses privatistas de terceiros.

Deve-se esclarecer que, embora a ordem econômica confira aos micro e pequenos empresários um tratamento diferenciado protecionista, isto não significa que os eximem de suas responsabilidades enquanto agentes econômicos atuantes no mercado brasileiro⁸⁵. Isto é, a repressão ao abuso econômico, expressada no artigo 173, §4º, da Constituição de 1988, e regulamentada pela Lei Antitruste Brasileira, se aplicará, ressalvadas suas proporções, igualmente aos micro e pequenos empresários.

A relevância dos micro e pequenos empresários para o desenvolvimento econômico nacional com o conseqüente volume de empregos gerados por suas atividades comerciais, somado ao impacto sobre as relações consumeristas de suas regiões de atuação justifica a necessidade de uma fiscalização e intervenção mais ostensiva por parte do Estado no que se refere ao âmbito de atuação dos micro e pequenos empresários.

Para que seja melhor compreendido, nos próximos capítulos, serão estudados a íntima relação entre o controle dos atos praticados por micro e pequenos empresários e a defesa do consumidor local, além de como a defesa da concorrência em todas as escalas econômica se apresenta como medida de

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 215.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 253.

promoção do desenvolvimento nacional – maximização das liberdades individuais substantivas.

2 - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O presente capítulo terá como objetivo analisar o surgimento da concepção de direito da concorrência em um contexto internacional, bem como o seu desenvolvimento no Brasil. Tem como objetivo, ainda, analisar o desenvolvimento da figura do consumidor sob uma perspectiva constitucional e, ainda, analisar a função do Estado na concretização da defesa da concorrência e do consumidor.

Para tanto, no primeiro item do capítulo, serão analisados os movimentos históricos internacionais que deram origem ao direito da concorrência e posteriormente os movimentos constitucionais e legais que marcaram seu desenvolvimento no país. Ainda, serão analisadas as inovações da lei 12529/11 e seus impactos na proteção da livre concorrência.

No segundo item deste capítulo, será analisado o marco histórico inicial da defesa do consumidor e seus impactos na concretização da defesa do consumidor como garantia fundamental na Constituição Brasileira. Na sequência, será realizado um paralelo entre a direta relação entre defesa da concorrência e defesa do consumidor.

Por fim, no último item, será analisado o papel do Estado na concretização da defesa da concorrência e do consumidor, levando em consideração o caráter programático e vinculativo das normas estabelecidas no artigo 170 da Constituição Federal.

2.1. O Direito Concorrencial e sua contextualização na história

A necessidade de um sistema de defesa da concorrência é tão antiga quanto a civilização. Isso porque existem leis econômicas naturais – independentes do direito estatal - que operam no mercado, intervindo diretamente nos agentes econômicos, como a lei da oferta e da demanda. Em decorrência disso, os comerciantes, em todos os contextos históricos, apresentaram comportamentos tendentes a sua individual ascensão.

A ideia do antitruste é tão antiga quanto a civilização e tão contemporânea quanto o espírito humano. Ela provém da típica tendência da natureza humana segundo a qual homens de todas as épocas buscaram aumentar seus interesses pecuniários, aproveitando-se das necessidades de seus companheiros e valendo-se dos mais variados mecanismos e métodos para realizar seu propósito.⁸⁶

Durante o período da Revolução Industrial - que transformou o sistema de produção – verificou-se a necessidade de promover a concorrência, dando maior liberdade às empresas e diminuindo, conseqüentemente, a intervenção do Estado. Em um momento de instabilidade econômica como aquele, o retorno do investimento efetuado pelos empresários dependia da produção das fábricas, risco que exigia uma maior liberdade e a ausência de pautas de conduta definidas pela autoridade estatal.⁸⁷

Nesse contexto, a concorrência passou a ter relação correlata com o liberalismo econômico, marcado – em sua versão clássica – pela retórica da mínima intervenção estatal.⁸⁸ A liberdade de atuação para conquistar o mercado, garantida a todos os agentes econômicos, fazia com que prevalecessem as regras invisíveis da concorrência, que revelava agora “seu papel central como fator de organização do fluxo de relações econômicas”⁸⁹.

Quanto maior a concorrência, mais os produtores se esforçam para melhorar a qualidade e preço de seus produtos. Dessa forma, a concorrência se apresentava como benéfica aos interesses da sociedade, conciliando o ideal de liberdade

⁸⁶ KOTSIRIS, Lambros E. *An Antitrust Case in Ancient Greek Law*. The International Lawyer, 1988. p.451.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

⁸⁸ “O liberalismo justificara e legitimara a busca do lucro, o padrão-ouro, a abertura dos mercados e as conquistas coloniais “civilizatórias”. “Para que intervenção do Estado, se nunca precisamos disso?” era a pergunta mais difundida e a mais difícil de responder aos interlocutores predispostos a reagir em sentido contrário.” FONSECA, Pedro Cezar Dutra. *Keynes: o liberalismo econômico como mito*. Economia e Sociedade, Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010. p. 427.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

econômica individual com o interesse público. Por esta razão, neste momento histórico de transição do modelo de produção econômico, não se percebia a necessidade de regulamentar a concorrência entre os agentes econômicos.

Todavia, conforme ensina Paula Forgioni, pelo desvirtuamento do instituto, chegou um momento em que a livre atuação garantida aos empresários apresentou reflexos sociais negativos, comprometendo, inclusive, a própria preservação do mercado:

Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar na prática dos chamados “preços de monopólio”, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população. De outra parte, os monopólios, ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho.⁹⁰

Diante da insatisfação popular, oriunda das distorções no mercado geradas pelo capitalismo desenfreado, o Estado percebeu a necessidade de regulamentar a concorrência. Mas somente com o intuito de correção do sistema, mantendo-se a essência daquela ideologia política: o livre mercado. Não havia a intenção de contrariar o espírito do liberalismo econômico.

O grande marco na evolução das normas que regulamentam a livre concorrência foi o *Sherman Act* de 1890⁹¹, que representou o ponto de partida para as discussões acerca dos problemas gerados pelo poder econômico. A legislação norte-americana do *Sherman Act* “corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”⁹².

Mas, em sintonia com o liberalismo econômico, a legislação do *Sherman Act* também visava à proteção da concorrência e à manutenção das liberdades dos agentes econômicos, utilizando-se da intervenção estatal apenas para eliminar distorções causadas no sistema.

⁹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

⁹¹ *Sherman Act* constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o *Sherman Act* tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis, vide FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

⁹² *Ibidem*, p. 65.

Esse marco da legislação antitruste surgiu em um contexto de intenso desenvolvimento econômico dos Estados Unidos da América. As pequenas empresas davam lugar a monopólios e oligopólios; a população saía dos campos para a cidade e as estradas de ferro viabilizavam a distribuição de mercadorias a todo o país, promovendo a concorrência até mesmo entre empresas que antes eram isoladas geograficamente. Nesse cenário, as ferrovias – que estavam desempenhando papel decisivo para o desenvolvimento econômico do país – praticaram um *cartel*, que, posteriormente, acabou sendo um dos primeiros casos julgados sob a égide do *Sherman Act*⁹³.

A prática de cartel, também ocorrente em outros setores da economia, evoluiu para o *trust*, “instituto tradicional do direito anglo-saxão, para resolver problemas do empresariado. O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um *trust certificate*”⁹⁴. Mas logo os trabalhadores, agricultores, consumidores e pequenos empresários da época se colocaram contra essa prática controversa das empresas, que tinha como consequência a concentração de renda nas mãos de poucos e a sujeição de todos os outros agentes econômicos.

Em 1887 e 1888 já era grande a insatisfação de toda a população diante da prática dos trustes, e é nesse cenário que o *Sherman Act* de 1890 foi promulgado. Em decorrência de suas normas vagas, que na prática davam extremada voz à opinião pública, foram surgindo novas regulamentações antitruste, como o Clayton Act, de 1914, o Robson-Patman Act, de 1936, e o Celler-Kegauver Act, de 1950, que espalharam sua influência pelo mundo e vigoram até os dias de hoje⁹⁵.

Em termos de disciplina da concorrência no Brasil, existiram na história diversos marcos legislativos de relevância, o que permite dizer que o país passou por várias fases da organização administrativa concorrencial, cada qual marcada por peculiaridades técnicas e processuais.

Cronologicamente, tais fases podem ser divididas da seguinte maneira: O primeiro período é anterior ao ano de 1962; o segundo vai de 1962 até 1994; o terceiro de 1994 até início de 2012; e finalmente o quarto período, que vai do momento de entrada em vigor da Lei 12.529/2011 no ano de 2012, em diante.

⁹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 67-68.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 69.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 73-74.

Paula Andrea Forgioni explica que a intervenção do Estado brasileiro na economia sempre ocorreu⁹⁶, daí por que se mencionar uma fase anterior ao ano de 1962. Nesse primeiro período, merece destaque a Constituição de 1934, a primeira no país a elevar a liberdade econômica a nível constitucional, de forma condicionada e com delimitação de seu exercício.

A conformação da ordem econômica delineada pela Constituição de 1934 aos princípios da Justiça e às necessidades da vida nacional, mas principalmente, à promoção da existência digna encontra-se no artigo 115 do mencionado texto constitucional:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

A limitação à liberdade econômica, prevista no art. 115, facultava ao Estado “intervir na (v.g., art. 116⁹⁷) e sobre (v.g., art 117⁹⁸) a economia, no resguardo de interesses maiores que aquele dos agentes econômicos individualmente considerados”⁹⁹. Essas faculdades foram conferidas ao Estado com vistas a minimizar os efeitos da grande crise econômica de 1929, que se estendeu durante toda a década de 30.

Referida garantia constitucional, por outro lado, não foi acompanhada de legislação específica destinada a regular a atividade econômica brasileira, o que somente veio a acontecer a partir da Constituição de 1937, mais precisamente no ano de 1938, de acordo com as observações de João Grandino Rodas e Gesner Oliveira:

O intervencionismo estatal na economia, consagrado nas constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, ressoaria no Brasil, inicialmente, na Constituição de 1934, cujo art. 115 afirmava caber ao Estado organizar a

⁹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

⁹⁷ “Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”.

⁹⁸ “Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país”.

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

ordem econômica e utilização, pela primeira vez, a expressão "economia popular" (art. 117). Esses artigos, conjuntamente com o art. 141 da Constituição de 1937 propiciaram a edição de legislação excepcional sobre economia popular: Decretos-lei nºs 431, de 18 de maio de 1938 e 869, de 18 de novembro do mesmo ano. É digno de nota, contudo, que a Constituição de 1937 acolhera o intervencionismo estatal de maneira qualificada, pois asseverava que ele "...só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção..." (art.135). Por força de seu art. 141, a legislação ordinária viria a tipificar os ilícitos contra a economia popular como crimes.¹⁰⁰

De fundamental importância, o art. 141 da Constituição de 1937 previa a proteção da economia popular, disposição esta que veio a ser regulamentada especificamente pelo Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. O mencionado Decreto inaugurou no Brasil as primeiras normas antitrustes e elencava os crimes contra a economia popular, prevendo punição específica para as condutas anticompetitivas.

É no Decreto-lei 869, de 1938, que se colocam, pela primeira vez, em nosso sistema jurídico, algumas normas antitruste que perduram até hoje: coibição do açambarcamento de mercadorias (art. 2º, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2º, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas (art. 3º, I), venda abaixo do preço de custo (art. 2º, V), exclusividade (art. 3º, I) etc.¹⁰¹

No entanto, o referido diploma legal repercutiu com mais eficácia apenas no âmbito da regulamentação de preços e no combate aos artifícios e fraudes na venda de mercadorias. Na área da defesa da concorrência, especificamente, pouco fez, isto por que não existia um órgão especializado para se ocupar com a matéria e realizar o devido acompanhamento das atividades e condutas dos agentes econômicos.

O órgão especializado de que se trata somente surgiu no ano de 1945, com o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho, estruturado a partir de um projeto pensado por Agamemnon Magalhães, então ministro de Getúlio Vargas. O Decreto-lei ficou conhecido como "Lei Malaia", o qual sistematizou a legislação referente ao abuso do poder econômico e, ainda, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 17.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p.100.

A CADE era um órgão autônomo presidido pelo Ministro da Justiça e cujo plenário era ainda composto: (a) pelo Procurador Geral da República; (b) pelo Diretor Geral da CADE; (c) por um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; (d) por um representante do Ministério da Fazenda; (e) por um representante das classes produtoras e distribuidoras; bem como (f) por um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência, conforme dispunha o artigo 20 do referido Decreto.

As funções da Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, eram a verificação de existência dos atos contrários aos interesses da economia nacional, a notificação às empresas para cessação dos atos ilícitos apontados e, ainda, em caso de descumprimento das determinações da Comissão, a aplicação de intervenção nos atos dos agentes econômicos¹⁰².

Embora promissor na época de sua promulgação, o Decreto-lei nº 7.666/45 não chegou a completar sequer três meses de vigência, considerando que foi revogado em 09 de novembro do mesmo ano de sua promulgação. Apesar do curto período de vigência, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE exerceu importante influência na elaboração da Constituição Federal do ano de 1946.

Em conformidade com o que já vinha acontecendo na evolução da matéria de concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1946 também trouxe inovações consigo. Ela elevou e concretizou a temática concorrencial ao nível constitucional no Brasil, uma vez que cunhou em seu artigo 148, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a expressão “abuso do poder econômico”.

Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Comentando o dispositivo supracitado, Paula Forgioni observa que a Constituição de 1946 se afasta da sistematização efetuada pelo Decreto-lei nº 7.666/45 ao condenar os atos abusivos do poder econômico “pela sua finalidade

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005, p.25.

(“que tenham por fim”) e não pelos seus efeitos (“que tenham por efeito”), conforme constava do art. 1º do referido Decreto-lei”¹⁰³.

A inovação trazida pela Constituição Federal de 1946 altera consideravelmente a perspectiva da análise de condutas anticoncorrenciais. Isto porque, algumas vezes, os efeitos de condutas anticoncorrenciais são percebidos apenas um longo tempo após a sua prática, o que, por consequência tornaria as medidas preventivas ineficazes, uma vez que a violação aos preceitos da ordem econômica já haveria se concretizado.

A nova fase do direito antitruste brasileiro deixa de se preocupar exclusivamente com a economia popular e passa a ter um compromisso com uma nova ordem econômica e, conseqüentemente, com a transformação social. Tão importante quanto isso, com a repressão às infrações contra a ordem econômica elevada ao nível constitucional, a nova sistemática anticoncorrencial brasileira passa, ainda, a correlacionar a defesa da concorrência com a defesa do consumidor¹⁰⁴.

Com o intuito de regulamentar o art. 148 da Constituição de 1946 e de conferir efetividade ao combate contra condutas anticompetitivas, o antigo ministro e então deputado federal, Agamemnon Magalhães, apresentou em 1948 o projeto de lei nº 122, o qual, após quatorze anos de tramitação, foi aprovado, sendo convertido na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Referido diploma normativo institui, então, em seu art. 8º, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Ademais, na tentativa de garantir previsibilidade e segurança jurídica nas relações econômicas, o mesmo diploma legal, em seu art. 2º¹⁰⁵, elencou uma série

¹⁰³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p.107.

¹⁰⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Brasil: Malheiros Editores, 2005, p.26.

¹⁰⁵ Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I- Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:

- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

II Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

de condutas que, ao serem praticadas, configurariam formas de abuso do poder econômico.

Naquele contexto histórico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica atuava de modo isolado, com concentração de todas as funções administrativas em seu domínio, sendo responsável tanto pela fase investigatória quanto pela condução do processo administrativo e seu respectivo julgamento. Não havia, portanto, divisão de órgãos para a fase investigativa e instrutória, o que gerava um acúmulo de trabalho e a conseqüente ineficácia do órgão.

Apesar da relativa organização institucional com amplo suporte normativo, na vigência da Lei n. 4.137/62, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica teve inexpressiva atuação. Relata-se que apenas 11 processos teriam sido julgados entre 1962 e 1975, havendo uma única condenação. Isso mostra que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica mantinha-se como um órgão inoperante, o que, para Paula Forgioni, espelhava a “política econômica que era então adotada, incentivadora das fusões e incorporações e da criação de grandes empresas e conglomerados nacionais”.¹⁰⁶

Outro fator determinante para a inexpressividade da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em seus primeiros anos de existência foi o impacto do dirigismo Estatal sobre o cenário econômico brasileiro da época. Sobre isso, vale a transcrição de parte do estudo de Sérgio Varella Bruna:

A falta de expressão do CADE nos seus primeiros trinta anos se explica pelo fato de que a economia brasileira vivia, até o começo da última década, sob pleno dirigismo estatal. A participação direta do Estado em muitos

III Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;
- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;
- b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço á compra de determinado bem.

V) Exercer concorrência desleal, por meio de:

- a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária ;
- b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p.117.

setores ou a forte regulamentação exercida sobre outros, assim como o controle de preços e o elevado nível de proteção à indústria nacional, entre outros pontos, formavam um conjunto de fatores que, na prática, inibia a implantação de uma política de defesa da concorrência efetiva pelo Poder Público.¹⁰⁷

Após o período ditatorial marcado pelo autoritarismo militar, o qual ocorreu ante os anos de 1964 e 1985, o Brasil lentamente restituía sua democracia, na tentativa de consolidar a reorganização do sistema político e de controlar a economia, a qual se apresentava em total desequilíbrio, com inflação que chegava à 235% (duzentos e trinta e cinco por cento).

O então presidente da república na época, José Sarney, anunciou em 28 de fevereiro de 1986 o Plano de Estabilização Econômica (PEE), que ficou conhecido como Plano Cruzado. Uma das medidas adotadas pelo plano foi o tabelamento dos preços praticados pelo mercado, por meio da instituição da tabela da Sunab (Superintendência Nacional de Abastecimento e Preços).

Uma das consequências do congelamento de preços se deu no âmbito concorrencial. Uma vez que o preço dos produtos estava estagnado, houve considerável inibição da concorrência e dos estímulos à modernização dos meios de produção. Nessa situação, as empresas não apenas deixaram de obter ganhos de produtividade com possíveis inovações tecnológicas, como o preço final do produto, ao ser fixado de acordo com os custos do produtor marginal, propiciava às empresas mais eficientes a obtenção de elevados lucros, em detrimento das menores.¹⁰⁸

Como se pode imaginar, os efeitos do congelamento dos preços causaram um retrocesso econômico. De imediato, a medida conseguiu controlar a inflação. Porém, alguns meses depois houve uma grande escassez de produtos no mercado. Desestimulados com a impossibilidade de concorrência e impedidos de reajustar os preços, muitos empresários optaram pela suspensão do fornecimento de produtos, o que teve como resultado o desabastecimento do país.

Apesar de sucessivas tentativas de controle, o governo de José Sarney ficou marcado por uma altíssima inflação. Nesta época, o mercado brasileiro era

¹⁰⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *Na Defesa da Concorrência*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano V, n. 30, março/abril: 2004. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/iss.php?iss=download.informativo&id=5>> Acesso em 15 de dezembro de 2018.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Fabricio A. *O Plano Cruzado: balanço e perspectivas*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v.3 n.3, março: 1987. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451987000100004> Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

extremamente fechado, operando com forte influência governamental com relação às empresas e quanto ao preço dos produtos.

Após o fim do governo Sarney, Fernando Collor assume a Presidência no ano de 1990 com a promessa de modernizar a economia e de abrir o mercado à competição estrangeira, abaixando os impostos de importação. Com isso, pretendia-se, ao fomentar a competição, promover uma melhora de competitividade no mercado nacional e, por consequência, estimular a melhoria e modernização dos produtos comercializados no Brasil.

Com a superação do dirigismo da economia no Brasil, já no âmbito da Constituição Federal de 1988 que fortaleceu a ideia de constituição econômica em seu corpo normativo, e, posteriormente, com a abertura do mercado brasileiro ao capital estrangeiro, surge então um ambiente propício à fortificação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Neste momento histórico, houve a necessidade de um instrumento normativo que pudesse, então, reprimir os abusos de poder econômico em um mercado que deveria, a partir de então, se autorregular. Em razão disso, o Presidente Fernando Collor editou a Medida Provisória n.º 204, em agosto de 1990, que instituía normas para a defesa da concorrência, tendo sido, posteriormente, convertida na Lei n.º 8.158/1991.

A medida provisória estabeleceu a competência da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) para apurar condutas dos agentes econômicos contrárias aos princípios da ordem econômica¹⁰⁹. A SNDE passou a atuar em conjunto com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), já que a Lei n.º 4.137/1962 não tinha sido revogada. Com a medida, pretendia-se imprimir maior celeridade ao procedimento administrativo e à apuração das supostas práticas de violação à ordem econômica.

De acordo com a legislação, o CADE se mantinha como tribunal e a SNDE atuava fortemente como órgão de investigação e instrução dos processos administrativos, restringindo-se a recomendar a correção das ações de mercado, a

¹⁰⁹ Art. 1º. Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico, por meio de seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, a apuração e correção das anomalias de comportamento dos setores, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços e a colocação de bens e serviços no mercado, de forma a interferir com os princípios constitucionais balizadores da ordem econômica.

determinar algumas sanções específicas (que não a multa) e a solicitar ao CADE que julgasse o caso concreto.

Apesar da positiva descentralização de competências mantidas pelo CADE, a legislação acabou por gerar na organização administrativa do sistema um elevado grau de obscuridade e ambiguidade. Isto porque havia competências comuns às duas entidades, como, por exemplo, as competências referentes às consultas. As decisões da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) podiam contrariar as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, e mesmo assim manterem-se válidas, já que as sanções administrativas aplicáveis por cada órgão eram diferentes.

Embora com suas imperfeições sistêmicas, as normas antitrustes editadas em 1991 tiveram por finalidade corrigir as anomalias do mercado no que se refere à condutas anticompetitivas praticadas por agentes econômico, bem como favorecer a implementação de políticas públicas.¹¹⁰

Com o impeachment de Fernando Collor em 1992, seu vice Itamar Franco assume a Presidência, dando continuidade ao processo iniciado na administração anterior, de modernização da economia. O maior impulso a essa modernização, no entanto, surge em 1994 com o Plano Real, que mais uma vez tinha como objetivo estabilizar a economia e domar a hiperinflação. Nesse âmbito de modernização econômica, o governo de Fernando Henrique Cardoso, sucessor de Itamar Franco, acelerou o programa de privatizações e de liberalização econômica.

A abertura da economia brasileira, iniciada no governo Collor, exigiu a adoção e aplicação de normas de defesa da concorrência modernas e eficazes. Foi esse novo cenário que contribuiu para a aprovação da Lei n. 8.884, de 1994. Promulgada em 11 de junho de 1994, a Lei 8.884/94 tinha finalidade de “prevenção e 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”, conforme dispunha seu art. 1º.

Essa lei não só sistematizou e aperfeiçoou a matéria acerca de defesa da concorrência, como também transformou o CADE em autarquia federal, conferindo-lhe maior autonomia e efetividade. Implementou ainda o que foi chamado de

¹¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p.121.

“Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, composto pelo CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, e pela SDE – Secretaria de Direito Econômico.

O CADE possuía função primordial de julgar os processos administrativos instaurados, enquanto a SDE tinha função de auxiliar o CADE na repressão posterior de condutas, investigando práticas anticoncorrenciais. Por sua vez, a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão integrante do Ministério da Fazenda, auxiliava o CADE no controle prévio de estruturas, instruindo os atos de concentração empresarial.

Tal reformulação institucional, juntamente com o novo contexto político e econômico, foi fundamental para o fortalecimento do direito concorrencial brasileiro, movimento extremamente compreensível em um contexto histórico de reabertura do país ao capital estrangeiro e de estímulo à acabo privada em setores estratégicos.

No artigo 21 da Lei n. 8.884, de 1994 foram definidas diversas condutas consideradas prejudiciais à ordem econômica, em rol exemplificativo. Dentre elas, tinha-se a prática do cartel entre agentes econômicos, tendo este recebido definição por Fábio Nusdeo:

acordo entre empresas que o celebram a fim de adotar uma política comum de negócios, sobretudo com vista a comercialização de bens. Essa política comum tanto pode dizer respeito ao preço, quanto as condições de pagamento ou de crédito, bem como o estabelecimento de quotas, à divisão do mercado, à apresentação e à qualidade do produto vendido. As empresas assim cartelizadas continuam basicamente livres e autônomas, quer econômica, quer juridicamente, podendo desvincular-se do acordo e voltar a uma posição concorrencial junto às antigas parceiras.¹¹¹

Marcando a atuação do direito antitruste brasileiro, o primeiro cartel punido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos termos da Lei nº 8.884/94 foi o chamado “Cartel do Aço”. O caso ocorreu em 1996, e consistiu no aumento de preço do “açoplano” por três das maiores produtores nacionais: A Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a Usiminas e a Cosipa. Após mais de um ano sem reajustar seus preços, tais produtores resolveram fazê-lo quase que concomitantemente. Em 17/07/1996 a CSN comunicou o aumento de preços, e em

¹¹¹ NUSDEO, Fábio. *Cartel* (verbetes). Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 353.

22/07/1996 era a vez das empresas Usiminas e Cosipa. Todos os aumentos de preço entraram em vigor em 01/08/1996.

Embora os aumentos não fossem totalmente injustificáveis, uma vez que a tecnologia de produção do aço plano entre as empresas era parecida, e, portanto, havia justificativa de elevação similar, constatou-se a prática de cartel, pois o reajuste se deu em data muito próxima e em montantes bastante parecidos. Além disso, a produtividade entre as empresas era totalmente dispare, o que se fez desacreditar na afirmação de que os custos eram parecidos.

Após substancial análise econômica realizada pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda), ficou evidenciada a intenção de eliminar a concorrência, requisito este estabelecido pela legislação antitruste¹¹², não havendo qualquer outra possibilidade para o ajuste concomitante de preços, senão a celebração de um cartel.

O processo administrativo instaurado transcorreu entre 1997 e 1999, ano em que as empresas foram condenadas pelo CADE a pagarem multa correspondente a 1% de seus faturamentos de 1996, o que totalizava R\$ 51 milhões (R\$ 22 milhões para a CSN, R\$ 16 milhões para a Usiminas e R\$ 13 milhões para a Cosipa). Os agentes condenados recorreram ao judiciário, tendo sido mantida a condenação tanto em primeira, quanto em segunda instância. Esse foi o primeiro caso de condenação do CADE sob a égide da Lei n. 8.884/94.

Segundo Paula Forgioni, a Lei n.º 8.884/1994, em seus mais de quinze anos de vigência, representou grandes avanços para a matéria da concorrência no país, podendo-se destacar os seguintes aspectos: (I) consolidação do controle das concentrações empresariais; (II) consolidação do controle dos cartéis; (III) aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE; e (IV) aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.¹¹³

Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, ambos ex-presidentes do CADE, ao escreverem sobre referida lei, também observam sua grande contribuição para a consolidação da concorrência no Brasil, afirmando que “não obstante os defeitos da Lei n. 8.884/94, operou-se durante sua vigência a consolidação do direito

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

¹¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 122.

concorrencial no Brasil, criando a sensação nacional e internacional de que o Brasil possuía uma ‘autoridade antitruste’”.¹¹⁴

Aproximadamente duas décadas mais tarde, o sistema inaugurado pela Lei n. 8.884/1994 encontrou seu fim. Em 30 de novembro do ano de 2011, foi editada uma nova Lei de Defesa de Concorrência, a qual revogou praticamente todos os dispositivos da legislação anterior e transformou largamente o direito administrativo concorrencial por uma série de mudanças institucionais e operacionais.

Trata-se da Lei n° 12.529/2011, oriunda do Projeto de Lei n° 3.937/2004, que teve como autor o Deputado Carlos Eduardo Cadoca, e do Projeto de Lei n° 5.877/2005, de autoria do poder executivo da época. O projeto apresentado pelo governo foi elaborado com base em 05 (cinco) anos de discussões e em diversos estudos e relatórios elaborados pelos Ministérios da Fazenda, da Justiça e do Planejamento.

O projeto tinha como objetivo maior sanar as diversas deficiências que foram encontradas na sistemática estabelecida pela Lei n. 8.884. Com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, inaugurou-se uma nova fase da concorrência no Brasil. É possível apontar, dentre as diversas alterações, três pontos de destaque referentes (i) ao controle preventivo, (ii) ao controle repressivo e, finalmente, (iii) à estrutura administrativa do CADE.¹¹⁵

Do ponto de vista do direito material, pouco foi alterado com relação à legislação anterior, de 1994. Foram mantidos os critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais, contudo, o valor das penalidades pecuniárias sofreu considerável alteração, passando de 1% e 30% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da prática, agora podem variar entre 0,1% e 20% do valor do faturamento bruto da empresa, do grupo ou do conglomerado obtido, no ramo da atividade empresarial em que ocorreu a infração.¹¹⁶

No que tange a estrutura administrativa, houve uma reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que passou a ser composto por dois

¹¹⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.36.

¹¹⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves. *A Nova Lei do CADE e a Reestruturação Administrativa do SDBC: Pontos positivos e negativos*. Publicações da Escola da AGU. Brasília, n. 19, julho de 2012, p. 135. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1858/0>> Acesso em 19 de dezembro de 2019.

¹¹⁶ RODAS, João Grandino. *Nova Fase da Concorrência no Brasil*. Revista Consulex. São Paulo, n. 370, jun/jul. p. 25, 2012.

órgãos: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é uma autarquia especial ligada ao Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda. Houve a “transformação” da antiga Secretaria de Direito Econômico, antes ligada ao Ministério da Justiça, em Superintendência-Geral, órgão agora integrante do próprio CADE, que passou a ser subdividido da seguinte maneira:

(I) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE): Possui função de tomar decisões definitivas nos casos de controle de estruturas (aprovação ou reprovação de atos de concentração) e de repressão de condutas (condenação ou absolvição de empresas que formam cartéis, praticam abuso de posição dominante etc.), bem como celebrar acordos e adotar medidas preventivas.

(II) Departamento de Estudos Econômicos (DEE): Sua função primordial é realizar estudos de mercado e emitir pareceres.

(III) Superintendência-geral (SG): A SG negocia os chamados acordos de leniência¹¹⁷, investiga condutas anticoncorrenciais, como cartéis, e propõe a realização de acordos e a adoção de medidas preventivas e analisa atos de concentração, podendo aprová-los sem restrições (nesse caso a decisão é da própria SG, com possibilidade de recurso ou avocação pelo TADE) ou recomendar a aprovação com restrições ou reprovação (nesse caso a SG faz uma impugnação ao ato, apontando suas razões para a imposição de restrição ou reprovação, submetendo o caso para a decisão final do TADE).¹¹⁸

No que se refere ao controle preventivo, a Lei nº 12.529/2011 também inovou ao introduzir no Brasil a obrigatoriedade da análise prévia dos atos de concentração¹¹⁹. De acordo com seu art. 90, os atos de concentração ocorrem

¹¹⁷ Segundo a cartilha do CADE, intitulada “Programa de Leniência Antitruste do CADE”, o Programa de Leniência permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com o Cade, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

¹¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p.126-129.

¹¹⁹ Segundo o artigo 88 da Lei 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, devem ser notificados ao Cade os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação,

quando: a) Duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; b) Uma ou mais empresas adquirem- direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma - o controle ou partes de uma ou outras empresas; c) Uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; d) Duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*¹²⁰.

Na vigência da Lei n. 8.884/1994, a regularidade dos atos de concentração poderia ser submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica posteriormente à sua concretização, o que muito prejudicava em termos de efetividade da atuação. Isto porque uma vez concretizada a concentração irregular entre agentes econômicos muito dificilmente poderiam ser revertidos os prejuízos causados à livre concorrência e ao consumidor final.

Além da significativa alteração na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529/2011 indica a finalidade de sua atuação preventiva e repressiva, principalmente, a preservação da integridade das estruturas de mercado, tendo como finalidade a proteção do consumidor.

Logo no artigo inaugural da Lei nº 12.529/2011, o legislador estabelece que lei antitruste “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.”

Para a finalidade do presente estudo, haverá uma concentração sobre análise da direta relação entre as atuações preventivas e repressivas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Defesa do Consumidor, bem como do papel do Poder Estatal Brasileiro no sentido de concretizar os objetivos de transformação social a serem perseguidos delineados pela Ordem Econômica Brasileira.

equivalente ou superior a R\$ 75 milhões. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>> Acesso em 29 de janeiro de 2018.

¹²⁰ *Joint venture* é a associação entre dois ou mais agentes econômicos para a criação de um terceiro agente econômico, sem a extinção dos agentes que lhe deram origem.

2.2. A defesa da concorrência como escudo do consumidor

A interpretação da figura do consumidor, principalmente quanto à sua definição jurídica, possui uma série de divergências¹²¹. Há quem adota o posicionamento de que basta que a pessoa, natural ou jurídica, retire o produto ou serviço da cadeia produtiva para se considerar consumidor, independentemente se o utilizará como destinatário final ou como meio em uma atividade profissional. Há ainda os que adotam o posicionamento de que só é consumidor a pessoa, física ou jurídica, que utiliza o produto ou serviço como destinatário final fático, de forma que seu uso como meio profissional descaracterizaria a condição de consumidor.

No Brasil, adota-se o posicionamento de que a condição do consumidor concretizar-se-á na medida em que este tenha real vulnerabilidade em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, pouco importando a finalidade da aquisição, seja para uso profissional ou final.

Em uma relação de consumo, o consumidor é a parte mais vulnerável da relação jurídica, sendo que este se encontra em posição de debilidade e ou subordinação ao produtor ou fornecedor¹²². Embora o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor o defina como sendo a pessoa física ou jurídica que “adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”, sem fazer menção à vulnerabilidade, referida matéria, atualmente, encontra-se pacificada nos tribunais superiores¹²³.

A vulnerabilidade a que se faz referência não se trata apenas de questões financeiras, mas, também de questões jurídicas, técnicas e tecnológicas. Fato é que na maioria das vezes o consumidor não possui o domínio das informações

¹²¹ A teoria maximalista disciplina que consumidor é o indivíduo que adquire produto ou serviço para pessoal uso, sendo irrelevante sua destinação. Há, portanto, uma interpretação extensiva no que tange ao artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Nesta interpretação, enquadra-se como consumidor a pessoa física ou jurídica que retira o produto da cadeia econômica. Já a teoria finalista ou subjetivista, considera consumidor o destinatário final do bem ou serviço, não se enquadrando as pessoas físicas ou jurídicas que adquiram o bem ou serviço para ser empregado em outra atividade comercial. Por fim, a teoria finalista mitigada utiliza como critério caracterizador de consumidor a vulnerabilidade. Ou seja, independentemente se a pessoa física ou jurídica adquire o produto ou serviço como destinatário final ou para emprega-lo em atividade comercial, demonstrada a vulnerabilidade na relação, caracteriza-se relação de consumo, atraindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

¹²² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.

¹²³ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 253506 / PR. Relator Ministro Marco Buzzi. Data da Publicação: 29 de outubro 2018.

necessárias para o pleno conhecimento do produto ou serviço que adquire e, portanto, isso o coloca em posição de desvantagem em relação às operações comerciais.

Reconhecida a vulnerabilidade e a importância do papel do consumidor na sociedade, já que este é o destinatário final de toda atividade produtiva dos agentes econômicos e, portanto, força motriz da movimentação de capitais, torna-se imprescindível para a concretização do desenvolvimento econômico de uma nação uma adequada e efetiva proteção ao consumidor.

A condição de consumidor é indiscutivelmente inerente à pessoa humana. Isto por que todos os indivíduos ao longo da história se relacionam jurídica e economicamente com fornecedores de produtos e serviços o que demonstra que a figura do consumidor não é exclusiva da contemporaneidade.¹²⁴

A origem da preocupação com os direitos do consumidor se deu em momento posterior à Segunda Grande Guerra. Àquela época, conforme assinala Newton de Lucca, a defesa do consumidor tinha caráter insipiente e recaía apenas sobre o preço, a informação e a rotulação adequada dos produtos.¹²⁵

No entanto, foi na década de 60, mais precisamente em 15 de março de 1962, que o, até então, presidente norte-americano, John Fitzgerald Kennedy, em um emblemático discurso dirigido ao Congresso Nacional¹²⁶, inaugurou uma nova etapa na defesa dos direitos consumeristas. Diante do relevante papel do consumidor nas estruturas de mercado, foram consagrados quatro direitos básicos do consumidor - direito à segurança, à informação, à escolha e à ser ouvido.

Baseado no discurso proferido por Kennedy e diante da necessidade mundial de promoção da defesa do consumidor, a Organização das Nações Unidas, em 9 de abril de 1985, elaborou a Resolução de número 39/248¹²⁷ e estabeleceu princípios e diretrizes para que os Estados, então, desenvolvessem medidas para a concretização da defesa do consumidor.

A difusão do discurso do ex-presidente americano John Kennedy teve impactos diretos na elaboração da Constituição Federal de 1988. Isto porque a

¹²⁴ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.47.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹²⁶ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 95.

¹²⁷ Pesquisa Realizada no sítio da internet das Nações Unidas. Disponível em < <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm> >. Acesso em: 21 de maio de 2018.

defesa do consumidor foi elevada ao patamar de direito fundamental, a qual restou positivada no artigo 5º, inciso XXXII do texto constitucional.

A elevação dos direitos do consumidor a um patamar constitucional colocou-os, atualmente, ao lado de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana. Isso porque, “as necessidades humanas são sempre mais bem atendidas, em princípio, com um sistema de informação adequado sobre os bens e serviços colocados à disposição do consumidor.”¹²⁸

Além disso, a Constituição Federal de 1988, deixando transparecer seu caráter programático, criou para o Estado brasileiro a obrigação de garantir ao consumidor a sua efetiva defesa por meio das medidas necessárias¹²⁹. Reflexo disso, a defesa do consumidor foi positivada, ainda, como um dos princípios a ser observado e harmonizado na ordem econômica brasileira, o que revela a vulnerabilidade e importância do consumidor em relação às atividades econômicas desempenhadas no Brasil.

No Brasil, a defesa do consumidor se incorporou com mais expressividade na década de 90, a partir da abertura dos mercados, época que tem como marco da proteção do consumidor a promulgação da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse cenário, revelou-se a necessidade de o Direito regulamentar as atividades dos produtores, principalmente quanto à publicidade de seus produtos, a fim de garantir a adequada informação aos consumidores, que configuram a parte vulnerável da relação jurídica de consumo e ocupam um lugar de subordinação e dependência no mercado¹³⁰. Em sociedades capitalistas e consumistas como as sociedades contemporâneas, o papel regulamentador do Direito na defesa do consumidor é de suma importância.

Talvez não se esteja a praticar nenhum exagero quando se afirma que a real necessidade de um produto ou de um serviço, na sociedade dita *de consumo* de nosso tempo, muito frequentemente, não se acha ligada à realidade psicobiológica ou social dos indivíduos e sim aos interesses prevaletentes daqueles que fornecem tais bens ou serviços.¹³¹

¹²⁸ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 50.

¹²⁹ DE SOUSA, Washington Peluso Albino. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 295.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 90.

¹³¹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 51.

Esse é mais um argumento que expõe a vulnerabilidade do consumidor e demonstra a tendência geral de dominação dos fornecedores de bens e serviços nas relações de consumo. Ciente dessa condição do consumidor, a Constituição do Brasil de 1988, em seu rol de direitos fundamentais, expressa que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXXII). Fábio Konder Comparato, por interpretação do referido dispositivo constitucional, explica que a defesa do consumidor é um tipo de princípio-programa, exigindo, para sua concretização, uma ampla política pública.¹³²

Com todo o peso que carrega uma norma constitucional, o artigo 5º, inciso XXXII, apesar de sua abstração, vincula os legisladores ordinários ao objetivo primordial nele inculcado. Ou seja, há o compromisso-dever dos legisladores de criarem normas que protejam ao consumidor, na mesma proporção em que assumem o compromisso de não aprovarem leis cujo conteúdo esteja contrário àquele objetivo.

Como já observado, a condição de consumidor é indissociável da pessoa humana, pois, todo ser humano, em algum momento, se não em todos, é destinatário final de produtos e serviços. Perfazendo um dos elos do mercado¹³³, garantir aos consumidores o acesso a produtos de qualidade à preços justos é um dos fatores indicativos de desenvolvimento econômico de uma nação.

A proteção do consumidor, deste modo, possui uma dupla racionalidade. Primeiro pelo fato de que a proteção de consumidor é um desdobramento lógico consequencial da proteção da pessoa humana, segundo, pois sendo o destinatário final de toda atividade econômica e, portanto, essencial ao crescimento e desenvolvimento econômico, a necessidade consumerista é responsável por toda movimentação financeira econômica social.

No entanto, o mero reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, positivado no artigo 4º, inciso I¹³⁴, do Código do Consumidor, não é o bastante para

¹³² COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 29, n. 80, p. 66–75, out./dez, 1990.

¹³³ DE SOUSA, Washington Peluso Albino. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 606.

¹³⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

que se concretize a proteção das relações de consumo, pois se tem, na verdade, a necessidade de uma fiscalização do Estado, por meio de seus legitimados, das condutas de fornecedores de produtos ou serviços.

Reflexo disso, para a concretização da política nacional de relações de consumo, o artigo 4º, II, alíneas “a” e “c”, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como um de seus princípios a participação do Estado por iniciativa direta e por sua presença no mercado de consumo.

Além da tutela específica da defesa do consumidor nas relações jurídicas que envolvem fornecimento de produtos ou serviços, por meio das normas e princípios consumeristas, o Estado deverá atuar, ainda, no âmbito das estruturas de mercado que, garantindo a livre concorrência¹³⁵, o que, por consequência, tem seus reflexos sobre o consumidor. Isto porque, repisa-se, o consumidor é o alvo fático do objeto das atividades dos agentes econômicos.

A vulnerabilidade do consumidor reconhecida no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, não se limita apenas às relações de consumo em si. A vulnerabilidade consumerista vai além de negócios jurídicos individualizados e se revela também em uma subordinação às estruturas de mercado e ao poder dos detentores dos meios de produção¹³⁶.

Ainda acerca dos princípios da política nacional de relações de consumo, encontra-se no artigo 4º, inciso VI a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”. Neste dispositivo legal, o legislador positivou a direta relação entre as normas do direito antitruste para a concretização de direitos consumeristas.

A mesma referência é encontrada nas finalidades da lei 12.529 (Lei Antitruste), em seu artigo 1º, uma vez que este 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.”.

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

¹³⁵ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 80.

¹³⁶ COMPARATO, F. *A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 13, p. 15-16, 1974.

Nessa linha de pensamento caminha uma parte importante da doutrina concorrencial, que intenta destacar a dimensão social desse ramo do direito. Apresentam, nesse sentido, como rol de objetivos do direito concorrencial: a) a defesa da liberdade; b) a descentralização do poder econômico, c) uma distribuição equitativa de bem-estar; d) a tutela de aspectos sociopolíticos; e) a proteção da concorrência; f) a defesa de empresas domésticas frente a empresas estrangeiras; g) a luta contra o desemprego e os efeitos inflacionários e h) a proteção do consumidor.

Em contraposição à corrente doutrinária que reconhece a eficiência econômica como único objetivo do direito antitruste¹³⁷, é possível dizer que a proteção do consumidor deve ser a finalidade primordial do direito de concorrência. Esse ideal demonstra a relação de influência que a defesa da concorrência estabelece com os direitos dos consumidores.

las normas de competencia son un medio de protección indirecto del derecho de propiedad de los consumidores de bienes y servicios, que surgió, precisamente, del comportamiento "atrevido" de grandes empresas que, aprovechando su posición excepcional en el mercado, restringieron aquel derecho de forma escalonada, favoreciendo la monopolización, la imposición unilateral de condiciones comerciales y la obtención de cuotas de mercado "ilimitadas" que generaron una relación asimétrica entre empresas y particulares. Sea cual sea el análisis: económico, jurídico, social, etc., la transposición perfecta de la razón de ser de las normas de competencia es la de prevenir que situaciones como aquellas en las cuales se permite que la actividad económica favorezca a las empresas y perjudique a los consumidores, permanezcan; pues al contrario, el objetivo primordial del sistema se basa en garantizar que los precios, bajo ningún concepto, menoscaben la estabilidad de los consumidores.¹³⁸

¹³⁷ Sobre a referida corrente doutrinária: "La Escuela de Chicago y los sectores surgidos de su doctrina entienden, tal y como fue expuesto de forma sucinta en el apartado introductorio, que solo conceptos de carácter económico como la eficiencia económica, y de hecho solo ella —como medio para reforzar el bienestar de los consumidores—, debe conformar el catálogo de objetivos por alcanzar a partir de la aplicación de las normas de competencia.³⁵ La maximización de la riqueza es para este sector la comprobación de aquel propósito pues, según su razonamiento, todos los beneficios colectivos que quieren defender individualmente los miembros de la Escuela de Harvard, terminan siendo consecuencia de un sistema económico saludable y efectivo,³⁶ en el cual sean multiplicadas las posibilidades de acceder a bienes y servicios gracias al crecimiento de las posibilidades de consumo, la reducción de costos y precios, así como también al aumento en la producción.³⁷ Para esta corriente "economicista", el derecho de la competencia no puede convertirse en un medio de salvaguarda de "colectividades indefensas", pues eso significaría renunciar a la eficiencia de los agentes económicos más notables y poderosos, en busca de preservar los intereses de los más débiles. Lo cual no les parece una opción plausible." SOTO-PINEDA, Jesús Alfonso. La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: La experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, vol.23 no.2 Chia July./Dec. 2014.

¹³⁸ SOTO-PINEDA, Jesús Alfonso. *La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: La experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia*. *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, vol.23 no.2 Chia July./Dec. 2014.

Sobre a os positivos impactos da defesa da concorrência na concretização da defesa do consumidor, vale a transcrição da reflexão de Newton De Lucca:

Em primeiro lugar, deveria existir uma proteção ao consumidor de maneira geral, seja no que se refere ao preço, seja no tocante à qualidade dos bens e serviços oferecidos no mercado, pois a livre concorrência tende a estimular a competição entre os produtores para que, na disputa pela captação da clientela, sejam oferecidos bens e serviços da melhor qualidade, ao preço mais baixo possível. Em segundo lugar, é forçoso o reconhecimento de um estímulo à criatividade e ao progresso econômico, seja pela atividade inventiva dos agentes que atuam no mercado, seja pelo necessário e contínuo aperfeiçoamento da organização empresarial. Finalmente, em terceiro lugar, há que se destacar a orientação aos agentes econômicos sobre a situação de oferta e procura de bens e serviços, para a adequada tomada de decisões de investimento¹³⁹.

A livre iniciativa apresenta-se como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira a qual deverá refletir nos princípios a serem perseguidos pelo Estado brasileiro. A interpretação da livre iniciativa vai além da mera liberdade de empreender¹⁴⁰, sem balizas, isto porque, de tal forma, legitimar-se-ia uma má interpretação da livre concorrência. Ter-se-ia um desvirtuamento do que realmente se trata, pois, como já abordado, livre concorrência não significa concorrer sem limitação, desmedidamente, mas de forma que haja condições concorrenciais justas para que agentes que queiram desempenhar atividades econômicas, tenham a possibilidade de explorar um mercado livre de condutas anticompetitivas, perfazendo uma desconcentração do poder sobre os meios de produção.

A liberdade de iniciativa não é colocada na Constituição como uma verdade, como algo retirado do mundo do ser. Ao contrário, traduz um compromisso do Estado com a sociedade, de modo que deve adotar os comportamentos necessários para tornar a livre iniciativa uma realidade permanente. Desse modo, a atuação do Estado deverá ser, por vezes, de total abstenção. Outras vezes, deverá se mostrar completa e permanente, como na adoção de políticas públicas para promover o desenvolvimento da economia.¹⁴¹

A interpretação dos fundamentos, objetivos e princípios da ordem econômica deverá ocorrer de forma harmônica, criando-se um elo entre si. A garantia e preservação da concorrência livre e justa impacta diretamente sobre as relações consumeristas, isto porque um Estado que detém mercados competitivos estaria

¹³⁹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 197.

¹⁴⁰ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, p. 75, ago. 2008.

¹⁴¹ Ibidem, p. 78.

livre do monopólio e, por consequência, da dominação isolada por alguns agentes econômicos.

O monopólio, por sua vez, sinônimo de ausência de competição entre agentes econômicos, faz do consumidor seu refém, estando este obrigado a adquirir produtos ou serviços dentro de um número limitado de opções. A ausência de competição impede o desenvolvimento e o avanço qualitativo dos bens que são disponibilizados aos consumidores finais. Isto revela a vulnerabilidade do consumidor em razão de mercados que não se tem delineada a concorrência livre, uma vez que os agentes econômicos teriam pleno controle sobre qualidade e preço dos bens disponibilizados no mercado.

É preciso reconhecer, portanto, a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo e principalmente sua vulnerabilidade em relação às estruturas de mercado. E é através do objetivo de proteção do consumidor que o direito concorrencial impõe regras aos agentes econômicos. Eliminar o monopólio de agentes no mercado, por exemplo, impede a possibilidade de imposição unilateral de condições comerciais aos consumidores.

Vê-se, portanto, que eliminação da competição entre agentes econômicos tem como impacto a limitação da autonomia de escolha do consumidor por falta de opções. Como resultado disso tem-se uma violação à uma das liberdades básicas idealizadas por Amartya Sen¹⁴², dentre as quais é indicativa de desenvolvimento econômico.

A garantia da concorrência livre e justa entre os agentes econômicos não tem como único fim a proteção de direitos dos empresários. A livre concorrência certamente garante aos consumidores finais produtos tecnologicamente inovados, em maior qualidade, em melhoria contínua e, principalmente, com preços reduzidos.¹⁴³

Em um primeiro momento, ao estabelecerem meios preventivos – análise prévia dos atos de concentração – e repressivos – penalização de infrações contra a ordem econômica, as quais serão analisadas posteriormente –, as normas de direito antitruste concretizam mecanismos de proteção das estruturas de mercado por, em

¹⁴² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p.21.

¹⁴³ BAGNOLI, Vicente. *Relações de Consumo e Defesa da Concorrência*. In: CARACIOLA, Andrea Boari. ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. FREITAS, Aline da Silva. *Código de Defesa do Consumidor: comemoração dos 20 anos*. 1ª Edição. São Paulo: LTr. 2010, p. 313.

reflexo ao que dispõe o artigo 173, §4^o¹⁴⁴, da Constituição de 1988, o que demonstra um dos objetivos da referida legislação, qual seja, garantir o direito aos indivíduos de desempenharem atividades econômicas em um mercado livre de condutas anticompetitivas.

No entanto, John Fitzgerald Kennedy, em seu discurso ao congresso, revela a necessidade de proteger e incentivar a concorrência entre os agentes econômicos. Dentre as medidas a serem tomadas pelo governo americano para a promoção defesa do consumidor, na década de 60, o ex-presidente determinou que o sistema antitruste fosse fortalecido.

Fortalecer as leis de promoção da concorrência e proibição de monopólio. As proteções mais básicas e de longa data para o direito dos consumidores, a uma escolha a um preço competitivo, são as várias leis de modo a garantir uma concorrência efetiva e para evitar monopólio. O Sherman Act de 1890, o Clayton Act de 1914, e muitas leis relacionadas são os mais fortes escudos do consumidor possui contra o crescimento do poder de monopólio desmarcado.¹⁴⁵

A expressão utilizada por John Kennedy – os mais fortes escudos do consumidor – não deixa dúvida quanto a sua interpretação. Um dos mais interessados em um mercado competitivo, se não o mais, é o consumidor final, pois este, embora não plenamente ciente, aproveita os benefícios de um mercado livre de monopólios.¹⁴⁶

Revela-se, portanto, o fundamento pelo qual o artigo 173, §4.º da Constituição de 1988, condena o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência. Trata-se de que a defesa constitucional da concorrência livre, repisa-se, guarda íntima relação com concretização do desenvolvimento econômico do país, bem como da proteção de direitos consumeristas¹⁴⁷, por ser, nas palavras de John Kennedy, o mais forte e duradouro escudo dos consumidores.

¹⁴⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente (1961-1963: John Fitzgerald Kennedy). *Special Message To Congress On Protecting Consumer Interest, Washington D.C.*, 15 de março de 1962. Disponível em: <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

¹⁴⁶ MARTINEZ, Ana Paula. *A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, v. 13, n. 52, p. 7-36, out-dez. 2004, p. 15.

¹⁴⁷ Ibidem, p.13.

2.3. A relevância do Estado como promotor da livre concorrência e da defesa do consumidor

Neste ponto, cabe compreender o papel do Estado na concretização da defesa da concorrência e dos direitos consumeristas. A Constituição Federal de 1988, pela redação de seu texto, revela-se como um instrumento de transformação social. Não restam dúvidas de que a preocupação política do legislador originário é criar balizas e direcionamento, e não limitações e impedimentos, para que, então, por meio de políticas públicas e programas, os objetivos constitucionais sejam continuamente perseguidos.

Os objetivos e programas a serem realizados pelo Estado brasileiro encontram-se dispostos em todo o texto constitucional e se harmonizam entre si. Sobre atuação econômica no Brasil, há parte específica da norma constitucional que a regulamenta. Trata-se, do artigo 170 da Constituição de 1988 que, pelo seu caráter dirigente, demonstra sua finalidade de instrumentar a atuação positiva do Estado, por meio de programas e políticas públicas, na promoção do desenvolvimento nacional.

A importância das normas programáticas incutidas na ordem econômica brasileira pode ser traduzida por seu potencial transformador da realidade social. Além da finalidade de assegurar a todos a existência digna, o artigo 170 da Constituição de 1988 impõe a obrigação de que as normas referentes à ordem econômica sejam interpretadas conforme as diretrizes da justiça social.

Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.¹⁴⁸

A redação do artigo 170¹⁴⁹ da Constituição expõe com clareza o caráter programático de sua normatividade, considerando que para a concretização de seus

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 791.

¹⁴⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

fundamentos, finalidades e princípios haverá a necessidade de regulamentação e de atuação positiva do Estado. Por vezes, no entanto, o que ocorre é uma subestimação, conscientemente ou não, do carácter vinculativo das normas programáticas. Com isso, o que é buscado, ao que parece, é uma relativização da obrigação do Estado na concretização dos objetivos e transformações elencados pelo legislador originário.

A orientação de que as normas programáticas carecem de vinculação normativa é reflexo de um pensamento ultrapassado o qual caracterizava as normas programáticas como simples exortações morais. Sobre isso, vale a transcrição de parcela do estudo de Luís Roberto Barroso:

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.¹⁵⁰

No entanto, José Joaquim Gomes Canotilho, precursor do pensamento sobre Constituição Dirigente, define a natureza vinculativa das normas programáticas: Estas normas são todas diretivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que a contrariam.¹⁵¹

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.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 111.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 315.

Veja-se, portanto, que as normas programáticas constituem as balizas de atuação do Estado em todos seus poderes, bem como se apresentam como meios de instrumentalização da transformação social. Há uma obrigação permanente na busca dos objetivos delineados pelas normas programáticas, bem como uma obrigação de desenvolvimento de políticas e programas para a concretização dos objetivos e, ainda, a obrigação de reprimir todos os atos que tenham o potencial de frustrar a concretização dos objetivos das normas programáticas.

O caráter vinculativo das normas constitucionais, programáticas ou não, encontra-se incutido no §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo constitucional revela o princípio da aplicação imediata das normas constitucionais, uma vez que expressa que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Embora faça referência à direitos e garantias fundamentais, a interpretação analógica é no sentido de que toda norma constitucional goza da garantia de aplicabilidade imediata, cabendo ao Estado brasileiro a tomada de providências responsáveis para a concretização do texto constitucional. A relativização das normas constitucionais que estabelecem objetivos a serem alcançados enfraquece o texto constitucional e deslegitima o próprio Estado na promoção do desenvolvimento nacional.

Sob esta perspectiva, as normas de transformação da realidade social não podem ser encaradas como meras alegorias poéticas, no sentido de que são apenas utopias informativas. Isto porque, neste caso, ter-se-ia configurada uma traição do Estado brasileiro em relação à sua população, como uma espécie de enganação que, mesmo estabelecida em norma maior, o Estado brasileiro pudesse furtar-se de cumprir com sua responsabilidade perante a nação.

Em acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal, o qual vale a transcrição, há um reforço da interpretação vinculante das normas de caráter programático.

Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Poder Público [...] A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o

Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹⁵²

O acórdão da suprema corte de justiça brasileira reforça a perspectiva vinculante e balizadora das normas constitucionais programáticas em relação à atuação do Estado brasileiro. Deve-se registrar, ainda, que a vinculação ao poder estatal não refere-se apenas ao poder Executivo. A vinculação das normas programáticas é aplicável também aos Poderes Legislativo e Judiciário.¹⁵³ Isto significa, portando, que a administração pública direta e indireta, agências reguladoras, ministério público, magistrados e legisladores de todas as esferas tem a obrigação de guiarem sua atuação no sentido de concretizar as normas de transformação social previstas constitucionalmente.

Em linhas gerais, para o Poder Executivo há a obrigação de promover planejamento, realizar políticas públicas e tomar as decisões de modo a alcançar os objetivos constitucionais. Para o poder Legislativo, há a obrigação de criar os instrumentos legais que legitimem a atuação pública na promoção do desenvolvimento social e, ainda, os instrumentos necessários de proteção aos objetivos da constituição. Já para o Poder Judiciário, existe a obrigação de realizar a aplicação e interpretação das normas conforme a ideologia de transformação delineada constitucionalmente.

A orientação da atuação dos poderes estatais deverá, portanto, convergir em único sentido, ou seja, a busca pela efetivação dos objetivos constitucionais. As normas programáticas, por terem a finalidade de transformar a realidade social, busca a unificação ou, pelo menos, a coexistência, de interesses, de certa forma, conflitantes¹⁵⁴, como, por exemplo, a garantia da propriedade privada desde que atenda sua função social.

No que se refere à atuação dos Poderes estatais na concretização das constitucionais programáticas inseridas no capítulo da ordem econômica, o artigo

¹⁵² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Data da Publicação: 24 de novembro de 2000.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A Constituição brasileira e as normas programáticas*. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, p. 40-47, jan./jun. 1985, p. 43.

¹⁵⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 173.

174¹⁵⁵ da Constituição Federal de 1988 estabelece as funções do Estado brasileiro para a concretização dos objetivos estabelecidos no artigo 170. Trata-se da função de agente normativo e regulador da atividade econômica¹⁵⁶. Isto significa que o Estado deverá, então, elaborar os dispositivos legais que instrumentalizarão a concretização dos objetivos econômicos, bem como, intervir e fiscalizar a atuação dos agentes econômicos no sentido de verificar o cumprimento das normas estabelecidas¹⁵⁷.

A defesa da concorrência e a defesa do consumidor, dentre os demais, harmonizam-se como as balizas e os objetivos a serem alcançados por meio da atividade econômica no Brasil¹⁵⁸. Por sua natureza programática, ambas demandam a participação do Estado. Isto porque a positivação isolada da defesa da concorrência e do consumidor como balizas da ordem econômica carece de efetividade se as medidas adequadas não forem tomadas.

Como reflexo da norma constitucional contida no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, em cumprimento da obrigação de normatizar e ainda, de atribuir eficácia concreta e contínua à defesa da concorrência e das relações de consumo, foram elaborados o código de defesa do consumidor e a legislação antitruste brasileiro.

No entanto, isto também não significa um esgotamento da atividade estatal na concretização da defesa da concorrência e do consumidor. A eficácia da defesa da concorrência e do consumidor deverá ocorrer de maneira fática, ou seja, por meio da fiscalização, garantir o cumprimento das normas antitrustes e de defesa do consumidor, observando, portanto, a constante perseguição dos objetivos constitucionais.

Os objetivos traçados pela constituição econômica, especialmente a defesa da concorrência e do consumidor, possuem uma peculiar característica. Não se tratam de objetivos que supostamente são alcançados e, posteriormente, estariam concretizados. Explica-se. A efetivação da defesa da concorrência e do consumidor demanda um acompanhamento e um aperfeiçoamento contínuo, isto porque as

¹⁵⁵ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹⁵⁶ BRUNA, Sérgio Varela. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

¹⁵⁷ PETTER, Lafayete Josué. *Direito econômico*. 4ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. P. 106.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 794.

relações comerciais e consumeristas são intermináveis. A noção de concorrência livre e de relações consumeristas equilibradas se concretiza ao longo do tempo.

Isto significa então que o Estado, garantidor da defesa da concorrência e da defesa do consumidor deverá, por meio de seus legitimados, acompanhar progressivamente o desenvolvimento da concorrência leal e das relações de consumo e, havendo distorções de condutas e violações de direito, deverá, então, atuar no sentido restabelecer o direcionamento para a efetivação dos objetivos da ordem econômica brasileira.

O art. 170, IV, da CF/88, traduz um objetivo constitucional, um compromisso estatal a ser mantido e garantido permanentemente, devendo o Estado agir para restabelecer a livre concorrência sempre que houver condutas abusivas da parte dos agentes econômicos.¹⁵⁹

E ainda:

A *livre concorrência*, como princípio constitucional, deve ser vista como um poder-dever atribuído ao Estado para manter as condições que viabilizem uma concorrência sadia entre os agentes econômicos, tudo em prol do desenvolvimento nacional e do interesse público.¹⁶⁰

A garantia de acesso ao mercado, sem que haja impedimentos impostos por uma concorrência desleal, e a proteção dos destinatários das atividades comerciais, no sentido de terem acesso à produtos de maior qualidade a preços mais justos reflete o potencial transformador que os objetivos da constitucionais da livre concorrência e da defesa consumidor carregam consigo. Isto porque constituem indicativos de desenvolvimento de econômico social, de acordo com a perspectiva de Amartya Sen.

É relevante então que o Estado brasileiro, na promoção do desenvolvimento econômico nacional, garanta a harmonia entre os objetivos da ordem econômica, especialmente entre defesa da concorrência e do consumidor. Embora seja garantida a livre iniciativa, fundamento da livre concorrência, os abusos contra os destinatários finais dos meios de produção, os consumidores, não poderão ter seus

¹⁵⁹ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, p. 81, ago. 2008.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 81.

direitos violados¹⁶¹, nascendo, daí, a obrigação do poder estatal brasileiro em analisar as condutas dos agentes econômicos que tenham potencial lesivo para ordem econômica e, conseqüentemente, para direitos consumeristas.

Os desvios de conduta que configuram infrações contra a ordem econômica alimentam o surgimento de monopólios, o que, por consequência, tende a dar início a dominação de determinados setores do mercado. Com isso e em razão da ausência de concorrência, não há estímulos para a busca de melhores tecnologias, qualidade e de oferta de produtos e serviços aos consumidores a um preço adequado.

A presença do poder estatal na fiscalização das condutas dos agentes econômicos, por intermédio de seus legitimados, deverá ocorrer de forma que possibilite concretamente a garantia da livre concorrência¹⁶². No entanto, o que se vê, é uma limitação sistêmica do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Isto porque há uma demasiada concentração de análises que envolvem grandes empresários, talvez, pela insuficiente estrutura do Conselho administrativo de defesa da concorrência para uma efetiva atuação em âmbito nacional.

A obrigação do estado em concretizar a livre concorrência e a defesa do consumidor protegendo - o dos abusos do mercado deverá ir além de análises de grandes operações, como atos de concentração e de condutas potencialmente lesivas praticadas por grandes empresários. A razão disso se dá pelo fato de que, como esclarecido, a concretização da defesa da concorrência e da defesa do consumidor se aperfeiçoa nas relações comerciais do dia a dia e, por isso, há para o Estado o dever de garantir a livre fruição de tais direitos. Portanto, passar-se-á a análise da defesa da concorrência e do consumidor em razão de infrações à ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários no cenário nacional.

3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU PAPEL COMO GUARDIÃO DA ORDEM ECONÔMICA

¹⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011ª, p.1493.

¹⁶² BRUNA, Sérgio Varela. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

O presente capítulo terá como objetivo analisar os requisitos constitucionais e legais para a caracterização de infração contra a ordem econômica, bem como demonstrar a possibilidade de condutas de micro e pequenos empresários configurarem atos anticompetitivos. Ainda, será feita uma análise do papel do Ministério Público na concretização da defesa da concorrência e, por extensão, da defesa do consumidor.

Para tanto, no primeiro item do capítulo, serão analisado o artigo 173, parágrafo 4º da Constituição Federal o qual se apresenta como fundamento da legislação antitruste, uma vez que trata da repressão aos abusos de poder econômico. Na sequência, serão analisados os efeitos anticoncorrenciais no sentido de demonstrar a ausência de menção ao faturamento do empresário para que sua conduta configure infração contra a ordem econômica, apresentando, ainda, precedentes no Conselho Administrativo de Defesa Econômica que envolveram micro e pequenos empresários.

Por fim, no último item, será analisada a natureza coletiva do direito concorrencial, considerando a titularidade metaindividual sobre os mercados, com a finalidade de demonstrar a legitimidade do Ministério Público na defesa da concorrência por ser ele garantidor e protetor dos direitos indisponíveis e dos direitos da coletividade. Ainda, será realizada uma reflexão acerca do protagonismo do Ministério Público na defesa do consumidor e de sua tímida atuação no que se refere ao direito da concorrência.

3.1. Infrações contra a ordem econômica e enquadramento das condutas de micro e pequenos empresários

A Constituição Federal, em seu Título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, elenca os princípios gerais da atividade econômica que devem ser assegurados e permanentemente perseguidos, conforme já abordado anteriormente. Dentre eles, encontra-se a livre concorrência, que foi assim definida por André Ramos Tavares:

Livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.¹⁶³

Partindo do pressuposto de que há uma desigualdade natural entre os agentes que desempenham atividades empresariais no Brasil, em termos de poder econômico, principalmente, foi primordial a criação de um sistema de proteção, com vistas a garantir a livre e justa concorrência entre eles garantindo à todo indivíduo a possibilidade de se lançar ao mercado¹⁶⁴, tendo como finalidade colateral, ainda, a concretização de benefícios consumeristas e o desenvolvimento nacional.

Neste sentido e para o objetivo do presente estudo, o que receberá potencial destaque é a análise constitucional e legal de configuração de infrações contra a ordem econômica, bem como a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em especial o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no combate às condutas anticompetitivas e, ainda, o enquadramento e relevância das condutas de micro e pequenos empresários para a legislação antitruste brasileira.

As condutas e posições anticoncorrenciais que dão origem às infrações à ordem econômica têm suas raízes e definição na Constituição Federal. O artigo 173, §4º, dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Nas palavras de Calixto Salomão, o artigo 173, parágrafo 4º da Constituição Federal apresenta-se como “pedra fundamental do direito antitruste”.¹⁶⁵

A Lei antitruste brasileira, por sua vez, nos incisos do caput do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, reproduz a disposição constitucional e acrescenta, ainda, o exercício de forma abusiva de posição dominante como elemento configurador de práticas anticompetitivas. Para a compreensão da aplicabilidade das normas antitruste é importante, então, uma abordagem dos elementos caracterizados definidos na constituição e nos dispositivos legais.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª Ed, Editora Método: São Paulo, 2011, p. 256.

¹⁶⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78.

¹⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 411.

A expressão abuso de poder econômica inculca no artigo 173, §4º merece especial destaque até pela sua recorrente má interpretação. Deve-se esclarecer primariamente que o texto constitucional não indica uma penalização sumária ao empresário que detiver poder sobre os mercados. Até porque isto seria contrário à ideologia constitucional de garantir fundamentalmente e ainda, como objetivo da ordem econômica, o direito de propriedade e a livre iniciativa.

O que se busca, na verdade, através do texto constitucional é o controle de atos que, pela própria palavra, configurem abusos, ou ainda, um desvirtuamento do poder econômico detido pelo agente, os quais então teriam potencial de produzir efeitos concorrenciais¹⁶⁶. A presença do Estado, por meio de seus legitimados, na correção e direcionamento de condutas que refletem abuso de poder justifica-se pela importância pública e sócia do que se definiu como poder econômico.

A interpretação da expressão “poder econômico” deve ser realizada em conjunto com a racional da garantia buscada pelo Direito Concorrencial. Equivocadamente, há aqueles que acreditam que o Direito Concorrencial tem por finalidade a proteção exclusiva do concorrente, ou seja, aquele que se lança ao mercado para desempenhar atividades econômicas. Na verdade, o Direito Concorrencial trata-se de garantia institucional¹⁶⁷, cuja finalidade é a proteção dos mercados, de maneira geral, e ainda, colateralmente, a proteção e concretização de direitos consumeristas e do desenvolvimento econômico nacional.

Não é para menos que o Legislador Constitucional Originário, no artigo 219¹⁶⁸ da Constituição Federal cunhou o mercado interno como sendo patrimônio nacional e, ainda, estabeleceu a obrigação de seu incentivo para a concretização do desenvolvimento cultural e socioeconômico, do bem-estar da população e da autonomia tecnológica do Brasil, em consonância com objetivos econômicos relacionados no artigo 170 também do texto constitucional. Repisa-se que estes ideais refletem a ideologia desenvolvimentista de Amartya Sen.

Nasce daí, portanto, a importância da presença do Estado no controle de condutas anticompetitivas e dos atos de concentração entre agentes econômicos que tiverem potencial lesivo para a ordem econômica. A total ausência do Estado

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 416.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 415.

¹⁶⁸ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

nos mercados proposta por alguns em nome do livre comércio demonstra claramente a provável violação dos objetivos de transformação social e econômica delineados pela Constituição Federal.

Já a dominação dos mercados, primeiro efeito mencionado, está relacionada com dominância de determinados segmentos da economia de acordo. Para tanto, é imprescindível fazer uma delimitação do mercado relevante sobre o qual se fará a análise da conduta ou estrutura a fim de identificar o poder exercido sobre ele. A delimitação do mercado relevante inicia-se através de um delimitação geográfica e outra material (do produto)¹⁶⁹.

A especificação geográfica demanda uma análise do espaço territorial onde se realiza a análise de condutas anticoncorrenciais. Trata-se, em síntese, de estabelecer o espaço físico em que agentes econômicos do mesmo seguimento competem entre si¹⁷⁰, a fim de possibilitar a verificação de abuso de poder econômico. Já a delimitação material relaciona-se com o produto ou serviço em si comercializado. Em ambos os casos, para determinar o mercado relevante em questão, será analisada a possibilidade existência de substitutos da demanda e da oferta. Ou seja, determinar os produtos identificados pelo destinatário final como substitutos do bem em análise e, ainda, identificar a possibilidade e quais concorrentes entrariam no mercado para produzir o bem em questão¹⁷¹.

Embora existam divergências teóricas entre as escolas do direito antitruste sobre definição de poder de mercado, o que não é objeto do presente estudo, adotaremos o posicionamento de que existirá poder de mercado na medida em que o agente econômico tenha possibilidade de influenciar unilateralmente no preço do produto sem que o consumidor tenha possibilidade de realizar a substituição do bem por outro similar e, ainda, que o aumento do preço do produtor não seja um fator estimulante para que outros agentes se lancem no mercado em questão.

Esclarece-se, contudo, que possuir poder sobre o mercado, por si só, não constitui infração à ordem econômica, embora seja obrigação do Estado fiscalizar amenizar referido poder, isto em busca dos objetivos constitucionais. O que é

¹⁶⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 108.

¹⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.

¹⁷¹ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 157.

punível, no entanto, é utilizar do poder detido sobre o mercado para perpetuar-se em situação de vantagem, criando barreiras à entrada de novos competidores.

O segundo efeito mencionado é a eliminação da concorrência. O sistema econômico brasileiro tem como pressuposto básico a possibilidade de se exercer uma atividade econômica de forma livre, desde que seja conduzida de forma competitiva. Assim, qualquer conduta que tenha como objetivo impedir ou dificultar o ingresso de novos fornecedores de produtos ou prestadores de serviços caracteriza infração à ordem econômica.

A eliminação da concorrência talvez pudesse ser o único efeito elencado constitucional e legalmente. Isto pelo fato de que os efeitos mencionados no artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição 1988 e na legislação antitruste desembocam na eliminação da concorrência ou dela decorre, como é o caso do aumento arbitrário de lucros que só é possível em mercados em que não exista concorrência ideal.

Não se olvide, no entanto, que a tutela da concorrência, como já abordado, não é a proteção do concorrente, do agente econômico, embora seja um efeito reflexo e pretendido como é o caso da defesa do consumidor. Trata-se na realidade da proteção do mercado como um todo considerando este patrimônio nacional. Levando em consideração então a finalidade de proteger o mercado através da legislação antitruste, é neste sentido que bastaria a expressão eliminação da concorrência.

Embora a expressão utilizada na constituição federal tenha sido a eliminação, os atos de agentes econômicos que tenham a potencialidade de criar barreiras à entrada de novos concorrentes também são passíveis de punição. Explica-se. A ideia contida no artigo 173, parágrafo 4ª, da Constituição de 1988 não trata apenas da destruição da concorrência existente. À barreira à novos competidores para se lancem ao mercado impede por completo o estabelecimento de um mercado competitivo e viola o princípio da livre iniciativa¹⁷². Isto, então, levaria a perpetuação da dominação do mercado relevante por parte do agente detentor de poder econômico.

De extrema complexidade e dificuldade é a definição objetiva da expressão "eliminação da concorrência", isto em razão da existência de incontáveis condutas cujos potenciais efeitos tem severos impactos sobre a concorrência livre. É por este

¹⁷² SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 222.

motivo que a análise da condutas dos agentes econômicos deverá ser realizada de maneira contextualizada, não sendo suficiente uma simples abstração normativa.

Dessa forma, condutas anticompetitivas capazes de eliminar a concorrência, ou, ainda, criar barreiras à entrada de novos competidores vão de cartéis formados por grandes agentes econômicos, até atos de micro e pequenos empresários com atuação restrita a uma localidade, uma vez verificados os potenciais ilícitos relacionados no caput do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência¹⁷³.

O último efeito inculido no artigo 173, §4º, da Constituição do Brasil que desafia a atuação repressiva do Estado no que se refere ao abuso de poder econômico é o aumento arbitrário de lucros. Preliminarmente e sem devida análise, à proibição ao aumento de lucros de forma injustificada soa como uma afronta ao princípio da livre iniciativa e até da propriedade privada. Isto porque a busca pelo lucro é uma das maiores motivações, senão a maior, para o empresário lançar-se ao mercado e correr os riscos da atividade empresarial.

Deve-se esclarecer que a obtenção de lucro pelo agente econômico não é, de forma alguma, contrária às disposições legais e constitucionais. Pelo contrário, é até incentivada, uma vez que fomenta a competição entre agentes econômicos. Ademais, o volume do lucro percebido pelo agente individualmente não constitui elemento determinante para configurar lucro arbitrário. A investigação a ser feita baseia-se em elementos de cunho financeiro, econômico ou, ainda, tecnológico. Em outras palavras, o lucro obtido pelo agente econômico deverá conter uma razoabilidade baseada desenvolvimentos tecnológicos, operações financeiras ou econômicas que tornam razoável o volume de lucro obtido, independentemente de seu valor¹⁷⁴.

O objetivo da norma constitucional contida no artigo 173, parágrafo 4º e na legislação antitruste é a proibição da exasperação do lucro decorrente de abuso de poder de mercado ou de abuso posição dominante. Isto porque, então, o agente econômico estaria enriquecendo-se sem a devida causa justa, o que é combatido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁷³ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 408.

¹⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Caracterização de Infração Contra a Ordem Econômica*. Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: p. 92-93. jan./mar. 1996.

Agora, uma constatação que deve ser feita é a de que o aumento arbitrário de lucros por parte do agente econômico só é possível em mercados que não se opera uma concorrência ideal, como, por exemplos, em mercados em que se tenha um monopólio formado. A ideia de monopólio, explica-se, vai além da situação em que apenas um agente econômico domina a totalidade do mercado relevante. Tem-se monopólio, também, nas situações em que um agente econômico domina a maior parte do mercado e seus concorrentes são atomizados ao ponto de apenas um agente econômico influenciar na formação dos preços isoladamente¹⁷⁵.

O combate ao monopólio deverá ser uma busca constante do Estado brasileiro em termos de atuação no domínio econômico em razão dos sérios prejuízos sociais decorrentes da formação de um monopólio. Para este tema, vale a transcrição das indicações de Calixto Salomão:

O segundo grande problema dos monopólios está na destinação dos recursos transferidos. Recentemente tem crescido na doutrina a preocupação com o destino do faturamento extra obtido pelo monopolista em função de sua posição no mercado. Na medida e na proporção em que cresce esse faturamento, cresce o valor para o monopolista de sua posição. Mais disposto estará ele, então, a utilizar parte ou até a totalidade desse faturamento adicional na manutenção de sua posição monopolista. Esses gastos são claramente perdas sociais. Pode-se presumir que grande parte deles é utilizada para corrupção de órgãos governamentais, financiamento de campanhas de políticos vinculados aos interesses dos monopolistas ou, genericamente, ao *lobbying* perante agências governamentais.¹⁷⁶

Constata-se, portanto, que o combate à formação de monopólios ou, genericamente, ao domínio dos mercados, vai além da proteção da concorrência. Trata-se, na verdade, da proteção de interesses de toda a coletividade em razão dos impactos sociais negativamente severos que decorrem da dominação dos mercados e do conseqüente abuso de poder. É neste sentido que Amartya Sen que a existência de mercados monopolizados é um sério obstáculo para a concretização do desenvolvimento econômico de uma nação.

Os malefícios do monopólio não se dão apenas nas esferas sociais e de mercado. Há, ainda, os severos impactos para as relações consumeristas, isto porque o preço sobressalente cobrado pelo monopolista constitui uma transferência de renda dos consumidores para o faturamento do detentor do poder sobre

¹⁷⁵ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 190.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 191-192.

mercado¹⁷⁷. Não se trata apenas do enriquecimento injusto do empresário, mas, também de uma diminuição do poder de compra dos consumidores do produto ou serviço.

O combate, então, aos monopólios e oligopólios e, por consequência, ao aumento arbitrário de lucros deve partir do fomento a um mercado competitivo. A quebra do poder do mercado do agente econômico impede o abuso na formação de preços de forma isolada, devido ao fato de que em uma competição ideal o aumento discricionário de preços, de forma desarrazoada, causa ao agente econômico uma perda de mercado diretamente proporcional.

Ao final, ainda como efeito determinante para o estabelecimento de infração contra a ordem econômica, tem-se o abuso de posição dominante, o qual está disposto no inciso IV, do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011¹⁷⁸. Para a identificação de abuso de posição dominante, é necessário realizar uma prévia análise acerca da posição em que o agente econômico ocupa no seu mercado de atuação.

A identificação de ocupação de posição dominante é resultado da interpretação do dispositivo legal incutido na primeira parte do §2º, do artigo 36, da Lei nº 12.529, o qual dispõe que “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...”. A ideia de mercado relevante já foi trabalhada anteriormente e, portanto, sabe-se que é necessário realizar uma delimitação geográfica (territorial) e material (produto).

A identificação de posição dominante, embora suas condições estejam estabelecidas no referido dispositivo legal, poderá ser alterada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica dependendo do setor da economia em análise, conforme parte final do §2º, do artigo 36, da Lei nº 12.529. A flexibilização legalmente autorizada tem fundamental importância no controle de condutas anticompetitivas, pois cria a possibilidade de uma análise de mercado que envolva outros elementos, tais como a essencialidade do produto ou serviço em questão, a

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 193.

¹⁷⁸ 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: IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

delimitação territorial de atuação do agente econômico. Ou seja, é possível que se tenha maior acerto e eficácia na proteção das estruturas de mercado.

A configuração de posição dominante por parte do agente econômico individualmente não caracteriza conduta anticompetitiva. A verificação infração contra a ordem econômica decorre do desvirtuamento dessa vantagem mercadológica para, então, prejudicar o livre desenvolvimento de um mercado competitivo, o que ofende os objetivos constitucionais delineados para as atividades econômicas.

A detenção de posição dominante por parte do agente econômico torna possível para ele, então, impor determinações sobre o mercado de sua atuação, principalmente no que se refere ao preço do bem ou serviço comercializado. Há, portanto, uma íntima relação entre o aumento arbitrário de lucro e o abuso de posição dominante, pois aquele decorre deste, como já abordado¹⁷⁹. Com base nisso é que, de certa forma, o fomento a concorrência é o combate mais efetivo contra as infrações à ordem econômica, no sentido de perseguir as transformações sociais e econômicas que são alcançadas através de mercados equilibradamente competitivos.

Definidos os efeitos que qualificam uma conduta como anticompetitiva e, portanto, como infração contra a ordem econômica, estes incutidos no artigo 173, §4, da Constituição Federal e, ainda, refletidos na legislação antitruste, especialmente, nos incisos do *caput* do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, vê-se que não é possível identificar qualquer referência ao porte, ou seja, faturamento, do agente econômico para que suas condutas anticompetitivas se enquadrem como infrações econômicas.

Não há, portanto, elementos que excluam as condutas de micro e pequenos empresários como possíveis de serem enquadradas como infrações à ordem econômica e, desta forma, as condutas de micro e pequenos empresários que se enquadrarem nas disposições dos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei Antitruste ou no artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal, serão passíveis de caracterizarem infrações contra a ordem econômica.

Resta, agora, realizar uma análise de condutas anticompetitivas de forma específica, com a finalidade de verificar se nelas existem requisitos que estejam

¹⁷⁹ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 521.

relacionados ao faturamento anual dos agentes econômicos. Diante da impossibilidade de se positivar todas as condutas anticompetitivas capazes de produzir os efeitos antieconômicos já abordados anteriormente, o §3º e incisos, do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011 elenca um rol exemplificativo de práticas anticoncorrenciais passíveis de configurarem infrações contra a ordem econômica. Assim, serão analisadas três condutas dispostas no referido dispositivo legal, as quais têm forte incidência nas estruturas do mercado brasileiro, quais sejam, o preço predatório, o cartel e a venda casada.

Para a configuração do preço predatório deverá ser realizada uma análise sob dois requisitos legais descritos na Lei de Defesa da Concorrência. O primeiro deles trata-se do artigo 36, §3º, XV, que estabelece que “é ilícito vender, de forma injustificada, produto ou serviço abaixo do preço de custo”. Por sua vez, o segundo requisito consiste em analisar se esta prática tem o efeito de dominação do mercado relevante de bens ou serviços mencionado no artigo 36, II¹⁸⁰.

A configuração da prática do preço predatório no contexto fático, muitas vezes, é disfarçada através de falsas estratégias mercadológicas realizadas por agentes econômicos que possuem poder econômico mais elevado que seus concorrentes. A conduta é realizada através de baixas injustificadas dos preços dos produtos, sustentando um prejuízo temporário, com a finalidade, então, de eliminar os concorrentes do mesmo seguimento que não possuem capacidade financeira para operarem em prejuízo¹⁸¹.

Vale, neste ponto, ressaltar a direta relação entre a prática do preço predatório (*dumping*) com o monopólio dos mercados. Como já estudado, o monopólio relaciona-se diretamente com a possibilidade para o agente econômico influenciar individualmente no preço dos bens e serviços comercializados. Por vezes, o agente detentor do monopólio adota a conduta de predação de preços para demonstrar agressividade mercadológica para aqueles que buscam iniciar atividades no mesmo ramo com o intuito de criar barreiras à competição¹⁸².

Ao serem analisados os princípios básicos do sistema econômico brasileiro, constatou-se que a concorrência entre os agentes econômicos é natural e desejada,

¹⁸⁰ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 480.

¹⁸¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 301.

¹⁸² SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 148.

uma vez que tem potencial de eliminar a dominação dos mercados e mitigar o poder sobre as regulações do mercado detido por agentes econômicos. No que se refere ao preço predatório, tem-se a quebra da lealdade de competição, pois não é razoável estabelecer preços de produtos ou serviços abaixo da média ou do preço de custo.

O fator motriz para agentes econômicos a se lançarem no mercado, e, com isso, suportarem todos os desafios anexos ao exercício de uma atividade econômica, certamente é a possibilidade de obter rendimentos positivos. Desta forma, quando um fornecedor de produto ou serviço estabelece o preço, ele, comumente, considera uma série de variáveis na formação do preço, como, por exemplo, a relação entre oferta e demanda, o risco do empreendimento, a mão de obra utilizada, a tecnologia aplicada etc., tendo como finalidade obter os rendimentos desejados.

Por este motivo, apresenta-se desarrazoado, pelo menos sob a ótica econômica que, após considerar referidas variáveis, seja estabelecido um preço que culminará em prejuízos para o empresário. Ressalta-se, no entanto, que nem toda venda à preços abaixo do custo é injustificável. A título de exemplo, tem-se o caso de queima de estoque de produtos cujo prazo de validade perto do fim. Nesses casos, não configura preço predatório, isto porque se aplica a regra da razoabilidade.

Aparentemente, em um primeiro momento, a prática de preço predatório soa como benéfica ao consumidor, isto porque os produtos, então, seriam comercializados abaixo do preço praticado pelo mercado. Contudo, a continuidade do preço predatório, com a conseqüente eliminação da concorrência e aumento de poder de mercado do predador, poderá levar à criação de oligopólios ou monopólios¹⁸³.

A partir da análise de dispositivos legais e constitucionais que disciplinam a caracterização do preço predatório, constata-se, portanto, que configuração desta prática anticoncorrencial e, por conseqüência, de infração à ordem econômica, independe do porte do agente econômico, não sendo levado em conta qualquer fator referente ao seu faturamento anual.

¹⁸³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 302.

Isto porque, embora a existência de poder sobre os mercados facilite a concretização do preço predatório, esta mesma conduta anticompetitiva pode ter efeito diverso do abuso de posição dominante, artigo 36, IV, da Lei 12.519. A prática do preço predatório poderá ter por finalidade os efeitos de limitar, falsear ou prejudicar a concorrência que, da mesma forma, configura infração à ordem econômica.

A segunda conduta anticompetitiva a ser analisada trata-se da prática do cartel. O cartel constitui um tipo de infração à ordem econômica diferente da previamente analisada. Enquanto aquela pode ser caracterizada com atos de apenas um agente econômico, com determinação do preço abaixo do custo, esta pressupõe que alguns concorrentes acordem entre si a fixação de preços, quotas de produção ou a divisão de clientes e de mercados de atuação.

A formação do cartel advém de um acordo de cunho particular realizado entre agentes econômicos com a finalidade de submeter suas condições ao mercado de atuação¹⁸⁴. A finalidade principal do cartel é eliminação da concorrência em relação àqueles que formam o cartel e criar barreiras à entrada de novos agentes econômicos em uma atividade econômica.

O objetivo final do cartel é modificar as condições de mercado sobre o qual atuam os agentes econômicos participantes para que fiquem idênticas às situações encontradas nos monopólios, ou seja, os agentes passariam a atuar como se fossem um único empresário. Em razão da eliminação da concorrência, ter-se-ia, então, um aumento exacerbado do lucro dos agentes econômicos e uma diminuição sensível na qualidade dos produtos e serviços ofertados¹⁸⁵.

A prática do cartel está legalmente positivada no artigo 36, §3º, I alíneas "a", "c" e "d" da Lei 12.529/11, os quais disciplinam a ilegalidade de acordar, ajustar, combinar ou manipular com o concorrente, respectivamente: (i) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (ii) da divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; e (iii) os preços,

¹⁸⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 279-280.

¹⁸⁵ SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na Lei Antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In MATOS, César (Coord.). *A revolução da Antitruste no Brasil: A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 415.

condições, vantagens ou abstenções em licitação pública de forma que tais práticas tenham o efeito de prejudicar a concorrência.

Para configuração do cartel tem-se a mesma observação quanto ao preço predatório. Novamente, a legislação que regula a matéria não estabelece para a caracterização de cartel qualquer requisito relacionado ao porte do agente econômico, ou seja seu faturamento, muito embora, como constatado, o poder dos agente sobre o mercado facilite a formação de cartel e a imposição de suas condições comerciais sobre o mercado e, conseqüentemente, sobre o consumidor final.

Para a viabilidade do presente estudo, por fim, analisaremos a infração contra a ordem econômica decorrente da venda casada. Por definição, trata-se do condicionamento da venda de um produto ou serviço à aquisição de outro produto acessório. Ou seja, há, então, uma violação da liberdade de escolha e da liberdade contratual do consumidor final.

O prejuízo para a concorrência decorrente da venda casada é a criação de barreiras à entrada de outros empresários no mesmo ramo de atuação, isto, porque haveria uma concentração das contratações com um único agente econômico¹⁸⁶. Ou seja, o infrator que comercializa um produto essencial e condiciona a aquisição do essencial à aquisição de um acessório dificulta que novos agentes econômicos possam comercializem tanto o bem primário quanto o acessório.

Calixto Salomão Filho considera que a venda casa é uma prática considerada como negociação compulsória. A título de esclarecimento, entende-se que, para que haja a negociação compulsória, dois requisitos são necessários: (i) a coerção, de modo que uma das partes da relação determine as condições do negócio, impossibilitando a escolha da outra parte; e (ii) que tal coerção tenha como efeito a eliminação da concorrência.¹⁸⁷

O art. 36 da Lei n. 12.529/11, em seu §3º, XVIII determina que “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem” constitui infração contra a ordem econômica, desde que tal prática tenha como efeito, ao menos um, daqueles mencionados nos incisos do caput do art. 36.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 301.

¹⁸⁷ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 500.

Entende-se que a venda casada não consiste somente em obrigar o consumidor a adquirir produto diverso daquele que pretende. Vai além de uma obrigação expressa por meio de comunicação entre vendedor e consumidor final. A prática da venda casada se configura, também, através de uma coerção jurídica ou econômica¹⁸⁸.

Na coerção jurídica, caso o consumidor se recuse a adquirir o produto secundário, o primário, desejado por ele, não será vendido. Já a coerção econômica consiste em cobrar um preço acima do que é justificável pela venda separada dos produtos ou serviços. Ou seja, o consumidor entende que terá prejuízo adquirindo isoladamente o produto de seu desejo, produto primário, caso não adquira, de maneira obrigatória, o produto secundário.

A partir dos requisitos, efeitos e condutas analisados, constata-se que as balizas para a configuração de infrações contra a ordem econômica não possuem qualquer relacionamento com o faturamento anual do empresário. A caracterização de infração contra a ordem econômica independe do porte do agente econômico, bastando, apenas, a constatação de conduta anticompetitiva que tenha ou possa produzir os efeitos elencados no artigo 173, §4º, da Constituição de 1988 e nos incisos do caput do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011.

Ainda que os efeitos de dominação dos mercados, abuso de posição dominante e o aumento arbitrário de lucros, este por ser derivado dos outros dois efeitos, ocorrem com mais frequência nos casos de existência de uma certa posição de domínio sobre o mercado, as condutas referentes à concorrência desleal independem da posição ocupada pelo agente no mercado para que se caracterizem infrações contra a ordem econômica¹⁸⁹.

Isto significa, portanto, que as condutas de micro e pequenos empresários que potencialmente tiverem por efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, efeito este disciplinado no artigo 36, I, da legislação antitruste, configura infração contra a ordem econômica¹⁹⁰ e, desta forma, invoca a atuação do Estado, por meio de seus legitimados, especialmente o

¹⁸⁸ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 527.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 229.

¹⁹⁰ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 255.

sistema brasileiro de defesa da concorrência, no sentido de estabilizar a ordem econômica.

Reforça - se que ainda que a constituição federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IX, confira aos micro e pequenos empresários tratamento diferenciado como objetivo da ordem econômica, isto não significa uma blindagem contra as leis antitruste, pois, caso contrário, ter-se-ia um desvirtuamento do sistema econômico, e a configuração de inconstitucionalidade.

Como reflexo disso, embora ainda de maneira muito tímida, existem precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Secretaria de Direito Econômico (SDE) no sentido de investigar e punir, quando foi o caso, condutas de micro e pequenos empresários que cometeram infrações contra a ordem econômica.

À título de exemplo de precedentes, há o cartel envolvendo treze estabelecimentos, entre farmácias e drogarias, no município de Curitiba - Santa Catarina. O processo administrativo de número 08012.004365/2010-66 foi instaurado, após notificação feita pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no sentido de que farmácias e drogarias do município estariam acordando em qual dia da semana cada estabelecimento concederia descontos sobre certos tipos de medicamentos, caracterizando um sistema de "rodízio".

Entre os agentes envolvidos, estavam as Farmácias Frei Rogério (Drogaria Ogluari Ltda-Me), Santa Bárbara (Santos & Niles Ltda - Me), Vital (Pharmavithall ou Farmácia e Drogaria Sordi Ltda), Righes & Filhos Ltda, Nossa Senhora Aparecida e filiais, Atual (Léa de Fátima Ferreira & Cia Ltda - Me), Graciosa (Graciosa Drogaria e Perfumaria Ltda), e Moderna (Farmácia Tambosi Ltda - Me e AS Tambosi & Cia Ltda) que são microempresários e a, ainda, Sul Brasil que é empresária de pequeno porte¹⁹¹.

No caso investigado, entendeu-se que o mercado relevante em relação ao produto podia ser definido como o setor varejista de medicamentos, que incluía os estabelecimentos comerciantes. Logo, farmácias e drogarias estavam inclusos. Já o mercado relevante geográfico foi estabelecido como sendo a cidade de Curitiba-

¹⁹¹ Para fins de esclarecimentos, os dados referentes aos portes dos empresários estão contidos no processo nº 08012.004365/2010-66 em seus volumes 1 e 2. Disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1>>.

SC, pois todos os estabelecimentos se situavam em tal município, de 40.000 habitantes.

Considerando que os agentes envolvidos determinavam em qual dia da semana cada estabelecimento concederia maiores percentuais de descontos, os quais não poderiam ultrapassar o valor máximo de desconto para certos medicamentos era de 20%, restou demonstrado, portanto, o acordo realizado pelos farmacêuticos envolvidos no sentido de impor suas condições comerciais aos destinatários finais dos produtos e serviços daquele mercado geográfico.

O sistema criado por elas, na medida em que estipulava uma espécie de alocação de vendas entre os estabelecimentos, teria forte potencial de regular o mercado local de medicamentos, diminuindo os incentivos para uma concorrência efetiva entre as farmácias, pois criava uma proteção artificial para todos os agentes do mercado, inclusive para os poucos eficientes.

Em conclusão, no dia 23 de janeiro de 2014, o CADE julgou procedente o processo administrativo instaurado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e condenou onze farmácias da cidade de Curitiba- SC por formação de cartel, aplicando uma multa aos estabelecimentos que totalizavam um milhão e meio de reais.

Outro caso que envolveu micro e pequenos empresários foi a suposta prática de preço predatório implementado por vendedores de botijões de gás liquefeito de petróleo (GLP) na cidade de Campo Grande- MS, ocorrido em setembro de 2008. Entre os envolvidos, havia os seguintes micro e pequenos empresários: SUMA Comércio e Transporte de Gás e Água Ltda. ME, SO GÁS comércio de Gás e Água Ltda., Comércio de Gás SM, LG Comércio de Gás e Água Ltda., e Clodoaldo Machado de Almeida¹⁹².

A averiguação preliminar do CADE teve início após representação oferecida pelo Sindicato das Empresas Revendedoras de Gás da Região Centro-Oeste ("Sinergás") à SDE. Na representação apresentada, a Sinergás alegou que alguns vendedores de botijões de gás (GLP) comercializavam o produto a preços abaixo do custo, de forma injustificável sob o ponto de vista econômico, o que caracterizaria a prática do preço predatório. Relatou que o preço de custo do botijão de gás GLP repassado aos vendedores era em média de R\$25,50, valor este que divergia do

¹⁹² Para fins de esclarecimentos, os dados referentes aos portes dos empresários estão contidos no processo nº 08012.008899/2008-47 que tramitou perante o CADE.

que era alegado pelo sindicato, que afirmava uma variação entre R\$28,00 e R\$30,00.

Apesar da divergência, a Sinergás considerou que tal preço era economicamente justo e justificável, levando em conta os custos operacionais e administrativos. No entanto, de acordo com o sindicato, o valor repassado ao consumidor final era de R\$28,00. Logo, sob esta ótica, pode-se afirmar categoricamente que o preço implementado pelos vendedores não faz jus aos princípios da atividade econômica.

Em análise do mérito, o Conselheiro-Relator do CADE na época, Olavo Zago Chinaglia, partiu do texto legal contido no art. 21, XVIII da antiga Lei de Defesa Concorrência, atualmente correspondendo ao artigo art. 36, §3º, XV da Lei nº 12.529/2011, no qual se encontra a tipificação da prática do preço predatório.

No caso das distribuidoras de gás, o Conselheiro-Relator explicitou que a prática de preços predatórios só é aceita em determinadas estruturas de mercado. Diante disto, entende-se que o poder de mercado é requisito essencial para que exista, e seja racional, a prática do preço predatório¹⁹³. Assim, se não ficasse evidenciada a existência de poder de mercado das empresas supostamente envolvidas, o caso deveria ser encerrado.

Quanto aos efeitos que a conduta dos vendedores de gás GLP vinha causando, a SDE constatou que os distribuidores do produto faziam sua oferta de modo isonômico a todos os vendedores. Também era exigido deles um local apropriado para a armazenagem dos produtos, uma frota de veículos para entrega, treinamento adequado para que os funcionários lidem com os produtos e um investimento mínimo destinado à publicidade no bairro ou município em que o revendedor desejasse atuar. E, ainda, era necessário que a Agência Nacional do Petróleo concedesse uma autorização, conforme a portaria ANP nº297/2003.

¹⁹³ À título de esclarecimento, utilizou-se o entendimento de Hovenkamp sobre esta temática a partir do seguinte exemplo: " um mercado relevante com elasticidade unitária, preço competitivo de US\$ 1,00/unidade e produção total de 1,000 unidades divididas entre cinco firmas, sendo a firma A com 30%, as firmas B, C e D com 20% cada e a firma E com 10%. A firma B, na tentativa de monopolizar o mercado, deixa de cobrar o preço competitivo de US\$ 1,00/unidade e passa a cobrar o preço predatório de US\$ 0,80/unidade. Como a elasticidade nesse mercado é igual à unidade, a redução aumenta a quantidade demandada em 20% e, apenas para capturar essa demanda adicional, a firma B precisará aumentar sua produção de 200 para 400 unidades. Para capturar consumidores das firmas concorrentes, a firma B precisará aumentar sua produção para além de 400 unidades. Se aumentar sua produção para 600 unidades e se os 200 consumidores adicionais forem capturados das demais firmas em proporção às respectivas parcelas de mercado, a firma B terá triplicado sua produção, incorrendo em uma perda de US\$ 0,20 por unidade produzida, e terá reduzido em apenas 25% as vendas de seus competidores."

No entanto, as normas contidas no referido texto não possuíam caráter dificultoso. Neste sentido, concluiu-se que não havia grandes empecilhos à entrada no mercado de venda de gás GLP. Sob esta perspectiva, o Conselheiro-Relator entendeu que, embora houvesse posição dominante por parte dos revendedores da Liquigás Distribuidora S.A., a prática do preço predatório não implicaria na eliminação da concorrência, devido à facilidade de ingresso no mercado. Sendo assim o MPF, a SDE e o ProCADE recomendaram o arquivamento da Averiguação Preliminar.

Embora no presente caso a Averiguação Preliminar tenha sido arquivada, o real motivo do arquivamento não se relaciona com o porte destes empresários, mas sim com fato de que a conduta não caracterizou infração à ordem econômica, uma vez que não se enquadrou na disposição do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Ainda que existam precedentes de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) na análise de condutas de micro e pequenos empresários, a realidade é que a contração de sua atuação é voltada aos atos de concentração que envolvem grandes empresários:

Nos últimos anos, grande parte da energia e dos recursos públicos empregados pelo SBDC direcionou-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam uma atuação mais forte para conter práticas predatórias de empresas em posição dominante.¹⁹⁴

Os esparsos precedentes de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no que se refere às condutas de micro e pequenos empresários, demonstra, portanto, um problema de eficácia de proteção da livre concorrência e, por consequência, dos consumidores que diretamente se relacionam com tais agentes econômicos em um mercado regionalizado. Por esta razão, é necessária uma análise da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor de uma forma regionalizada, bem como a legitimidade do Ministério Público para atuar em cooperação.

3.2. O Ministério Público como agente promotor da livre concorrência e da defesa do consumidor.

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

A proteção da livre concorrência e da defesa do consumidor, conforme analisado no capítulo 2 deste estudo, constituem normas transformadoras da realidade social e econômica de caráter programático. Superadas as más interpretações acerca da vinculação das normas que estabelecem objetivos a serem perseguidos pelo Estado, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, que não se concretizam espontaneamente, demandam uma ostensiva atuação do Estado.

Ao fazer referência a infrações contra a ordem econômica, comumente é citado como exemplo as condutas que envolvem grandes empresários de atuação e expressão nacional. No entanto, quando analisados os requisitos para a caracterização de infração contra a ordem econômica, não é identificada relação quanto ao faturamento do empresário para que determinada conduta se apresente como anticompetitiva.

Há, portanto, a obrigação para o do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) levar em consideração e analisar as condutas de micro e pequenos empresários com potenciais lesivos à ordem econômica no sentido de concretizar a livre concorrência em âmbito nacional. Na prática, há uma limitação da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em relações comerciais micro regionalizadas em razão de seu baixo contingente considerando a proporção territorial do Brasil, no entanto, isto não elide a obrigação do Estado na concretização da defesa da concorrência, uma vez que o Estado possui o dever de garantir adequado desenvolvimento dos mercados¹⁹⁵.

Não se apresenta razoável a ideia de ignorar possíveis violações ao mercado e, por consequência, aos direitos consumeristas, os quais são garantia fundamental (art. 5º, XXXII, CF/88), relativizando e, de certa forma, escolhendo, quais as condutas que serão analisadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no intuito de combater infrações contra a ordem econômica.

O mercado interno, como já indicado anteriormente, configura patrimônio nacional e, portanto, não podem ser ignoradas as relações comerciais desenvolvidas em qualquer de seus níveis, seja de impacto local ou nacional. A confirmação da

¹⁹⁵ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial* –1.Ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 413.

relevância do mercado interno, bem como a obrigação de seu incentivo decorre da literalidade do artigo 219 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁶.

O direito concorrencial, como também já estudado, não se trata da proteção exclusiva dos concorrentes em seu ramo de atuação. Na realidade, o direito da concorrência tem por finalidade a proteção dos mercados como um bem da coletividade, este essencial para a concretização do desenvolvimento econômico nacional, bem como para a concretização de direitos fundamentais, especialmente a defesa do consumidor. A proteção dos concorrentes por meio do direito concorrencial acaba por ser um efeito reflexo e desejado.

A defesa da concorrência apresenta-se como uma garantia institucional¹⁹⁷, pois os direitos por ela tutelados transcendem direitos individuais, já que toda a coletividade é afetada pelos reflexos das relações comerciais desenvolvidas nos mercados. A importância de mercados equilibrados, livre de monopólios e de abusos de poder econômico, e, ainda, por ser caracterizado como direito da coletividade, atrai a competência do Estado, por meio do Ministério Público, na concretização da defesa da concorrência.

O entendimento de direito da coletividade advém da perspectiva de transcendência da titularidade de determinado direito. Sob este prisma, vale a transcrição da definição de direitos da coletividade cunhada por Rodolfo de Camargo Mancuso:

São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (por exemplo, o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (por exemplo, os consumidores).¹⁹⁸

O mercado interno, por ser patrimônio nacional, de acordo com a determinação do artigo 219 da Constituição Federal de 1988, revela seu caráter metaindividual, já que coletividade como um todo e sem exceções disfruta e se

¹⁹⁶ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

¹⁹⁷ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial* –1.Ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 98.

¹⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Ed.RT, 1988, p. 105.

submete às relações comerciais desempenhadas nas estruturas de mercado. Pela indeterminação da titularidade sobre os mercados e ainda pela mescla de interesses neles contidos, ou seja, públicos e privados, há um reforço sobre sua característica de direito da coletividade em sentido lato. Como corroboração, tem-se a definição em Ada Pellegrini Grinover:

Indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância...¹⁹⁹

A defesa perseguida quando se trata de interesses da coletividade é ampla, isto porque se considera os indivíduos atingidos como indeterminados e/ou indetermináveis para a finalidade da proteção de seus interesses. Acerca disso, é, portanto, possível estabelecer determinadas características principais dos direitos da coletividade de maneira geral, sendo estes (i) ausência de vínculo associativo; (ii) indeterminação dos seus titulares; (iii) conflito de ampla abrangência; (iv) impossibilidade de individualização dos lesados e das lesões especificamente ocorridas e (v) vínculo dos interessados por conta de um fato.²⁰⁰

Os danos causados às estruturas de mercado por consequência de infrações contra a ordem econômica ou por atos de concentração irregulares tem um potencial lesivo que viola o direito de toda uma coletividade, já que está possui direito à um mercado equilibrado e competitivo para que possa, então, desempenhar suas atividades comerciais de maneira regular e, por isso, não é razoável admitir violações, ainda que de maneira regionalizada como é caso de infrações contra a ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários.

Na contemporaneidade, o Ministério Público detém a obrigação, pela designação constitucional que a ele foi atribuída, de zelar pela concretização dos objetivos constitucionais bem como proteger os direitos da coletividade contra atos considerados contrários à ordem jurídica constitucional. Ademais, é obrigação do

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 229.

²⁰⁰ GOMES JR., Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. *Mandado de segurança coletivo – Legitimidade e objeto – Análise dos seus principais aspectos – Lei 12.016/2009*. v. 898, São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 103.

Ministério Público promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, positivados no artigo 3º²⁰¹ da Constituição Federal de 1988.

As competências constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público fazem dele, ou pelo menos se espera que seja, um instrumento ativo de transformação e de concretização dos objetivos constitucionais, que não pode, de forma alguma, ser reduzido a uma posição negligência, diante do desrespeito a direitos fundamentais e a garantias institucionais, uma vez que é obrigação do Estado brasileiro preservá-los. O Ministério Público então, por ser um órgão de extensão do poder Estatal, não pode se abster de agir diante de possíveis ou fáticas violações constitucionais.

A característica do Ministério Público e sua obrigação são bem definidas por Fábio Konder Comparato:

A própria denominação Ministério Público é esclarecedora, a esse respeito. Ministério significa incumbência, ofício ou função. A palavra, assim como o vocábulo cognato ministro, provém do étimo latino *minus*. O ministro situa-se, portanto, sempre abaixo de outrem: do maioral ou soberano. Ora, o soberano a quem o Ministério Público deve servir, como o adjetivo esclarece, é o povo e ninguém mais.²⁰²

A concepção do Ministério Público como agente a serviço da coletividade, atuando como extensão do Poder o Estado brasileiro, torna-o legítimo para atuar nas relações jurídicas de qualquer escala que tenham potencial de atingir um povo, ou a coletividade como um todo. Logo, não restam dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para atuar na proteção da ordem econômica²⁰³ e do mercado competitivo, já que este é patrimônio nacional.

A positivação da proteção da concorrência como direito coletivo decorre da interpretação conjunta de dispositivos constitucionais e legais. A Constituição

²⁰¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

²⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 40, p. 67-89, jul./dez, 2001, p.80.

²⁰³ FREIRE, Marusa Vasconcelos. *A Atuação do MPF junto ao CADE*. *Revista de Direito Econômico*, v. 24, Brasília, jul./dez. 1996. p. 38; LIMA, Luiz Augusto Santos. *Comunicação de Prestação de Contas das Atividades*. ca. 2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002921/2007-64. p. 21332.

Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III²⁰⁴, atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover inquérito civil e ação civil pública para, entre outros, proteger direitos da coletividade. O referido dispositivo constitucional tem seus reflexos percebidos na lei que regulamento a propositura da ação civil pública.

A Lei de ação civil pública (Lei 7.347/85), em seu enunciado, estabelece a finalidade da lei, qual seja a proteção relativa aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (e “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”), bem como infrações à ordem econômica e urbanística.

O artigo 1º, inciso V²⁰⁵, do referido diploma legal taxativamente estabelece que os danos causados por infrações contra a ordem econômica desafiam a propositura de ação civil pública, por meio dos legitimados, para a reparação dos danos causados à coletividade. A legitimidade do Ministério Público para o combate às infrações contra a ordem econômica, pelo menos pelos danos causados, inicialmente pode ser confirmada através do artigo 5º, inciso I, da Lei de Ação Civil Pública²⁰⁶.

De modo a reforçar e, ainda, para que não restassem dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público na proteção de interesses da coletividade, Estatuto do Ministério Público, a Lei Orgânica 8.625/93, nas previsões de suas funções institucionais, em seu artigo 25, inciso IV, alínea “a”²⁰⁷, reproduziu o texto constitucional, refletindo as disposições da Lei da Ação Civil Pública.

A preocupação do Estado Brasileiro em instituir meios de atuação do Ministério Público na proteção de direito da coletividade, especialmente no caso deste estudo, da proteção dos mercados contra o abuso de poder econômico pode ser justificada pela própria natureza do poder econômico em si. Explica-se. O poder econômico é de extrema relevância para o desenvolvimento nacional que é dotado,

²⁰⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos

²⁰⁵ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: V - por infração da ordem econômica.

²⁰⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público

²⁰⁷ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

portanto, de função pública²⁰⁸ e, por isso, demanda um acompanhamento presente do Estado Brasileiro.

A defasagem do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), devido número reduzido de colaboradores em razão de sua enxuta estrutura²⁰⁹, comparado à dinamização e ao aumento exponencial das relações de mercado, abre a possibilidade para uma importante colaboração do Ministério Público no combate às infrações contra a ordem econômica. Isto porque em termos de presença no território brasileiro, o Ministério Público conta com uma estrutura muito mais abrangente comparada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que possui sua estrutura localizada na capital brasileira.

Sobre a cooperação do Ministério Público na defesa da concorrência, vale a transcrição da justificativa apresentada por Paula Forgioni:

Em um país de dimensões continentais, com diversidades tão marcantes entre as regiões e em ebulição econômica, não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes em Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir abusos de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo território nacional. A Lei 12529/2011, na medida em que protege interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado à defesa dos consumidores, deve ter sua eficácia material garantida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.²¹⁰

E, ainda, por Leonardo Vizeu de Figueiredo:

A intervenção do Ministério Público Federal junto ao CADE deriva da natureza transindividual que o mercado interno possui, quanto bem de titularidade da coletividade. Isto decorre do próprio ordenamento constitucional que, em seu artigo 219, preceitua que: 'O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal'. Assim, uma vez que, nos termos do artigo 129, I e II, in fine, da CRFB, compete ao Ministério Público promover a ação penal pública e a defesa dos direitos difusos e coletivos, justifica-se sua atuação junto ao CADE.²¹¹

A própria lei de defesa da concorrência reconhece a importância do Ministério Público e atribuiu a ele a legitimidade para a cooperação no combate às

²⁰⁸ SALOMÃO FILHO. *Calixto. Direito Concorrencial*. 1.ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 414.

²⁰⁹ Pesquisa Realizada no sítio da internet do CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/organograma>> 20 de janeiro de 2019.

²¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

²¹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 283.

infrações contra a ordem econômica. A legislação antitruste, Lei 12529/11, tornou possível aos próprios agentes econômicos a defesa dos interesses relacionados à livre concorrência. No entanto, destaque merece a legitimidade atribuída ao Ministério Público e aos demais órgãos elencados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor para atuar, quando for o caso, no sentido de fazer cessar práticas que tenham potencial lesivo à ordem econômica, bem como buscar a reparação por danos sofridos em razão de infrações contra a ordem econômica praticadas por outros agente. A legitimidade em questão decorre da literalidade da redação do artigo 47²¹² do referido diploma legal.

A ampliação da legitimação para além do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no sentido de garantir a concorrência livre se justifica pela relevância social de mercados que operam de maneira regular. Desta maneira, o que se tem como objetivo é uma junção de esforços convergentes na concretização dos objetivos estabelecidos pela ordem econômica brasileira.

Sobre a relevância do Ministério Público na concretização da livre concorrência, bem como dos demais objetivos constitucionais, cita-se o estudo de Lafayete Josué Petter²¹³:

Ao Ministério Público, por ser uma instituição do Estado, deve promover a aplicação das leis para que suas normas estejam presentes na sociedade, e não apenas nos textos legais. Daí ser um importante protagonista na tutela do princípio da livre concorrência. Trata-se da realização do Direito, explicitado pela materialização, no mundo dos fatos econômicos, do sentido normativo constitucional, de modo a aproximar o dever-ser jurídico ao ser da vida real. A própria independência do Ministério Público só se justifica para que o órgão possa se dedicar aos interesses socialmente relevantes, cujos titulares, inclusive por sua condição coletiva, não têm reais condições de fazê-lo por si mesmos.

No contexto do presente estudo, o que se tem como foco são as práticas anticompetitivas realizadas por micro e pequenos empresários. É neste nível de mercado micro regionalizado que se encontra uma fragilidade do agente econômico

²¹² Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

²¹³ PETTER, Lafayete Josué. *Constituição econômica e concorrência*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayete_petter.html> Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

de pequeno porte, talvez pela falta de conhecimento do direito, que sofre os efeitos de possíveis infrações cometidas por outros agentes igualmente de pequeno porte. Neste mesmo contexto micro regionalizados também se encontram os consumidores que com os agentes econômicos se relacionam e, por consequência, suportam todos os efeitos da eliminação da concorrência já estudados.

Como já analisado, as infrações contra a ordem econômica que tem por efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa independem da existência de poder sobre o mercado por parte do agente econômico e, portanto, as condutas desleais de micro e pequenos empresários são capazes de configurarem o ilícito²¹⁴.

O Ministério Público, sendo uma extensão do Poder do Estado, tem o dever de garantir a realização e concretização dos direitos de maneira a atingir toda a coletividade. Não é razoável, portanto, negar à micro e pequenos empresários prejudicados por infrações à ordem econômica e, ainda, aos consumidores diretamente afetados o direitos constitucional à um mercado equilibrado e competitivo.

A violação deste direito desemboca em um grave problema de efetividade da garantia de direitos fundamentais, defesa do consumidor, e de direitos metaindividuais, no caso de mercados equilibrados. O problema decorrente da negligência às condutas anticompetitivas de micro e pequenos empresários gera outro problema, a obstrução do desenvolvimento econômico.

Neste contexto de mercado micro regional, os consumidores afetados pela eliminação da concorrência por meio de infrações contra a ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários deverão se submeter às imposições feitas por aquele agente econômico que restar em atuação. Isto, de forma analógica, remete a um dos problemas do monopólio. Explica-se. Com a dominação da atividade comercial por apenas um ou poucos agentes, haverá um aumento substancial do preço do produto e, conseqüentemente, haverá uma transferência de renda do consumidor para o agente dominante, renda esta que poderia ser utilizada na aquisição de outros bens ou serviços.

O Ministério Público, então, por estar presente de maneira mais abrangente no território nacional, e, ainda, por ser legitimado para a proteção dos mercados em

²¹⁴ SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 298.

razão de seu caráter coletivo, deve agir no sentido atribuir eficácia à legislação antitruste, sob pena de se ter caracterizado um esquecimento do Estado no que se refere às relações comerciais regionalizadas. Neste sentido de atuação, há precedente de processo administrativo julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica envolvendo micro e pequenos empresários que foi instaurado por meio de ofício do Ministério Público Estadual, como é o caso do cartel das farmácias ocorrido no município de Curitiba - Santa Catarina citado neste estudo.

Embora existam precedentes, raramente é possível identificar uma efetiva atuação por parte do Ministério Público em cooperação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, principalmente em relação às condutas de micro e pequenos empresários que tenha potencial anticompetitivo. Sobre esta temática, vale a transcrição da reflexão feita por Lafayette Josué Petter²¹⁵:

O acesso à justiça é princípio que não deve ser tomado apenas em sua faceta individual. Os interesses e direitos difusos e coletivos, nesse caso expressos pelos bens jurídicos que a Lei 8.884/1994 visa proteger, também aqui ficam incluídos. Se o parquet é o protagonista de inúmeras ações em prol dos consumidores, baseado na legislação consumerista, o mesmo não se pode dizer da legislação de proteção da ordem econômica, à qual, também, é devida a merecida atenção.

A comparação da atuação do Ministério Público em relação ao combate às infrações contra a ordem econômica com a sua atuação em relação à defesa de direitos consumeristas demonstra, de certa forma, um certo esquecimento da competência do Ministério Público em relação à defesa da ordem econômica. Embora exista todo um sistema de cooperação entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o Ministério Público Estadual²¹⁶, por meio de acordos celebrados, raramente se vê um protagonismo da atuação ministerial na proteção da ordem econômica como se vê na proteção dos consumidores.

O que não pode ser negligenciado é o fato de que a concretização da defesa do consumidor se tornará muito mais eficaz na medida em que os mercados de tornem competitivos por meio da preservação da livre concorrência. Não pode ser

²¹⁵ PETTER, Lafayette Josué. Constituição econômica e concorrência. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayette_petter.html> Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

²¹⁶ A lista completa dos acordos de cooperação realizados entre o CADE e os Ministérios Públicos Estaduais encontra-se disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais> > Acesso em: 20/01/2018.

negligenciando, também, que é obrigação do Estado Brasileiro, conforme analisado neste estudo, garantir a defesa da concorrência em todos os níveis de mercado, tendo como finalidade instrumentalizar a concretização da efetiva defesa do consumidor, garantia fundamental nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, bem como instrumentalizar a promoção do desenvolvimento econômico nacional de acordos com os ideais desenvolvimentistas idealizados por Amartya Sen.

CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho foi analisar o problema de eficácia na proteção do consumidor por parte do Estado diante das potenciais infrações à ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários, proteção esta que se apresenta como garantia fundamental. Isto porque o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que é obrigação do Estado Brasileiro, pelos meios que lhe couber, garantir a efetiva proteção dos consumidores e das relações de consumo.

Sob esta perspectiva e na busca deste objetivo, primeiramente, demonstrou-se que a existência de mercados equilibrados e competitivos, livre de monopólios, bem como a garantia de relações de consumo sólidas e justas, são fatores que indicam e fomentam o desenvolvimento econômico de uma nação, consoante os índices desenvolvimentistas idealizados por Amartya Sen. Isto porque os mercados equilibrados e competitivos instrumentalizam os avanços de tecnologia e de qualidade dos produtos e serviços, sendo estes ofertados, então, a um preço mais justo ao consumidor final.

O monopólio dos mercados, por outro lado, cria barreiras à entrada de novos agentes econômicos e a consequência disso é, por outro lado, um aumento injustificado dos preços de produtos ou serviços. Há, então, uma transferência da renda dos consumidores ao detentor do poder sobre o mercado, renda esta que poderia, certamente, ser destinada a concretização de outras liberdades individuais substantivas, como, alimentação, vestimenta, educação e moradia adequadas, saúde de qualidade, etc., os quais se apresentam como índices de desenvolvimento econômico sob a perspectiva de Amartya Sen.

Traçou-se um paralelo entre a concepção de desenvolvimento econômico em Amartya Sen e a ideologia da Constituição Econômica Brasileira, no sentido de demonstrar que uma das finalidades dos objetivos incutidos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988 é instrumentalizar a concretização do desenvolvimento econômico nacional. Por serem objetivos que dependem de uma atuação positiva por parte do Estado Brasileiro, estudou-se como o Estado, por meio de políticas

públicas e de planejamento, se torna o protagonista na promoção do desenvolvimento econômico no Brasil.

Ao ser analisado o surgimento e o desenvolvimento da concepção do Direito da Concorrência em um contexto internacional e nacional, identificou-se as suas várias fases, bem como seus objetivos. Viu-se que o Direito da Concorrência não tem por finalidade, exclusivamente, a proteção do concorrente, ou seja, do agente econômico. Constatou-se que a Defesa da Concorrência visa a proteção do mercado, o qual constitui direito da coletividade e patrimônio nacional, nos termos do artigo 219 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, ao estabelecer um paralelo entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor, constatou-se, ainda, que um dos primordiais objetivos idealizados pela promoção da competitividade nos mercados é garantir a paridade nas relações do consumo e a própria proteção do consumidor em um aspecto constitucional em razão de sua relevância para a economia, uma vez que constitui um dos elos do mercado. Identificou-se que Defesa da Concorrência, portanto, é meio de proteção do consumidor, constituindo, nas palavras de John Fitzgerald Kennedy “os mais fortes escudos do consumidor”.

Ao serem analisados os institutos da Defesa da Concorrência e da Defesa do Consumidor, identificou-se que não se tratam direitos que se concretizam de maneira espontânea. Isto significa que para sua concretização deverá haver uma atuação positiva por parte do Estado. Sob esta perspectiva foi analisado o caráter programático e vinculativo dos objetivos estabelecidos na Constituição Econômica, principalmente no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Identificou-se, portanto, a obrigação do Estado Brasileiro em tomar as medidas necessárias para a concretização dos objetivos de transformação da realidade social e econômica sob pena de desvirtuamento da normatividade constitucional.

Sobre a necessidade da presença do Estado nos mercados para garantir a livre concorrência, foram estudados os requisitos constitucionais e legais para que uma conduta considerada anticompetitiva configure infração contra a ordem econômica. No decorrer da análise, constatou-se que não há qualquer menção ao faturamento do agente econômico para que sua conduta tenha potencial lesivo para a ordem econômica. Como consequência disso, foi verificado que condutas de micro e pequenos empresários que tenham por finalidade prejudicar a ordem econômica

são passíveis de serem penalizadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, havendo, inclusive, precedentes sobre a matéria.

Em razão da limitada estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência comparada ao número de micro e pequenos empresários existentes no território brasileiro, verificou-se uma possível ineficácia da prestação Estatal quanto à defesa do consumidor em razão de possíveis práticas anticompetitivas praticadas por micro e pequeno empresário. Diante disso, foi estudada a natureza coletiva da defesa da concorrência, considerando a titularidade metaindividual sobre os mercados, de acordo com o artigo 219 da Constituição Federal de 1988.

Sobre esta constatação, identificou-se a competência do Ministério Público para cooperar com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no combate a possíveis infrações contra a ordem econômica praticadas por micro e pequenos empresários. A importância da cooperação do Ministério Público se justifica pela sua presença mais expressiva no território nacional.

Por fim, constatou-se que um protagonismo dos órgãos ministeriais no combate a infrações contra a ordem econômica, da mesma forma como acontece com as promotorias especializadas na defesa do consumidor, tornaria a prestação do Estado Brasileiro mais eficaz quanto à efetivação do direito fundamental incutido no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a defesa dos direitos consumeristas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, ago. 2008.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BAGNOLI, Vicente. *Relações de Consumo e Defesa da Concorrência*. In: CARACIOLA, Andrea Boari. ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. FREITAS, Aline da Silva. *Código de Defesa do Consumidor: comemoração dos 20 anos*. 1ª Edição. São Paulo: LTr. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BAUMAN, Z. *A sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução: José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEAUD, Michel. *História do capitalismo de 1500 até nossos dias*. Tradução Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BELLUZZO, Luiz G. de Mello. *O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados globalizados*. *Economia e Sociedade*, Campinas: UNICAMP, n. 4, p.11-20, jun.1995.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*, Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei Nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Medida provisória nº 204, de 02 de agosto de 1990. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 ago. 1990. Seção 1, p. 14767.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 253506 / PR. Relator Ministro Marco Buzzi, 29 de outubro 2018.

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=253506&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286-RS. Relator Ministro Celso de Mello, 24 de novembro de 2000. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28271286-RS%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y76o4rl8>> Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

BRUNA, Sérgio Varella. *Na Defesa da Concorrência*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano V, n. 30, março/abril: 2004. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/iss.php?iss=download.informativo&id=5>.> Acesso em 15 de dezembro de 2018.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Antonio Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

_____. Introdução Geral. In: CHESNAIS, François (Org.). *A mundialização financeira: gênese, custos e riscos*. Tradução: Carmem Cristina Cacciaccaro e Luís Leiria, Silvana Foá e Valéria Coêlho da Paz. São Paulo: Xamã, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Caracterização de Infração Contra a Ordem Econômica*. Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: p. 92-93. jan./mar. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 13, 1974.

_____. *A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 29, n. 80, p. 66–75, out./dez, 1990.

_____. *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 40, p. 67-89, jul./dez, 2001.

_____. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSIDERA, C. M.. *A defesa da concorrência no Brasil. A história da concorrência brasileira é marcada pela intervenção estatal*. FAE Business, n. 4, dez. 2002.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DE SOUSA, Washington Peluso Albino. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente (1961-1963: John Fitzgerald Kennedy). *Special Message To Congress On Protecting Consumer Interest, Washington D.C.*,

15 de março de 1962. Disponível em: <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski *in Dicionário de princípios jurídicos*/Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores; Silvia Faber Torres, supervisora. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado in *O Estado de S. Paulo* ed. 4.6.89.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. *A Atuação do MPF junto ao CADE*. *Revista de Direito Econômico*, v. 24, Brasília, jul./dez. 1996. p. 38; LIMA, Luiz Augusto Santos. Comunicação de Prestação de Contas das Atividades. ca. 2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002921/2007-64. p. 21332.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES JR., Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. *Mandado de segurança coletivo – Legitimidade e objeto – Análise dos seus principais aspectos – Lei 12.016/2009*. v. 898, São Paulo: Ed. RT, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Tradução: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. Tradução: João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho de progresso às políticas de desenvolvimento. In HEIDEMANN, Francisco G. SALM, José Francisco (orgs.) *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UNB, 2009.

HOBBSAWM, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. *A era das Revoluções: 1789-1848*. Tradução de: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

KALLAS FILHO, E. *A Constituição Econômica de 1988: Fundamentos, Funções e Enunciado-Síntese*. Constitucionalismo e Democracia: Campus Elsevier, 2011.

KOTSIRIS, Lambros E. *An Antitrust Case in Ancient Greek Law*. The International Lawyer, 1988.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Ed.RT, 1988

MARTINEZ, Ana Paula. *A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, v. 13, n. 52, p. 7-36, out-dez. 2004.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. - (Ponto a ponto).

NUSDEO, Fábio. *Cartel* (verbete). Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 13, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Fabricio A. *O Plano Cruzado: balanço e perspectivas*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v.3 n.3, março: 1987. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-4451987000100004> Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito e Economia da Concorrência*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves. *A Nova Lei do CADE e a Reestruturação Administrativa do SDBC: Pontos positivos e negativos*. Publicações da Escola da AGU. Brasília, n. 19, julho de 2012, p. 135. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1858/0>.> Acesso em 19 de dezembro de 2019.

PETTER, Lafayete Josué. *Constituição econômica e concorrência*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayete_petter.html> Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

_____. *Direito econômico*. 4ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

RODAS, João Grandino. *Nova Fase da Concorrência no Brasil*. Revista Consulex. São Paulo, n. 370, jun/jul, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O Novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO FILHO. Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SANTACRUZ, Ruy. *Cartel na Lei Antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos*. In MATOS, César (Coord.). *A revolução da Antitruste no Brasil: A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo. Companhia das Letras: 1999.

_____. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOTO-PINEDA, Jesús Alfonso. *La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: La experiencia de Estados Unidos, la*

Unión Europea y Colombia. Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica, vol.23 no.2 Chia July./Dec. 2014.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011.