

O REGIME JURÍDICO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA BREVE ANÁLISE

THE FREE INITIATIVE AND FREE COMPETITION LEGAL REGIME IN THE 1988 CONSTITUTION: A BRIEF ANALYSIS

STHEFANI PINHEIRO DOS PASSOS PERES

Mestranda em Direito pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Bacharela em Economia pela Universidade Federal do Paraná. Bacharela em Direito pela Faculdade de Pinhais. Advogada.

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR

Doutora em Direito com estágio Pós-Doutoral em no IGC/U. Coimbra. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Tem experiência em: Responsabilidade Social da Empresa. Dignidade da Pessoa Humana. Cidadania. Ética. Interpretação e Aplicação da Constituição. Tutela de Direitos Difusos e Coletivos.

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o regime jurídico da livre iniciativa e livre concorrência no estado democrático de direito (Constituição de 1988), a partir das concepções legais acerca destes princípios e a forma com que o Estado, quais os instrumentos legais e administrativos têm sido usados para haja a manutenção e a não violação de tais princípios, formadores da ordem econômica constitucional. Encontramos os pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial na Constituição Federal, artigos 170 e 173. Os dos princípios mais relevantes atinentes a tal regime são a livre iniciativa e a livre concorrência, que são intimamente ligados, entendendo-se que para que haja a manutenção da livre iniciativa, deve-se haver uma igualdade competitiva entre os agentes do mercado. Assim, foi estabelecida pela Constituição maneiras de proteger tais princípios, como uma própria garantia da ordem econômica constitucional. Desta forma, a defesa da concorrência, com a atuação de órgãos como o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica é importante para que o mercado mantenha em andamento as flutuações de preço de mercado, não regulados e de forma a incentivar o constante aperfeiçoamento da produção de produtos e serviços, com inovações, gerando, desta forma, um incremento de eficiência em todo o mercado. De igual maneira, o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte e microempresas representa



um incentivo ao desenvolvimento e uma forma de se tentar igualar as condições de competição no mercado.

Palavras-chave: livre iniciativa, livre concorrência, ordem econômica constitucional

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the legal regime of free initiative and free competition in the democratic state of law (Constitution of 1988), from the legal conceptions about these principles and the way in which the State, what the legal and administrative instruments have been used for the maintenance and non-violation of such principles, which form the constitutional economic order. We find the constitutional presuppositions of the legal-commercial regime in the Federal Constitution, articles 170 and 173. Those of the most relevant principles pertaining to such regime are free initiative and free competition, which are closely linked, understanding that for there to be maintenance of free enterprise, there must be a competitive equality between market agents. Thus, ways were established by the Constitution to protect such principles, as a guarantee of the constitutional economic order. Thus, the defense of competition, with the participation of bodies such as CADE, the Administrative Council for Economic Defense, is important for the market to keep the market price fluctuations in progress, unregulated and in order to encourage the constant improvement of production. of products and services, with innovations, thus generating an increase in efficiency across the market. Likewise, the differential treatment for small and micro-sized companies represents an incentive for development and a way of trying to match the conditions of competition in the market.

Keywords: free enterprise, free competition, constitutional economic order

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o regime jurídico da livre iniciativa e livre concorrência a partir dos pressupostos constitucionais da Constituição de 1988, ou seja, a partir das concepções legais acerca destes princípios e a forma com que o Estado, quais os instrumentos legais e administrativos têm sido usados para haja a manutenção e a não violação de tais princípios, formadores da ordem econômica constitucional.

Importante ressaltar que a Constituição de 1988 se apresenta como uma marca da transição para da democracia e traz consigo, todo o contexto que isso representa, ou



seja, a preocupação do legislador em consolidar direitos fundamentais, inclusive no que se refere ao modelo econômico de produção escolhido, o capitalista.

Desta forma, encontramos o regime jurídico da livre iniciativa ou da livre concorrência fundamentado inicialmente na própria composição do sistema de produção capitalista, que, no Brasil, vem corroborado na constituição com a instituição de um modelo neoliberal. Assim, constitucionalmente, os pressupostos deste regime estão na iniciativa privada com o direito de exercício da livre iniciativa também com o dever de respeitar este direito.

Assim, considerando-se que tal pesquisa possui metodologia bibliográfica e documental, para atender os objetivos propostos neste artigo, optou-se por segmentar a análise somente quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, entendendo-se, outrossim, que os demais princípios são igualmente importantes na composição da ordem econômica constitucional.

Com o intuito da manutenção da ordem econômica e principalmente da garantia destes direitos fundamentais, os legisladores e a doutrina têm discutido o âmbito e as maneiras de garantir o bom funcionamento do mercado, bem como a aplicação de sanções para quem viola ou prejudica este bom funcionamento. Assim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), definido no artigo 4º da lei 12.529 de 2011, tem como função além do monitoramento em relação aos particulares, em contratações, fusões, aquisições, aplicar administrativamente sanções aos que agem com concorrência desleal.

A proteção econômica, visa, portanto, a coibição de infrações econômicas. Questões relacionadas à concorrência desleal também possuem discussão, principalmente em relação ao que dispõe a Lei da Propriedade Intelectual sobre o tema. Apesar disso, considera-se que o Direito Antitruste, em termos de defesa da concorrência está vinculado a direitos coletivos e assim, possui respaldo na atuação do CADE, enquanto os atos de concorrência desleal estão mais vinculados a direitos entre particulares e assim, são tutelados individualmente.

É importante ressaltar, também, que a fim de equalizar a competição mercantil, o legislador atribuiu matéria especial para os empresários que possuem microempresa,



empresa de pequeno porte e também o chamado microempreendedor individual (MEI). Tal tutela especial permite-se entender que é uma forma de instrumentalização, também da proteção dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

A primeira seção deste artigo aborda, com fins de atender ao objetivo aqui proposto, os pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial. Em seguida aborda-se a proteção e a concorrência. A terceira seção analisa de que forma ocorre a proteção às pequenas empresas, neste contexto.

2 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO-COMERCIAL

A Constituição de 1988 possui um texto analítico, minucioso e detalhista. Representa um momento extremamente marcante na nossa história, encerrando uma etapa de autoritarismo e expressando relevantíssimos avanços, consagrando direitos humanos. (WOLKMER, 2019)

A promulgação da Constituição de 1988 foi baseada no perfil liberar e social, ou seja, direitos de liberdade e direitos sociais coexistindo. Para que fossem concretizados, os direitos de liberdade exigiram do Estado uma postura de não intervenção, algo diferente do autoritarismo militar antes vivenciado. (MACIEL; AGUIAR, 2019)

A ordem econômica estabelecida na CF/88, no art. 170 optou pelo modelo capitalista de produção ou economia de mercado, conforme art. 219, e que encontra em seu cerne a livre iniciativa. (MENDES; BRANCO, 2020)

O texto constitucional de 1988, portanto, consagrou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita a forte atuação do Estado de caráter normativo e regulador, permitindo que o Estado explore diretamente atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. (MEDES, 2020, p. 892)

Isso significa que a democracia que estava nascendo precisava que, no meio político, houvesse uma preocupação verdadeira com valores de liberdade e igualdade, que são fundamentais, com reflexo, portanto na organização da produção e do consumo.



Ou seja, que a Constituição adotasse um regime econômico com capacidade de abranger direitos fundamentais e igualdade de oportunidades entre os indivíduos. (FERREIRA FILHO, 2020)

Encontramos os pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial na Constituição Federal, artigos 170 e 173. O art. 170, em seu caput afirma: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social [...]”. Estabelece, também, como princípios dessa ordem econômica a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e, por fim, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

O parágrafo único deste artigo “[...] o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988)

A Constituição dispõe, também, sobre a exploração da atividade econômica, no que concerne à produção de bens e serviços. Esta função é atribuída principalmente à iniciativa privada, ficando o Estado com uma função suplementar. Os casos em que o Estado explora de forma direta a economia estão dispostos, em forma de exceção, no artigo 173 da Constituição, que seria nos casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. (COELHO, 2014).

Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. [...] é pressuposto jurídico do regime jurídico-comercial uma Constituição que adote os princípios do liberalismo, ou de uma vertente neoliberal, no regramento da ordem econômica. Sem um regime econômico de livre-iniciativa, de livre



competição, não há direito comercial. Ao nível da legislação ordinária, o direito complementa tais pressupostos constitucionais, procurando garantir a livre-iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal. (COELHO, 2014, p. 30)

Desta forma, é possível afirmar que o regime específico tutelado pela Constituição Federal e dado à exploração da atividade econômica pelos entes privados é fundamental, visto que nosso modo de produção é o capitalista.

O art. 174 coloca o Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, exercendo as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, o que indica elementos contraditórios, ou seja, de uma economia centralizada. Contudo, essas funções só são obrigatórias para o setor público, assumindo, para o setor privado um papel meramente indicativo, ou seja, com a sugestão de metas desejáveis. (FERREIRA FILHO, 2020)

Os princípios constitucionais relacionados ao regime jurídico comercial correspondem a decisões políticas do constituinte, subordinando, portanto, a atuação do Estado, bem como as interpretações das demais normas do ordenamento jurídico. Assim, todos os agentes da ordem econômica (iniciativa privada e o próprio Estado) estão sujeitos, intrinsecamente, à valorização do trabalho e à livre iniciativa. (BARROSO, 2001)

A liberdade de iniciativa ou livre-iniciativa consiste na permissão de a pessoa, livre de embaraços, poder se dedicar a qualquer atividade econômica por sua conta e risco, sujeita exclusivamente aos regramentos ou restrições gerais determinados pelo Estado. A livre iniciativa consagra o reconhecimento da individualidade e mais longinquamente, pode-se dizer que é corolário da própria democracia. Num sistema econômico a livre-iniciativa é compatível com um sistema de economia privada. É um princípio herdeiro daquele expresso na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude da lei”. (BATISTI, 2007, p. 96)

Ou seja, a livre iniciativa pode ser entendida em conjunto com o direito à liberdade, postulado no art. 5º da Constituição. Trata-se da liberdade de entrar e permanecer no mercado para exercer atividade econômica, pressupondo-se que deve haver uma igualdade de condições perante a iniciativa privada. (PEREIRA; CARNEIRO, 2015)



O princípio da livre-iniciativa encontra-se desdobrado em algumas outras previsões constitucionais. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII, e 170, II), embora ela deva observar sua função social, como se verá. Decorre também do núcleo da ideia de livre-iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Na verdade, embora a atividade empresarial seja a mais comum no âmbito da ordem econômica, o chamado terceiro setor está abarcado também na ideia geral de livre-iniciativa. [...] Em terceiro lugar situa-se a liberdade de lucro, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, por meio de “livre-concorrência”, locução abrigada no art. 170, IV. Do ponto de vista constitucional, não há, portanto, nada de reprovável na busca de lucro ou na efetiva produção dele – ao contrário – mas, também aqui, como no caso da propriedade, o eventual abuso do poder econômico – que distorça as condições de concorrência e gere, por exemplo, lucro abusivo – pode ser alvo de intervenção estatal regulatória. Por fim, é da essência do regime de livre-iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

(BARCELLOS, 2020, p. 469)

Contudo, deve-se destacar que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, devendo estar em harmonia com demais princípios, inclusive o da livre concorrência, uma vez que a eficiência da economia e mercado da ordem econômica capitalista necessita que se assegure igualdade, diversidade de agentes, de atividades, e coibição aos abusos de mercado. (PEREIRA; CARNEIRO, 2015)

O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. (BARROSO, 2001, p. 191)

De igual forma, discorre Ragazzo (2005) acerca do princípio da livre concorrência:

Assim, o princípio da livre concorrência fornece a base jurídica para impedir que os agentes econômicos possam desvirtuar as prerrogativas de liberdade de iniciativa, prejudicando a sociedade e os mercados. A manutenção e a preservação da liberdade e da igualdade dependem da atuação do Estado na economia limitando a livre iniciativa de agentes econômicos. E isso se dá, como dito, com fundamento no princípio da livre concorrência. (RAGAZZO, 2005, p. 88)



Moraes (2020, p. 892) assevera que a livre concorrência “ [...] constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros [...]”.

Assim, é primordial para assegurar o bom funcionamento do mercado, bem como para assegurar que o princípio constitucional da livre iniciativa seja efetivamente aplicável, que haja uma proteção da ordem econômica e da concorrência, por parte do Estado. Ou seja, como destaca Barroso (2001, p. 195): “A ele cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa-fé negocial.”.

3 PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA

Em virtude da corroboração constitucional ao regime econômico neoliberal, assim, na origem da Constituição, foram estabelecidas ferramentas para que se pudesse proteger a liberdade competitiva e de iniciativa. (COELHO, 2014)

Além dos pressupostos constitucionais acima descritos, a Constituição também prevê a repressão ao abuso do poder econômico, na forma do art. 173, §4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. (BRASIL, 1988)

No plano normativo infraconstitucional, assim, existem duas principais legislações que tratam a respeito do direito da concorrência: a Lei 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo, também, sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Destaca-se que tal lei, segundo seu art. 1º é “[...] orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.” (BRASIL, 2011); e, a Lei 9.379/1996, que estabelece, entre



outros, limites acerca da propriedade industrial, incluindo as práticas de concorrência desleal.

Assim, neste contexto, os ilícitos relacionados à concorrência podem ser divididos em infrações à ordem econômica e práticas de concorrência desleal. As infrações da ordem econômica estão sujeitas à avaliação do CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. (Art. 3º).

São infrações da ordem econômica as seguintes condutas, conforme disposto no art. 36, §3º da Lei 12.259/11:

[...] I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) 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; c) 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; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los,



distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - 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; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (BRASIL, 2011)

Tais infrações são consideradas mais graves, uma vez que ferem direitos difusos. As práticas de concorrência desleal, por sua vez, dizem respeito às relações privadas e por isso são relacionadas a direitos individuais daqueles empresários que foram prejudicados por uma prática comercial vedada. (SILVEIRA, 2021)

A distinção é relevante, pois marca a fronteira de competência do CADE em matéria de ilícitos concorrenciais. Do mesmo modo, depende-se que somente as infrações à ordem econômica estão sujeitas à responsabilidade administrativa. Em suma, os ilícitos concorrenciais podem estar sujeitos à responsabilidade civil, administrativa e/ou criminal, a depender da sua natureza. (SILVEIRA, 2021, p. 4)

Desta forma, somente caracterizam-se como infração contra a ordem econômica, os atos elencados no art. 36, § 3º da Lei 12.259/11, se baseada em atitude que vise a limitar ou prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, a dominação de parcela de mercado relevante ou aumento arbitrário de lucros. Dependendo da hipótese, uma mesma ação pode-se configurar lícita ou ilícita. Desta forma, é possível afirmar que somente são consideradas infrações as atitudes descritas no art. 36, § 3º, da lei 12.529 que ferirem os seguintes pressupostos: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante”. (BRASIL, 2011) Contudo, é mister destacar que:

[...] qualquer prática empresarial, ainda que não mencionada pelo legislador no § 3º do art. 36, configurará infração contra a ordem econômica se os seus objetivos ou efeitos forem os referidos no caput do mesmo dispositivo. Isso porque, na



verdade, a repressão a tais condutas está fundada no texto constitucional, em que se encontra totalmente delineada (CF, art. 173, § 4º). (COELHO, 2014, p. 31)

É importante ressaltar, ainda que para esta caracterização, não importa se o agente teve ou não culpa.

Como já afirmado, a repressão à infração de ordem econômica cabe ao CADE, que é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, definido no artigo 4º da lei 12.529 de 2011: O “Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”. (BRASIL, 2011)

O CADE, por ser autarquia federal é responsável no âmbito do Poder Executivo, pela prevenção e repressão aos abusos a livre concorrência, além de assumir caráter educacional ou pedagógico sobre essa cultura de mercado, vez que, preventivamente atua, fazendo análise e decisões sobre incorporações, fusões econômicas empresariais dentre outras táticas de mercados que possam ser desenvolvidas por grandes empresas, repressivamente julga condutas nocivas à livre concorrência, além de atuar na instrução do público sobre as condutas que possam afetar a livre concorrência, no incentivo e estímulo a pesquisas acadêmicas na área, fomento de palestras, cursos, cartilhas dentre outros. (PEREIRA; CARNEIRO, 2015, p. 41)

O CADE é composto por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável por julgar as infrações, A investigação anterior é feita pela Superintendência Geral. Aqueles que foram condenados estão passível de aplicação das sanções administrativas contidas nos artigos 37 a 45, que basicamente são: multa, publicação pela imprensa do extrato da decisão condenatória, proibição de contratar com o Poder Público ou com instituições financeiras oficiais, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação de licenciamento obrigatório de Patente titularizada pelo infrator, de negativa de parcelamento de tributos ou cancelamento de benefício fiscal, bem como a determinação de atos societários como cisão ou transferência de controle compulsórios.



A finalidade do processo administrativo, conforme dispõe o art. 1º da Lei no 12.529/2011, é de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, de acordo com os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, especialmente a liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa da concorrência e repressão ao abuso do poder econômico. (MATIAS-PEREIRA, 2014, p. 83)

As decisões administrativas possuem caráter de título executivo extrajudicial. O CADE também atua nas linhas de prevenção, validando contratações entre particulares.

Um dos pontos mais importantes no que diz respeito a condutas que causam danos à concorrência está em diferenciar as condutas como atos de concorrência desleal ou infração à ordem econômica. Ambos encontram amparo no art. 170 da Constituição, no princípio da livre concorrência. (FRAZÃO, 2017)

Retomando-se o conceito anteriormente pincelado, a proteção contra a concorrência desleal está, basicamente, na Lei da Propriedade Industrial. Há também, um tratado internacional, do qual o Brasil é signatário, a Convenção da União de Paris (Decreto nº 635/1992), que trata da matéria. Tais normas têm como objetivo a proteção de interesses particulares de empresários eventualmente prejudicados por condutas anticompetitivas. Assim, diferentemente das infrações contra a ordem econômica, que possuem natureza coletiva, os atos de concorrência desleal estão ligados aos institutos da responsabilidade civil, e a respectiva reparação do dano deve ser buscada junto ao judiciário. Assim, em suma:

Dentre os atos de concorrência desleal podem ser citadas falsas alegações de caráter denegatório, alegações suscetíveis de induzir o público a erro, abuso de confiança, indução à infração e à obtenção de informação confidencial por terceiros dolosa ou culposamente etc. Já os interesses tutelados pelo Direito Antitruste são mais abrangentes, visto que as normas que condenam as infrações econômicas têm por finalidade preservar o livre funcionamento do mercado, assegurando o interesse difuso à livre concorrência e, só indiretamente, protegendo os concorrentes. Em vez do caráter particularista da concorrência desleal, o Direito Antitruste assume um caráter público, que busca preservar, de forma imediata, a higidez do mercado, além dos princípios da ordem econômica constitucional previstos no art. 170, como visto no primeiro capítulo desta obra. O Direito Antitruste, em regra, não visa a corrigir quaisquer comportamentos não éticos ou enganosos; seu propósito mais imediato é promover a concorrência, estimulando estruturas de mercado competitivas e intervindo seletivamente quando as condutas empresariais impõem, de fato, uma ameaça à livre concorrência. (FRAZÃO, 2017, p. 431)



Para Requião (2015), a concorrência desleal pode ser entendida como “[...] a concorrência feita com processos desonestos, violando os preceitos da boa fé e da lealdade que devem ser inerentes ao comércio, era sempre dirigida, direta ou indiretamente, para a conquista da clientela alheia”.

O enfrentamento à concorrência desleal pode ser feito também no âmbito do direito penal, na forma artigo 195 da lei de propriedade industrial (9.279/96):

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. (BRASIL, 1996)

No âmbito civil, pode ter fundamento contratual, com a obrigação de indenização por parte do concorrente desleal ao que foi prejudicado em detrimento do



descumprimento de contrato. O Código civil, artigo 1.147 determina que: “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”. Também pode ter fundamento extracontratual. Aqui se encontra um problema: a teoria clássica da responsabilidade civil não atribui resposta totalmente adequada para a aplicação do artigo 209 da LPI. A concorrência regular e também a desleal tem os elementos que caracterizam obrigação de indenizar. Contudo, somente a desleal está apta a gerar responsabilidade civil e esta distinção é difícil de fazer e bastante imprecisa. (COELHO, 2014)

4 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRESAS

A Constituição Federal, no artigo 170, inciso IX, estabelece como princípio da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. (BRASIL, 1988). O art. 179, por sua vez, estabelece que:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 1988)

O tratamento constitucional diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte aparenta, em um primeiro momento, ser uma restrição ao princípio da livre concorrência. Contudo, a norma tem como objetivo, justamente igualar a capacidade competitiva dos agentes no mercado, uma vez que tais empresas necessitam de proteção para que possuam melhores condições de concorrência frente às grandes empresas. É uma medida para incentivar o desenvolvimento e assegurar a manutenção da livre iniciativa e da livre concorrência. (TAVARES, 2013)



A aparente contradição com o princípio da livre concorrência fica, portanto, desfeita. [...] Tem-se, assim, uma livre-iniciativa e uma livre concorrência socialmente engajadas, na medida em que procuram preservar o direito e a liberdade das empresas menores, favorecendo e cultivando o empreendedorismo individual no país. (TAVARES, 2013,p. 56)

A conceituação de microempresas e empresas de pequeno porte é feita através do tamanho da receita. Neste sentido,

Enquanto no art. 170 fala-se de “tratamento favorecido”, no art. 179 fala-se de “tratamento jurídico diferenciado”, no sentido de “favorecido” (o que fica claro pelas referências posteriores constantes do mesmo art. 179). E já que a renda das empresas é o fator determinante para auferir as benesses, seria incongruente admitir esse tratamento para as empresas de pequeno porte (únicas referidas no art. 170), mas recusá-lo para as microempresas, que do ponto de vista do critério constitucional seriam as primeiras a necessitar do referido tratamento favorecido. (TAVARES, 2013, p. 58)

A Lei Complementar nº 123, de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte) estabelece, em seu art. 3º as seguintes definições:

Art. 3o Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário [...]: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). § 1o Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. [...] (BRASIL, 2006)

Os empresários individuais, as EIRELIS ou as sociedades empresárias ou simples que atenderem aos limites legais deverão acrescer ao seu nome empresarial as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou as abreviaturas ME ou EPP, conforme o caso. (COELHO, 2015)

A referida lei estabeleceu o “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”,



mais conhecido como Simples Nacional. É um sistema simplificado de recolhimento de tributos, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte. Aqueles que optarem pelo Simples Nacional podem pagar diferentes tributos através de um único recolhimento mensal, que é calculado de forma proporcional ao seu faturamento. Os optantes devem manter “[...] escrituração mercantil simplificada, emitir nota fiscal e conservar em boa guarda os documentos relativos à sua atividade. A escrituração contábil simplificada consiste na escrituração de um livro específico, chamado Livro-Caixa (Estatuto, art. 26, § 2º)”. (COELHO, 2015)

A possibilidade de ser microempreendedor individual foi criada por uma modificação no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em 2008. O microempreendedor individual é o empresário individual que tenha auferido receita bruta anual de até R\$ 60.000,00. Isto gerou benefícios com a ampla simplificação dos procedimentos de inscrição no Registro do Comércio e cadastros fiscais e dispensa de escrituração. Este empresário também pode aderir ao Simples Nacional.

A partir disso, é possível inferir que a Constituição pretende, por meio do tratamento privilegiado, promover o desenvolvimento nacional, através das empresas nacionais que possuem porte menor e por isso mesmo possuem mais dificuldades para alcançar suas metas. Assim, o princípio da livre concorrência ganha conexão com o princípio do desenvolvimento nacional, disposto no art. 3º, inciso II, da Carta Magna. O regime simplificado dá a estes segmentos de empresas a possibilidade de maior desenvolvimento, gerando consequências positivas como empregos e riqueza. (TAVARES, 2013)

Assim, o constituinte deseja o fortalecimento das empresas brasileiras de pequeno porte, admitindo, então, tratamento favorecido por parte do Estado. Além disso, a Constituição harmoniza os objetivos da ordem econômica – redução das desigualdades, pleno emprego e existência digna para todos – com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do art. 3º da Carta. Também ali se pode ler, nos incs. III e IV, que erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são objetivos fundamentais do Estado brasileiro como um todo. (BARCELLOS, 2020, p. 475)



Assim, a proteção às empresas de pequeno porte e microempresas possui íntimo vínculo com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Com isso, a Constituição garante a manutenção de tais princípios, uma vez que permite que empresas de menor estrutura atuem em mercados que já tenham grandes empresas e na medida em que crescem, tornam-se independentes de tal proteção. (TAVARES, 2013)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar o regime jurídico da livre iniciativa e livre concorrência no estado democrático de direito, a partir das concepções legais acerca destes princípios e a forma com que o Estado, quais os instrumentos legais e administrativos têm sido usados para haja a manutenção e a não violação de tais princípios, formadores da ordem econômica constitucional.

Neste sentido, houve a análise dos pressupostos constitucionais acerca dos pressupostos constitucionais do regime jurídico comercial. É possível afirmar que tal regime está baseado em dois princípios basilares, quais sejam: a livre iniciativa e a livre concorrência.

Assim, entende-se que a tutela jurídica das questões que envolvem a concorrência e a livre iniciativa é importante para a manutenção de uma ordem econômica justa. Assim, o direito comercial ou empresarial tem bastante importância ao postular a discussão destas questões.

A constituição nos traz a ideia de neoliberalismo, isto está intrinsecamente ligado à noção da iniciativa privada bem como o respeito ao direito de livre iniciativa e da existência de um mercado saudável, onde as infrações econômicas e a concorrência desleal sejam devidamente coibidas. É questão para discussão tanto em âmbito legislativo quanto da doutrina, jurisprudência e também do direito administrativo.

A defesa da concorrência, com a atuação de órgãos como o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica é importante para que o mercado mantenha em andamento as flutuações de preço de mercado, não regulados e de forma a incentivar o



constante aperfeiçoamento da produção de produtos e serviços, com inovações, gerando, desta forma, um incremento de eficiência em todo o mercado.

A dominação de mercado com a existência de monopólios e oligopólios prejudica a flutuação de preços, a constante melhora gerada pela concorrência com o surgimento de inovações, diminuindo a eficiência de mercado. A concorrência desleal retira do mercado pequenos empresários e é responsável por criar barreiras de entrada, tornando os mercados fechados e assim infringindo o princípio da livre iniciativa. Por exemplo, um autor que discorreu sobre a relação de eficiência e inovação foi o economista austríaco Joseph Schumpeter, que abordou o desenvolvimento econômico a partir da perspectiva da criação de novas tecnologias, através da mudança das dinâmicas de mercado e concorrência. Daí a necessidade de proteção do pequeno empresário, e do microempreendedor individual, através de criação de legislação específica e da oportunidade de simplificação em relação a pagamentos de impostos, por exemplo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>. Acesso em 10 mar. 2021

BATISTI, Nelia Edna Miranda. **Evolução da ordem econômica no contexto político-econômico das constituições brasileiras**. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp044787.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2021

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**: Brasília, DJ, 14 mai. 1996.

_____. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**: Brasília, DJ, 14 dez. 2006.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DJ, 30 nov. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de defesa da concorrência**: política, sistema e legislação antitruste brasileira. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Andresa Semeghini; CARNEIRO, Adenele Garcia. A importância dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa para manutenção da ordem econômica no Brasil. **Interfaces Científicas**. Aracaju. v.4. n.1, p. 33-44, Out. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/2080/1424>>. Acesso em 10 mar. 2021



RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110/3538>>. Acesso em 10 mar. 2021.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1: 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo : MÉTODO, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

