



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VALDIR CARLOS JÚNIOR

**DIREITO CONCORRENCIAL:  
UMA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA  
EM FACE DO INTERVENCIONISMO ESTATAL**

**ASSIS – SP**

2014

**VALDIR CARLOS JÚNIOR**

**DIREITO CONCORRENCIAL:  
UMA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA  
EM FACE DO INTERVENCIÓNISMO ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Área de Concentração: Direito Econômico Constitucional

**ASSIS – SP**

2014

**DIREITO CONCORRENCIAL:  
UMA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA  
EM FACE DO INTERVENCIONISMO ESTATAL**

VALDIR CARLOS JÚNIOR

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Analisador: Leonardo De Gênova

**ASSIS – SP**

2014

## DEDICATÓRIA

A Naara, que me apoiou sempre.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus pela oportunidade de conquistar mais uma etapa.

Agradeço ao Prof. Mestre Fernando Antônio Soares de Sá Júnior por toda orientação dispendida para realização deste trabalho. Foram fundamentais.

Aos meus familiares: minha mãe, Maria Rauseo Carlos, pelo amor incondicional; a minha irmã – Ana Paulo Rauseo; ao meu pai por afinidade, João Gonçalves Lima; aos meus tios, Senise Camargo Lima Yazlle e Carlos Miguel Yazlle; aos meus primos, o pequeno e grande homem, Carlos Arthur Lima Yazlle e Taís Helena Martins, e por fim, a minha tia avó, mais que especial e querida, Margarida.

Agradeço, *in memoriam*, a uma pessoa que muito me ensinou e mostrou o caminho para a sabedoria, Edi Camargo Lima, que hoje descansa ao lado do bom Deus; e ao meu pai, Valdir Carlos, que infelizmente não o conheci, mas tenho certeza que sempre estará presente.

Aos meus amigos: Caio Maia, Celso Júnior e José Milton, que em longas e calorosas discussões em sala, muito contribuíram para formação do presente trabalho.

E, por fim, a todos aqueles que de uma maneira ou de outra contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

*“Nenhuma mente que se abre para uma nova ideia voltará a ter o tamanho original”.*

Albert Einstein.

## RESUMO

O intervencionismo Estatal é, sobre tudo, demonstrar a soberania nacional em face as praticas anticoncorrencias – truste – e abuso do poder econômico. Porém, o excesso de normas regulatórias e ao mesmo tempo protecionistas impedem o desenvolvimento lógico do mercado, causando grande intervenção do Estado nas relações econômicas. O Princípio Constitucional da Livre Concorrência, se interpretado no sentido estrito, veda as praticas anticonrrências e promove mais competição nas relações comerciais. Contudo, o interesse social sempre estará acima de qualquer outro que possa existir, resta, portanto, a criação de melhores políticas públicas econômicas que deem mais espaço para competição e menos regrismo.

Palavras-chave: Direito Econômico Constitucional; Direito Concorrencial – Antitruste; Intervenção Estatal; Princípio da Livre Concorrência.

## ABSTRACT

The State interventionism is, above all, demonstrate national sovereignty in the face anticoncorrencias practices - trust - and abuse of economic power. However, the excess of regulatory standards while protectionist prevent the logical development of the market, causing great state intervention in economic relations. The Constitutional Principle of Free Competition, if interpreted in the strict sense, seals the anticonrrências practices and promotes more competition in trade relations. However, the social interest always be above any other that may exist, therefore, remains the creation of better economic public policies that give more space for competition and less laws.

Keywords: Economic Constitutional Law; Antitrust Law - Antitrust; State intervention; Principle of free competition.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
<b>1. DIREITO CONCORRENCIAL.....</b>	<b>12</b>
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	12
1.2. FILOSOFIA LIBERAL SEGUNDO ADAM SMITH.....	15
1.3. LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE AMERICANA: SHERMANACT .....	17
1.4. TEORIAS NEOCLÁSSICAS.....	19
1.5. ESTADO LIBERAL E NEOCLÁSSICO: CONCEITO E SEMELHANÇAS.....	20
<b>2. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL .....</b>	<b>22</b>
2.1. ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES.....	24
2.2. LEI ANTITRUSTE NO BRASIL .....	25
2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA.....	27
2.4. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	29
2.5. O PAPEL DO ESTADO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA COMO GARANTIDOR DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	32
2.6. INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS .....	39

## INTRODUÇÃO

Direito Concorrencial, ou Antitruste, ou defesa da concorrência, são sinônimos de proteção ao domínio econômico de acordo com as regras estatais.

Dito isso, tem-se a ideia de mais um ramo do direito brasileiro extremamente burocrático com margens ao formalismo e taxatividade. No entanto, ao analisarmos os princípios que norteiam essa disciplina, percebemos que se trata de disciplina mais dinâmica e por consequência requer a mínima intervenção do Estado para seu desenvolvimento. Isto é, por sua ligação direta, na economia (disciplina autônoma) suas regras são criadas de acordo com a necessidade contemporânea (desenvolvimento lógico do mercado), e o Estado, portanto, segue a figura de condutor, ou seja, rege de forma imparcial essas relações de interesse individual (empresário) observando as condutas que eventualmente causariam prejuízo ou impacto negativo aos interesses sociais (consumidor).

Para tanto, se necessita de um Estado prático e dinâmico, pois, como veremos, o Brasil ainda adota medidas protecionistas – o que interfere diretamente no desenvolvimento socioeconômico nacional.

O objetivo deste trabalho foi demonstrar a evolução das políticas Antitruste no âmbito mundial, e algumas teorias criadas por pensadores, como Adam Smith, e as Escolas neoclássicas de Chicago e Freiburg. Posteriormente, chegamos ao Brasil cujo desenvolvimento dessa disciplina começou ainda no período Imperial, até conquistarmos a Constituição de 1988, que constitucionalizou alguns princípios fundamentais para a econômica nacional.

Desse modo, procuramos demonstrar a eficácia do Princípio da Livre Concorrência para com o crescimento econômico do país, previsto no Artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Para realização deste trabalho, utilizamos várias obras de doutrinadores e pensadores acerca do direito econômico, como: Paula Forgioni, Nelson Nazar, Fábio Nusdeo, Calixto Salomão Filho, Humberto Ávila, Fran Martins, Fábio Ulhoa Coelho, Paulo Bonavides, Miguel Reale, entre outros. Também,

utilizamos alguns artigos publicados na plataforma de pesquisa do CADE e no acervo de monografia da Universidade de São Paulo – USP.

Assim, o trabalho divide-se em dois capítulos: 1º) Direito Concorrencial e 2º) Evolução do Direito Concorrencial no Brasil.

No primeiro capítulo, veremos a evolução do antitruste no cenário mundial; as teorias liberais segundo Adam Smith (item 1.2); o surgimento da primeira Lei Antitruste nos Estados Unidos da América (item 1.3); e as importantes teorias neoclássicas da Escola de Chicago (EUA) e Freiburg (Alemanha), item 1.4.

No segundo capítulo, abordaremos os aspectos evolutivos e as primeiras preocupações com o domínio econômico nas Constituições brasileiras (item 2.1); o surgimento da primeira Lei Antitruste no Brasil (item 2.2); os princípios constitucionais (2.3); o princípio da Livre Concorrência (item 2.4); e as estruturas de defesa da concorrência e a ordem econômica, com a criação do CADE, SDE, SEAE (item 2.5).

Analisaremos isoladamente suas teorias e as formas pelas quais as políticas econômicas podem seguir em sintonia a esse princípio, agindo com menos protecionismo e deixando o mercado fluir naturalmente sob essa ótica. Veremos que o princípio da Livre Concorrência, ao contrário do que parece, coíbe situações de concorrência desleal, concentração econômica, formação de cartéis e demais atos anticompetitivos, que por sua vez, são de preocupação Estatal.

## 1. DIREITO CONCORRENCIAL

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Antes de analisarmos seus aspectos evolutivos, primoroso destacarmos um breve conceito de Direito da Concorrência que pode ser definido como um “conjunto de regras positivadas pelo Governo destinadas a reprimir as modalidades de abuso do poder econômico, com a finalidade de controlar a monopolização do mercado e favorecer a livre concorrência, em prol da coletividade” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p.29).

Como qualquer ramo do direito, o direito concorrencial surgiu a partir de uma necessidade fundamental de regulamentar o mercado socioeconômico em ascensão (FILHO, 2007). Isto é, todo e qualquer estado que queira ter como ordem básica o desenvolvimento econômico, deve possuir normas (jurídicas) específicas que tutelam o funcionamento de sua economia local.

Observa o Professor Calixto Salomão Filho:

A regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das reações econômicas (FILHO, 2007).

Dito isso, ao longo do tempo, vários teóricos se debruçaram sobre o tema apresentando as mais diversas teorias sobre o Antitruste. Historicamente, a doutrina econômica clássica liberal, iniciada no século XV, tendo como principal propulsor *Adam Smith*, criador de teorias acerca do liberalismo econômico em tempos de iluminismo e controle estatal de determinadas condutas econômicas. Suas considerações foram fundamentais para sintonia entre política governamental, direito e economia. Como veremos no item 1.2, a

Teoria Smithiana da “mão invisível” nos remete a um pré-modelo do que hoje é o sistema capitalista.

Mas ao contrário do que parece óbvio, o modelo intervencionista (ou a ideia de intervenção) do Estado não nasceu com o advento do modelo liberal. Desde os primórdios, se tem indícios de intervenção do Estado nas relações privadas, principalmente de domínio econômico, isso porque a natureza humana sempre foi controladora, protecionista e ao mesmo tempo competitiva; daí então pertinente a ideologia de *Maquiavel*, “*O Estado Soberano*”, uma vez que o modelo de Estado representava as convicções e ideologias de seu governante; as políticas sociais eram extremamente individuais e seguiam um modelo heterodoxo, prevalecendo normas repressivas que suprimiam a liberdade individual, livre iniciativa e concorrência.

No império grego e romano, a intervenção estatal se dava pelos grandes monopólios. Poderia ser pelo próprio Estado como pelo particular. Na Roma Antiga, quem desrespeitasse as regras de monopólio poderia pagar com a própria vida, pois o Estado detinha normas severas quanto ao descumprimento. *O principal produto monopolizado por Roma foi o sal*, momento em que os romanos se aproveitaram da intensa fonte e assim centralizar sua comercialização, enquanto que na Grécia a exploração foi pelo chumbo (FORGIONI, 2010).

Na queda do império romano, três novas civilizações surgiram: o império bizantino greco-cristão (no qual algo do antigo império Romano sobrevivera); o mundo árabe-islâmico; e o ocidente latino-cristão, composto pela antiga população romana e pelos novos germânicos que acabavam de se estabelecer por ali (FONTES, 2000). Essa divisão afetou diretamente a economia justamente em razão das grandes concentrações de mercado preponderante no antigo império.

Na Idade Moderna, mais precisamente na Europa, no final do século XVIII – Revolução Industrial - surgiram as primeiras práticas econômicas ligadas ao Estado de Direito. Esse período foi marcado por sua grande intervenção no domínio econômico, justamente quando passava por uma forte escassez dos principais minérios de comercialização e gerador de renda: ouro e prata. Isso

fez com que o Estado ficasse sem dinheiro para investir nas cidades em constante desenvolvimento comercial naquela época (HUNT, 1982).

Essa fase foi de suma relevância tanto para economia quanto para a criação de outros institutos jurídicos, como, por exemplo: as liberdades individuais; direito de propriedade; limitação do Estado nas relações privadas; e talvez o mais importante, o princípio da igualdade perante a lei (QUE AUTOR?)

No final do século XIX e começo do século XX, o Estado assume a posição clássica neoliberal, dando origem aos primeiros indícios de normatização da economia privada. As primeiras preocupações foram acerca da vasta produção industrial de metais (aço e ferro), principalmente com o surgimento da linha férrea, que permitiu abranger o mercado de distribuição do que era produzido, acelerando o desenvolvimento das grandes indústrias que estavam surgindo. Isso porque a exploração dessas tecnologias só seria possível por grandes empresas com expressivo poder de investimento e capacidade de recrutar mão-de-obra remunerada. Contudo, a principal função do Estado era prover o desenvolvimento sem intervir diretamente nas relações privadas, sobretudo garantir que o interesse do individual estivesse abaixo do interesse social.

Com o crescimento acelerado e o mercado de consumo se iniciando, uma nova classe destaca-se pela multiplicidade de atividades e dinamismo: a classe de consumidores. Logo, concluiu-se que a ideia de regulamentação estaria ligada a uma necessidade do mercado, ou seja, os consumidores seriam os principais alvos da proteção econômica dada pelo Estado, e as atividades econômicas seriam norteadas pelo direito positivado, a fim de evitar estruturas como cartéis, monopólios, entre outros meios de concentração e concorrência desleal.

A partir daí surge um novo contexto para o direito – novas atividades de exploração surgiram, novos conglomerados empresariais, novas regras sociais, e com isso a atividade econômica torna-se imprescindível para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Os primeiros países a adotarem medidas positivadas sobre o antitruste foram o Canadá (1889) e os EUA (1890).

Com a ideia de autorregulação das atividades econômicas, no qual o próprio mercado dita suas regras (MARTINS, 2013), o Estado passa ter uma nova preocupação: como intervir nessas relações sem afetar seu desenvolvimento, garantir o bem-estar dos consumidores e evitar a formação de grandes concentrações?

Sob essa ótica, o pensamento jurídico-filosófico vem se desenvolvendo no sentido de cada vez mais garantir a liberdade econômica, mas sem deixar de lado a importância dos atos de intervenção Estatal, pois sua atuação também é fundamental para garantir a inexistência de concorrência desleal no mercado.

Contudo, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que uma economia norteada pelo Princípio da Livre Concorrência, segundo o pensamento neoclássico liberal, pode atingir resultados positivos no desenvolvimento econômico, não necessitando de intensa intervenção Estatal nas relações empresariais, podendo o Estado permitir a competitividade seguindo as leis do próprio mercado, limitando-se apenas a reprimir atos de abuso de poder econômico e a concorrência desleal.

## 1.2. FILOSOFIA LIBERAL SEGUNDO ADAM SMITH

Adam Smith (1723-1790) foi o principal teórico acerca da economia neoclássica moderna. Conhecido como o “*Pai da Economia*”, seus pensamentos abstratos deram os primeiros moldes para criação de um sistema capitalista. De forma clara, percebeu na sociedade as diferentes classes sociais, sendo cada uma com sua importância, os diversos setores de produção, a exploração comercial, a distribuição de renda e riqueza, e a intensa circulação de moeda contribuindo para fixação de preços e o crescimento econômico de pequenos grupos.

Suas principais obras foram: *Teoria dos Sentimentos Morais*, de 1759, e *A Riqueza das Nações*, de 1776. Nelas, Smith defendeu um sistema de liberdade natural, no qual seria possível cada indivíduo aproveitar-se do excedente do outro em troca do seu, sem a necessidade da intervenção do Estado (SMITH, 1776). Por isso, conclui-se que o mercado econômico é uma disciplina

autônoma, seu desenvolvimento frui da própria necessidade e determina os meios necessários a essa relação.

Essa ideia pode ser percebida como um princípio das relações de consumo, a qual é movida pela necessidade e o interesse social e econômico.

A divisão do trabalho não procede da sabedoria humana, mas de uma propensão para cambiar, permutar, ou trocar. Numa sociedade civilizada, o homem necessita constantemente de ajuda e cooperação de muitas pessoas, tendo maior probabilidade de alcançar o que deseja se conseguir interessar o egoísmo delas. “Dá-me isso, que eu quero, e terás isto, que tu queres”. É por esta forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos favores e serviços de que necessitamos. Não é por bondade do homem do talho, do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar o nosso jantar, mas da consideração em que eles têm o seu próprio interesse. Apelamos não para a sua humanidade, mas para o seu egoísmo (SMITH, 1776).

Porém, a teoria Smithiana, de certa forma, contribuía para a manipulação das atividades econômicas à época, como a formação de altos preços e taxas de juros, além de incentivar a formação de pequenos trustes, como cartéis e monopólios (VIZEU, 2006, pag. 9). Dependendo do ponto de vista, essa teoria seria perfeita. Ocorre que o mercado é composto por dois agentes fundamentais: empresas e consumidores. As empresas buscam somente a exploração e a geração de lucro (interesse individual); os consumidores, por sua vez, representam uma classe social que merecem a tutela do Estado em razão de sua hipossuficiência perante esses grupos econômicos, de modo a assegurar que contra eles não recaiam práticas abusivas como preços exorbitantes e demais situações possíveis no mercado. Adam Smith projetou um modelo ótimo para a economia privada, no entanto, observou que sem a atuação do Estado como garantidor da ordem, esse modelo poderia provocar sérios problemas ao desenvolvimento social.

Essa situação diminuía o ritmo da economia e concentrava riquezas em prol de poucos agentes econômicos seduzidos pela ambição do lucro (SMITH, 1776). Assim, a riqueza gerada satisfazia interesses individuais, o que não elevava a riqueza das nações (MATTOS, 2005).

A principal teoria Smithiana era implantar um modelo de mercado capaz de transformar interesses individuais em interesse difusos, ou seja, no mercado concorrencial a busca pelo individual resulta na melhoria do bem comum, isso porque atividade econômica é dinâmica e tendente ao crescimento econômico, capaz de resolver todos os seus problemas como se existisse uma “mão invisível” do Estado. E, sim, difusos, pois destinavam a proteção dos agentes econômicos na qualidade de consumidores.

Ao Estado, portanto, caberia somente garantir a ordem e a justiça das relações econômicas. De fato, os problemas acerca do mercado econômico atualmente são outros, e o modelo criado por Smith ficaria em desuso. Mas, vale destacar sua importância para a economia enquanto ciência disciplinar, teórica e prática, e também por refletir que as leis naturais poderiam se adaptar as leis do mercado de forma “natural”.

Dado esse contexto histórico, passamos agora a uma breve análise contemporânea da legislação antitruste americana. Após, veremos a evolução do Direito da Concorrencial no Brasil, os princípios consagrados na CF/88, e por fim, considerações acerca do princípio da Livre Concorrência como princípio basilar para o desenvolvimento econômico e as formas de intervencionismo Estatal na ordem econômica.

### 1.3. LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE AMERICANA: SHERMANACT

Os primeiros movimentos para construção de uma legislação americana antitruste se deram na segunda metade do século XIX. A primeira lei concorrencial do país, o ShermanAct (1890), entrou em vigor em período de grande concentração industrial, formação de monopólios financiados pela própria classe empresarial e a vasta expansão industrial com altos investimentos e preços fixos.

Em consequência da guerra civil, dois setores foram fortemente afetados pela concentração em massa: telégrafos e estradas de ferro. Para se ter ideia, em 1866, a Western Union\* dominava quase todo o mercado de telégrafos dos EUA. Já os monopólios das estradas de ferro provocou o descontentamento da

classe agrária. As estradas eram construídas por empresas privadas nas quais cada Estado beneficiado por ela detinha parte acionária. Dessa forma, os agricultores tinham sido estimulados a comprar ações dessas empresas, que indiretamente os beneficiavam (FILHO, 2007), plantando a ideia de participação empresarial nesses imensos grupos econômicos.

Mas, ao contrário, esses investidores não só não recebiam os dividendos como também acompanhavam um crescimento assombroso dos impostos em decorrência dos problemas financeiros das empresas que investiam e que eram cobertos pelos principais financiadores, os Estados. Essa observação revela uma das principais preocupações do movimento antitruste americano: a participação política na formação de monopólios. Assim, os monopólios ferroviários financiados pelos agricultores, e estimulado pelo governo, não protegiam seus interesses, e cada vez mais fixavam preços superfaturados.

Como terceiro fator, a rápida expansão da economia americana ocorrida em 1865, completa esse rol de elementos constitutivos do ShermanAct. Esse aceleração provocado na economia, fez com que o surgimento de novas empresas no mercado fosse limitado, isso porque o investimento inicial era fixo e muito alto. Isto é, não existiam políticas econômicas para pequenos negócios, e assim a concorrência se tornaria mínima. Portanto, diretamente a livre iniciativa estava censurada pelas regras do mercado e indiretamente pelas regras normativas à época.

Posto isso, percebe-se que a preocupação era sobre os efeitos econômicos relativos às práticas monopolistas em face do consumidor. Assim como previu Adam Smith, o ShermanAct também teve como principal objetivo oprimir práticas monopolistas de modo a concentrar riquezas e prejudicar o desenvolvimento individual e social.

A ideia, portanto, estaria em evitar o crescimento individual corporativo, contudo, sobre os reflexos dessas condutas no desenvolvimento socioeconômico.

Nesse ponto, torna-se incontestável a argumentação de Bork e dos demais defensores das teses da Escola de Chicago (FILHO, 2007) que diziam que a habilidade de produção em grande com menos custos favorecia o bem-estar

social. Veremos no próximo item essa teoria e sua principal discórdia, a teoria alemã OrdoLiberal.

#### 1.4. TEORIAS NEOCLÁSSICAS

A Teoria Liberal da Escola de Chicago (Chicago School) defende que o núcleo fundamental da argumentação neoclássica, e que também foi adotada nos anos 80 pelas Cortes Americanas, seria a “eficiência”. Noutras palavras, estaria ligada diretamente às técnicas de produção, cujo objetivo seria produzir com menos custos de modo a beneficiar o bem-estar do consumidor (*consumerwelfare*).

Isso, segundo os teóricos neoclássicos, seria benéfico e acima de tudo promoveria a concorrência no mercado econômico e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial (FILHO, 2007), abrangendo não somente os consumidores, mas como os interesses tutelados pelo Estado Moderno.

O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência. [...] para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor (FILHO, 2007).

Essa teoria não é absoluta e, portanto, encontra na Teoria da Escola Ordo-Liberal de Freiburg a maior resistência. Essa, por sua vez, afirma que o núcleo da eficiência poderia facilmente contribuir para o surgimento de concentrações como cartéis, monopólios, etc.

A Escola Ordo-liberal Alemã faz referência aos fracassos econômicos da República de Weimar (1930). Em uma concepção política pré-nazista, identificaram como grande incentivador da decepção social as concentrações econômicas mantidas pelo governo e que deram origem ao plano Estatal do nazismo. Por fim, observaram que a livre concorrência é fundamento essencial para garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. [...]

Para os ordoliberalis, a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar (FILHO, 2007, p. 25-26).

Ambas as teorias não são absolutas. Entretanto, norteiam o pensamento acerca da atuação Estatal nas relações econômicas e permitem discussões não só no campo filosófico, mas como também nos órgãos de fiscalizar e Tribunais.

### 1.5. ESTADO LIBERAL E NEOCLÁSSICO: CONCEITO E SEMELHANÇAS

Até aqui não se pode distinguir qual modelo Estatal seria o mais provável para garantir uma política econômica condizente às regras do mercado e aos interesses sociais. Fato é que, encontramos nesses dois modelos mais semelhanças do que diferenciação.

O Estado Liberal tem como principal idealizador Adam Smith, como vimos no item 1.2. A doutrina liberal tinha como fundamento a liberdade individual, o respeito ao direito de propriedade pelo particular, e a aplicação da livre iniciativa – consequentemente, a livre concorrência.

Até então, o Estado se limitava a garantir os assuntos de ordem pública, tutelando o interesse social (coletivo) diante das condutas do particular.

Pós-liberalismo – século XX – entra em cena um novo modelo, o Estado Neoliberal que nada mais fez do que ampliar os direitos anteriormente adquiridos no período liberal, sobretudo a criação de políticas públicas em prol da atividade privada, isto é, garantir o desenvolvimento estável da economia por meio de regulação e limites normativos a fim de eliminar infrações e condutas desleais.

Passa-se então a um novo cenário: é esse inclusive o adotado na grande maioria dos países capitalistas, defendendo os princípios da intervenção

mínima do Estado e como agente regulador, criação de políticas de privatizações e a livre abertura econômica, oferecendo mais condições e meios para o desenvolvimento da iniciativa privada.

O que se entende, portanto, é que através das ideologias liberais do século XVIII (não-tolerância Estatal – livre atividade econômica), permitiu-se a criação de normas e políticas de desenvolvimento da economia, posteriormente adotadas pelo Estado sucessor Neoliberal.

## 2. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL

A história do direito concorrencial no Brasil, ao contrário dos outros países, não é marcada por um período de intensa exploração econômica como imaginamos. Isso porque, nosso colonizador, Portugal, mantinha sérios tratados de monopolização suprimindo a iniciativa econômica privada, ainda que mínima naquela época. A única liberdade de exploração econômica era pelo Estado Colonial.

A Carta Régia de 1766 proibia a atividade de ourives, produção de vinho e mel, e a plantação de uvas. Já o Alvará de 1785 foi mais além e proibiu o desenvolvimento de qualquer atividade manufaturada, ou seja, ninguém poderia realizar qualquer atividade econômica.

Apesar das peculiaridades, pode-se afirmar que os primeiros indícios de política econômica no Brasil também se deram ao redor da classe de consumo. A Coroa Portuguesa demonstrava a mesma preocupação que o Canadá e os EUA. Neste sentido, muito bem ilustra Paula Forgioni:

Nessa linha, a revogação do estanco concedido pelo Estado português à Companhia do Comércio no Brasil (que possuiu o privilégio do comércio na costa brasileira e também o monopólio da venda do vinho, azeite, bacalhau e trigo), deu-se, segundo sustentado por alguns, em virtude não somente do desabastecimento que se estava fazendo sentir na colônia, mas também dos preços excessivos que eram impostos à população, em frontal desrespeito aos tabelamentos instituídos (FORGIONI, 2005, pag. 96-97).

Passado esse momento, os primeiros vestígios de uma política econômica de desenvolvimento no Brasil se deram com a chegada da família real. Nesse momento surgiram os primeiros portos (28 de janeiro de 1808); instituição da liberdade de manufatura e industrial (Alvará de 1º de Abril de 1808); e a criação do primeiro banco estatal, o Banco do Brasil (12 de outubro de 1808).

Nesse paradoxo, surgiu a Constituição de 1824\*, entretanto, ainda não previa de forma clara os objetivos de uma política econômica, mas por uma

interpretação dos direitos até aqui ampliados, conforme acima, logo trouxe a “liberdade, a segurança individual e a propriedade como direitos individuais ou naturais, como direitos fundamentais e, como tais, estão acima de qualquer lei civil”.

A partir daí, não há muito que se falar em concorrência, embora o Império tenha demonstrado interesse no desenvolvimento do país, mantinha seu lado protecionista e conservador, de modo que o particular ainda necessitava de pequenos “alvarás” para desenvolver qualquer atividade econômica. Por outro lado, quase metade do comércio brasileiro naquela época ou era exportado ou importado, o que limitava o mercado interno.

Apenas a título de conhecimento, aqui abre-se uma exceção na economia brasileira. Em 1822, Irineu Evangelista de Sousa, mais conhecido como o Barão de Mauá, sem dúvidas foi um dos principais, senão o principal, propulsor da iniciativa privada no Brasil Império. Em tempos de extrema intervenção Estatal, Mauá, lançou vários empreendimentos promissores naquela época, dentre eles destaque-se os primeiros metros de uma linha férrea, cujo objetivo era transportar mercadorias até o porto do Amazonas.

Obcecado pelo modelo neoliberal dos Ingleses, promoveu várias ações de modo a estimular o Imperador a adotar práticas comerciais liberais, no entanto, enfrentava sérias resistências do Conselho Imperial.

Pela importante e rápida ascensão no mercado econômico, logo foi constituído pelo Senado para criação do pré-projeto do Código Comercial Brasileiro de 1850. Com princípios norteadores, defendeu a liberdade de mercado; a intenção do lucro como veículo de distribuição social e como propulsor para criação de novas riquezas; também defendia a existência do Estado como emissor de regras e normas, nunca como concorrente.

Suas realizações mesmo diante da “concorrência Estatal” foram importantíssimas e muito contribuíram para o desenvolvimento econômico industrial do Brasil.

## 2.1. ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES

Com o advento de novas constituições e o crescer das atividades privadas no Brasil, o Direito Concorrencial, ou o Intervencionismo Estatal na Ordem Econômica, passou a ter mais relevância nas constituições de: a) 1906, com o convênio de Taubaté, para defender a economia cafeeira; b) 1908, através da Caixa de Conversão, medida em que complementou a defesa da cafeicultura; e, c) 1918, por meio da criação do Comissariado de Alimentação Pública (Decreto 13.069), que tinha o escopo de reequilibrar a economia que estava caótica em função da Primeira Guerra Mundial.

O desejo por mudanças sociais e políticas econômicas é exteriorizado a partir de 1929 (quebra da bolsa de Nova York), e com a Revolução de 1930. Acerca desse período, Paulo Henrique Rocha Scott:

Seria o resultado direto da dificuldade pela qual passou a economia externa durante os anos da primeira guerra mundial - e ao episódio da Revolução de 1930 - a partir do qual se instituiu um modelo voltado a novas finalidades, como a promoção da indústria e a proteção dos trabalhadores urbanos - para resultar uma nova fase de organização social, política, jurídica e econômica no Brasil. Assim, a partir da década de 30 - sob diretrizes políticas econômicas governamentais, nitidamente voltadas à conquista de uma auto-suficiência nacional pelo fortalecimento da economia interna - novos fatores passaram a caracterizar o processo brasileiro de industrialização, como o surgimento de um núcleo importante de indústrias de bens primários, a consciência da escassez de capital e das deficiências técnicas e culturais, relacionadas às atividades econômicas, bem como as aspirações de melhoria das condições sociais.\*

Em um período pouco provável para o desenvolvimento econômico, a Constituição de 1934, traz a primeira ideia de liberdade econômica de forma expressa:

[...] 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.\*

Ao estabelecer que a ordem econômica deva ser organizada conforme os princípios da Justiça, de certa forma, nos remete a ideia que o Estado poderá intervir nas relações como garantidor da justiça, sempre no que se refere ao bem-estar social.

Um pouco depois, a Constituição pós-golpe de 1937, assim determinou:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só é legítima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta.\*

Essa Constituição ampliou as garantias da livre iniciativa, no sentido de limitar a atuação do Estado somente quando houver deficiência do tratamento particular, e que prejudique as relações coletivas.

## 2.2. LEI ANTITRUSTE NO BRASIL

Na mesma Constituição de 1937, o Estado passa também a preocupar-se com a economia popular. Em seu artigo 141, que assim dispunha:

Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Ao determinar que os crimes contra a economia popular seriam equiparados aos crimes contra o Estado, faz surgir, portanto, uma nova função para o próprio Estado, a função reguladora e punitiva.

Eis que surge a primeira Lei Antitruste no Brasil, que foi o Decreto Lei 869 de novembro de 1938, decretado pelo até então Presidente Getúlio Vargas.

Sua natureza era punitiva e, portanto, elencou e tipificou condutas anticoncorrencias (desleais) contra a iniciativa privada, conseqüentemente, contra o Estado, em seu artigo 2º.

No ano de 1945, foi instituído o Decreto Lei 7.666, que pela primeira vez tratou a regulamentação do abuso do poder econômico. Em seu Artigo 8º, mencionou a criação de um Conselho Administrativo, o que um pouco mais tarde foi regulamentado (item 2.4).

Com a Constituição de 1936, um novo princípio passa a fazer parte do texto constitucional: o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, expressamente em seu artigo 148: “a Lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de 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”.\*

A partir daqui o Estado brasileiro passa a ter mais preocupação com o desenvolvimento econômico, e com essa medida põe fim aos atos de concentração econômica, o que de certa forma também coloca em discussão o modelo de política econômica adotada, pois estaria intervindo não somente como regulador das atividades, mas também como controlador da concorrência, o que para os liberais é uma conduta repugnante, considerando que as regras são definidas pelo próprio mercado, e assim o Estado por sua vez estaria perdendo sua originalidade agindo como concorrente no mercado.

O Estado passa a ser concorrente a partir do momento em que se preocupa com o bem-estar social, ou seja, não visa o lucro como os concorrentes empresariais/industriais, mas sim o desenvolvimento equilibrado dos interesses individuais de modo a nortear os interesses sociais.

E por justamente utilizar-se dessa prerrogativa – interesse social – poderia intervir diretamente nos atos individuais e demandar as condições pelas quais deveriam optar seus negócios, ainda que prejudiciais ao desenvolvimento lógico do mercado.

No período da Decepção brasileira, “Regime Militar”, pouco se falou em política econômica. Na Constituição Federal de 1967, as garantias das constituições anteriores foram mantidas: a liberdade da iniciativa privada e repressão ao abuso de poder econômico.

Passado esse período Inglório na política nacional, veio a Constituição Federal de 1988, já em tempos de pré-democracia. Por meio de políticas públicas mais democráticas, o Estado brasileiro inclui nessa Constituição a livre concorrência como princípio da ordem econômica, passo fundamental para economia nacional, o que outrora era reprimido pelo governo ditatorial.

Atualmente a livre iniciativa e os princípios da ordem econômica no Brasil estão presentes em dois momentos na CF de 1988: a) primeiramente, como fundamento para formação dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, no Art. 1º, inciso IV; b) posteriormente, como base da República e da Ordem Econômica, Art. 170 e ss.

### 2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Os princípios são fundamentais para nortear as regras jurídicas de uma nação. Nesse sentido, Humberto Ávila observa o pensamento de Karl Larenz que define os princípios “como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrente, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (ÁVILA, 2011, pag. 35).

Um princípio Constitucional, dado a sua relevância, passa a fazer parte da estrutura normativa das demais regras do ordenamento jurídico. José Afonso

da Silva classifica um princípio constitucional “como ordenações que irradiam e imantam todo o sistema de normas” (SILVA, 2005, pag. 134).

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo” (MELLO, 2010, pag. 329).

De qualquer forma, todos compreendem que um princípio é núcleo basilar para criação de uma norma jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional.

No que tange a ordem econômica na Constituição Federal de 1988, podemos dizer que os princípios elencados no Art. 170, remetem ao modelo capitalista nacional e as formas de intervencionismo Estatal. Isto é, a política econômica estrutural observar-se-á os princípios constitutivos dessa modalidade, bem como as formas de intervenção do Estado.

Pois bem, os princípios norteadores da economia nacional são: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; e, por último, IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Claramente a Constituição assegura o desenvolvimento Estatal à Economia, observando os interesses sociais, dignificando as atividades desenvolvidas pelas sociedades se observarem os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Isso resume a busca pelo bem-estar social.

Dessa forma, conclui-se que as atividades econômicas somente serão válidas se promoverem a existência digna da pessoa humana e da justiça social; caso contrário, o Estado estaria constitucionalmente legitimado a intervir na atividade desenvolvida, de modo a possibilitar o cumprimento dos preceitos constitucionais (FILHO, 2013).

## 2.4. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Antes de adentrarmos no assunto principal deste trabalho, é necessário entendermos o significado da palavra “concorrência”.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira assim define:

Concorrência: 1. Ato ou efeito de concorrer. 2. Competição, rivalidade. 3. Afluência de pessoas para o mesmo lugar. [...]. 5. Disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, etc.

No sistema capitalista, a livre concorrência pode ser vista como o principal pilar para a economia neoliberal. Sua função é assegurar a competitividade no mercado econômico fruindo o bem-estar e a qualidade social. Ao contrário do que muitos imaginam, a livre concorrência reputa qualquer prática desleal, como a formação de cartéis e monopólios ou qualquer outro ato de concentração que implique em deficiência econômica.

Isso ocorre como desvirtuamento das políticas públicas econômicas por empresas insólitas que buscam burlar o sistema tributário nacional. Nessas práticas, não só é permitido, como deve o Estado intervir fixando severas punições por esses atos anticoncorrenciais.

Fato outro, a concorrência sadia entre os concorrentes, promove melhores condições de consumo ao interesse social, e, conseqüentemente, supre a necessidade do individual, que no caso se trata do empresário que visa o lucro necessário para seu desenvolvimento.

O concorrente que tem por objetivo a concorrência leal está ligado ao princípio básico considerado pelos teóricos da Escola Ordoliberal de Freiburg, que segundo eles, para o bom funcionamento da atividade econômica faz-se necessário a concorrência.

Isso, aliás, é condição assumida pela China, maior concorrente do mercado mundial industrial. No entanto, trata-se somente de um comentário, haja vista

que o modelo industrial chinês quando analisado em sua integralidade, demonstra sérios problemas sociais, como por exemplo, o trabalho análogo à condição de escravo. Entretanto, o que nos interessa é demonstrar sua competitividade no cenário mundial e o modo com que sua mão-de-obra dominou o mercado industrial.

Por outro lado, como observou Adam Smith, a sociedade é composta por classes sociais onde existe uma distribuição de renda. A classe menos favorecida certamente deixará de consumir determinado produto justamente em razão do seu poder econômico, que as vezes o valor pode equiparar-se aos rendimentos mensais do indivíduo. A solução encontrada foi produzir um produto similar com as mesmas características, porém, marca e preço distintos. Isso é a concorrência.

Deste modo, livre concorrência nada mais é do que a disputa de objetos lícitos por empresários, em sintonia das normas constitucionais de proteção ao desenvolvimento social.

Ensina Werter R. Faria “que a liberdade de concorrência é a relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição. Embaraços à concorrência de origem privada são práticas comerciais restritivas ou abusos do poder econômico”.

Calixto Salomão Filho defende que a função do Direito Concorrencial é tutelar três interesses básicos: o dos consumidores; o dos participantes (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial (FILHO, 2007, p. 61-62).

Os dois primeiros, podemos compreender por todo o exposto até agora. É sobre esse terceiro elemento que cabe uma breve reflexão. O interesse institucional, portanto, seria a proteção aos interesses difusos ou coletivos?

Sobre essa distinção, o processualista italiano, M. Cappelletti, em seu trabalho “Formazionisociali e interessi di gruppo davanti Giustizia Civile”, refere-se aos interesses difusos como interesses que estão entre público e privado (FILHO, 2007, p. 65).

Para este trabalho, basta a ideia que pelo Direito Antitruste, estaria tutelado os interesses privados (concorrentes) e os interesses públicos.

No entanto, nem toda forma de competição é lícita. Daí então o ponto mais importante deste trabalho. Defende-se aqui a exploração econômica ligada ao Princípio Constitucional da Livre Concorrência.

Se interpretado isoladamente, nos remete a um cenário empresarial extremamente competitivo e dinâmico. É justamente por essa competição e dinamismo que alguns concorrentes criam situações adversas que podem descentralizar o mercado, como cartéis e monopólios entre outros.

É nesse momento que a figura Estatal é convocada para garantir a eficácia da norma constitucional, que reprime abusos econômicos que eliminem a livre concorrência no mercado.

A defesa desse princípio não implica em uma concorrência sem limites ou um mercado sem padrão, o que se analisa é o seu caráter amplo, como texto legal constitucional. Ora, se liberdade de concorrer fosse algo nocivo jamais estaria em uma constituição.

O que causa estranheza é o excesso de normas infraconstitucionais que cruzam o caminho de um princípio que por si só permite uma interpretação lógica, porém, não única.

A lógica é que os envolvidos possam utilizar da concorrência para lucrar com suas atividades e com isso contribuir para o desenvolvimento econômico nacional. Ademais, é lenda pensarmos que no mundo globalizado não exista situações em que o poderio econômico não prevaleça. Em certos casos é saudável e perfeitamente legal, noutros, prejudiciais e abusivos. Mas isso quer dizer que existe e a todo o momento estamos diante da competitividade, seja na mídia digital, seja na TV, nas redes sociais enfim, a livre concorrência é mais que contribuir para o crescimento econômico, é permitir ao consumidor optar entre diversos produtos existentes no mercado, garantindo-lhes o melhor preço e condições, e limitar esse princípio demonstra o excesso de protecionismo Estatal que geram a acomodação de várias empresas no país, e por isso limitam a criação de novas tecnologias e investimentos e consequentemente deixam contribuir com o econômico nacional.

## 2.5. O PAPEL DO ESTADO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA COMO GARANTIDOR DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O papel dos órgãos reguladores é de extrema importância para garantir o funcionamento do mercado e garantir a eficácia dos princípios constitucionais de defesa econômica. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Secretaria de Direito Econômico – SDE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE - exercem conjuntamente esse papel. No entanto, o objetivo deste trabalho não é esgotar o conhecimento desses órgãos, e sim apenas demonstrar suas estruturas e formas de atuação.

Notadamente, a matéria econômica no Brasil atingiu o âmbito Constitucional, adotando o princípio de Livre Concorrência como princípio basilar para o funcionamento do mercado econômico.

Estabelece no Art. 174 caput, que o Estado exercerá a função de agente normativo e regulador da atividade econômica nacional. Dessa forma, objetivando cumprir essa função foi promulgada a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, que logo em seu Art. 1º observou: “Esta Lei 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”.

Essa Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Além do CADE, dois outros órgãos de proteção econômica foram criados: Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda. Para este trabalho, basta entendermos a atuação e as estruturas do CADE.

O CADE, a SDE e a SEAE compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que em sintonia buscam combater o abuso do poder econômico e as práticas anticoncorrenciais no mercado brasileiro.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - atua de forma preventiva e repressiva.

Como ensina Petter, preventiva, pois, “à análise dos atos de concentração, ou seja, às análises das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Isto estava previsto no art. 54, da Lei 8884/94”.

Com o advento da nova Lei 12.529/11, a atuação preventiva do CADE somente será nos termos do Art. 88, inciso I e II. Dessa forma, serão analisados aqueles atos que uma das empresas tenha faturamento bruto anual ou volume total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e a outra o equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Desse modo, a função preventiva do CADE é analisar possíveis abusos econômicos por parte de grandes blocos empresariais (fusões, aquisições ou quaisquer atos de concentração) evitando, portanto, impactos na livre concorrência.

A função repressiva do CADE diz respeito às condutas restritivas da livre concorrência. Ou seja, consiste em investigar as condutas nocivas a livre concorrência, como a formação de cartéis, monopólios ou qualquer prática desleal no mercado.

Importante destacar que o CADE é considerado a última instância administrativa sobre a matéria concorrencial no Brasil.

A Secretária de Direito Econômico – SDE – atua como órgão auxiliador do CADE, identificando as infrações econômicas e preparando o Conselho para o julgamento administrativo.

A Secretária de Acompanhamento Econômico – SEAE - atua, exclusivamente, na modalidade consultiva. Sua atuação está limitada aos acompanhamentos no julgamento observando as políticas públicas econômicas em face às infrações e as formas repressivas.

De todos os órgãos de defesa econômica no Brasil, o CADE possui sua relevância justamente em razão da sua divisão de atuação. Se analisarmos de forma abstrata, sua forma preventiva é núcleo fundamental para a economia. No entanto, diretamente, as condutas empresariais, isto é, do particular, fica delimitada as normas do Conselho, o que é prejudicial. Vejamos um dado muito importante: num ranking de competitividade empresarial com 53 países (comércio exterior; comércio interno), o Brasil ocupa a antepenúltima posição, atrás apenas da Argentina e da África do Sul (Revista Exame; junho/2014; pag. 121).

Contrariando os protecionistas, o último dado demonstra como a limitação econômica no Brasil é gritante. Como exemplo, o comércio exterior: sua participação no PIB nacional, se comparado a EUA, China, México e Alemanha é ínfima, beira 21% contra os 76% alemão (Revista Exame; junho/2014; pag. 127).

O excesso de normas que regulam indiretamente as condutas são grotescas. O protecionismo beneficia uns à custa de outros, porque resulta em preços mais altos (EDMAR BACHA, exame, pag 127).

A livre concorrência por si só regula as condutas e determina o rumo a ser tomado. Como defendido pelos teóricos da Escola de Chicago, a concorrência é o maior estímulo para a busca da eficiência, e como bem complementa Renato Baumann, “o protecionismo permite a sobrevivência de negócios menos eficientes com produtos piores e mais caros”(Revista Exame; junho/2014; pag. 127).

## 2.6. INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA

O Estado exerce sua função constitucional de órgão fiscalizador e regulador das atividades econômicas de duas formas: *direta e indireta*.

Direta, por meio de empresa pública ou de sociedade de economia mista – atividade empresarial.

Indireta, estimulando ou apoiando a atividade econômica empreendida pelos particulares. Aqui atuará como regulador dessas atividades.

A intervenção direta dá-se por absorção ou por participação (GRAU, 2008, p. 147), sendo que em ambas atua no domínio econômico como agente econômico. No caso de intervenção direta por absorção, o Estado atua em regime de monopólio. Já no caso de intervenção direta por participação, ele atua em regime de competição. Nesses casos, a atuação estatal desenvolve-se por meio de empresas estatais e encontra limites no princípio da subsidiariedade, estatuído pelo art. 173, da Constituição Federal (NAZAR, 2014, p. 95):

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.

A intervenção Estatal no domínio econômico de forma indireta pode dar-se por direção e por inclusão (GRAU, 2008, p. 147). Aqui, o Estado desenvolverá atividade regulatória, determinando mecanismos e normas de comportamento compulsório dos agentes econômicos privados (intervenção por direção), ou manipulando os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (intervenção por indução) (GRAU, 2008, p. 147) (NAZAR, 2014, p. 95).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como percebemos, os interesses da livre concorrência podem se resumir em melhorias para o mercado de consumo e concorrencial. Os preços, quando não fixados por agências ou órgãos reguladores, são mais expressivos pela competição de mercado, o que reflete diretamente no consumo social.

Como exemplo, as taxas e juros impostas pelas Instituições bancárias indiretamente são incentivadas pelo próprio governo, que ao mesmo tempo estabelecem limites legais, impõe altíssimos índices tributários a essas instituições que de alguma forma terão que arrecadar capital para se manterem no mercado e adimplir as obrigações tributárias.

E dessa forma, o Estado brasileiro, utilizando-se da prerrogativa do interesse público, acaba por intervir demais nas relações econômicas.

Através de uma análise dos princípios gerais estabelecidos pelo Art. 170, não se pode dimensionar os limites de intervenção do Estado. Porém, uma interpretação do Art. 174, remete-me a uma política conservadora e ainda intervencionista, pois, penso que ao classificar como planejador, o desenvolvimento mercantil estaria ligado tão somente às regras impostas pelo próprio Estado.

Esse modelo contraria a política neoliberal que entendia que o desenvolvimento do mercado se dava pelas próprias regras, observando apenas as Leis Naturais do Mercado, e ao Estado, caberia apenas garantir o desenvolvimento dessas normas fiscalizando eventuais atos anticoncorrenciais.

Isso quer dizer que políticas econômicas são fundamentais para o desenvolvimento do mercado. Contudo, essas políticas não devem interferir a estrutura socioeconômica dos concorrentes, limitar o desenvolvimento da política concorrencial é determinar menos competitividade na economia e mais concentração de preços e taxas em desfavor do interesse social, ou seja, o “comodismo” em que várias empresas que incluem-se nessa situação vivem por meio de subsídios e privilégios concedidos pelo próprio Estado, sejam

financiamentos ou empréstimos milionários que geram endividamento interno que refletem diretamente na economia.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho ensina que:

A rigor, a legislação Antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir infrações contra a ordem econômica, com vistas a garantir o livre funcionamento do mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e o aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral. \*

Cai por terra o pensamento extremista liberal. Deve haver políticas de concorrência incisivas e menos burocráticas e protetoras (conservadoras). O Estado brasileiro assim como o mercado, se adotar uma política econômica mais dinâmica poderá contribuir e muito para o desenvolvimento interno e externo, considerando que hoje o maior problema para atrair investimentos é a insegurança jurídica que nossa política demonstra. Aqui um processo de abertura de empresa (Sociedade Simples) pode levar meses e mesmo assim corre o risco de ser impedida dependendo do ramo. Por outro lado, o modelo americano é mais prático e ágil. A época fundamental para o potencial americano foi a antecedida e acompanhada do “Sherman Act” (Lei de Concorrência Americana), o que levou ao combate de grandes concentrações comerciais e desburocratizou a livre iniciativa.

Portanto, conclui-se que, mesmo na ausência do *Truste (motivo de concorrência desleal)*, o Estado brasileiro mantém sua posição intervencionista tendo como prerrogativa a proteção aos interesses sociais.

O excesso de leis, resoluções, instruções normativas, agências reguladoras e demais condições impostas seja pelo Estado ou União, implicam na limitação econômica pelo particular e principalmente pelo estrangeiro. Uma reforma mais que política, uma reforma social.

Finalmente, concluo observando que o princípio da Livre Concorrência, trata-se, portanto, de uma garantia fundamental para um sistema econômico e social democrático, e para que isso permaneça o Estado exerce a principal função da relação tridimensional: Estado – Interesse Privado – Interesse Social.

## REFERÊNCIAS

### A. LIVROS

ÁVILA, HUMBERTO. Teoria dos princípios. 12º Ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BONAVIDES, PAULO. Ciência política. 18º Ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

CAENEGEM, R.C. VAN. Uma introdução histórica ao direito privado. 2º Ed. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

COELHO, FÁBIO ULHOA. Manual de direito comercial. 23º Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

COELHO, FÁBIO ULHOA. Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial. 1º Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

DANTAS, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO. Direito processual constitucional. 4º Ed. São Paulo, Atlas, 2013.

FILHO, CALIXTO SALOMÃO. Direito Concorrencial: as condutas. 1º Ed., 2º tir., São Paul: Malheiros, 2007.

FILHO, CALIXTO SALOMÃO. Direito Concorrencial: as estruturas. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FILHO, CALIXTO SALOMÃO. Direito Concorrencial. 1º Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

FORGIONI, PAULA. Fundamentos do Antitruste. São Paulo, Ed. RT, 2010.

HARADA, KIYOSHI. Direito financeiro e tributário. 18º Ed. São Paulo, Atlas, 2009.

MARTINS, FRAN. Curso de direito comercial. 36º Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

NAZAR, NELSON. Direito econômico. 3º Ed. São Paulo, Edipro, 2014.

NUSDEO, FÁBIO. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2º Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais Editora, 2000.

## B. REVISTAS

REVISTA DE DIREITO DA CONCORRENCIA. nº 2 . Brasília: IOB/CADE, abril/junho de 2004.

REVISTA DE DIREITO DA CONCORRENCIA. nº 3 . Brasília: IOB/CADE, julho/setembro de 2004.

REVISTA EXAME, Editora Abril, Junho/2014.

## C. TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO E TESES

Trabalho de conclusão de curso de DANIELA MOTTA MONTE SERRAT, Universidade de São Paulo – USP, Ribeirão Preto, 2012.

Tese mestrado de RODRIGO AICHE CORDEIRO, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007.

## D. SITES

Filme Barão de Mauá – o imperador e o rei. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=P3WYECiqM0I>>. Acesso em 05/09/2014.

Estruturas do CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?da5bdd22ee2def4a1e>>. Acesso em 30/08/2014.