



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA FRENTE À POLÍTICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF FREE COMPETITION AGAINST SUSTAINABLE DEVELOPMENT POLICY

Recebido em:	22/02/2019
Aprovado em:	15/04/2019

Marisa Rossignoli ¹

Francielle Calegari de Souza ²

RESUMO

A livre concorrência e o desenvolvimento econômico, com a defesa do meio ambiente, são aspectos de uma mesma proposta consolidada no texto Constitucional brasileiro. O presente artigo tem por objetivo central apresentar discussão acerca da atuação dos agentes econômicos nos mercados, adjudicando ênfase nos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, e sua relevância para o desenvolvimento nacional. Nesse contexto, as políticas de governança, como o *compliance*, despontam no mundo

¹ Doutora em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP ; Mestre em Economia Política pela PUC SP; Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR; Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia - CORECON - SP para o Município de Marília - SP. E-mail: mrossignoli@unimar.br

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR; Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - Cesumar; Professora da Universidade Positivo - Faculdade Londrina e Centro Universitário Filandévia - Unifil; Professora dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina - UEL e Universidade Positivo - Faculdade Londrina. E-mail: fran.calegari@hotmail.com



globalizado como uma das novas faces do controle de uma conduta ética, responsável e com vistas à promoção de um desenvolvimento econômico sustentável. Sob a influência de um novo estilo de concorrência pautado em premissas de liberdade e igualdade advindas do texto constitucional. Para tal análise, dedicou-se à pesquisa descritiva do tema, por meio de contrapontos entre teóricos da área, a evolução da concepção de Estado e de intervenção na economia, discutindo o alinhamento dos aspectos de um ambiente concorrencial saudável e a integridade da economia de mercado, de modo a favorecer um olhar holístico sobre a temática apresentada. A elaboração do artigo utilizou-se do método lógico-dedutivo, baseando-se em pesquisa bibliográfica e análise legislativa, fundamentada nos problemas destacados e nos seus desdobramentos. Como conclusão apresenta parâmetros de atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador da ordem econômica, em consonância com os princípios constitucionais e estruturais da economia nacional, sob a baliza da concorrência.

Palavras-chave: direito econômico; desenvolvimento; concorrência; *compliance*.

ABSTRACT

The aim of this paper is to propose an initial discussion about the performance of economic agents in the markets, assigning an emphasis on the constitutional principles of free initiative and free competition, and their relevance for national development. In this context, governance policies, such as compliance, emerge in the globalized world as one of the new faces of controlling ethical conduct, responsible and with a view to promoting sustainable economic development. Under the influence of a new style of competition based on assumptions of freedom and equality stemming from the constitutional text, he devoted himself to the descriptive research of the theme. By means of counterpoints among some theorists of the area, the evolution of the conception of state and of intervention in the economy, in favor of the alignment of the aspects of a healthy competitive environment, will



promote the integrity of the market economy, in order to favor a holistic view on the subject presented. The elaboration of the article was based on the logical-deductive method, based on bibliographical research and legislative analysis, based on the outstanding problems and their unfolding.

Keywords: Economic Law. Development. Competition. *Compliance*.

INTRODUÇÃO

A atuação do Estado perante a economia é tema frequentemente debatido. Dentre as várias questões objeto de debate, merece destaque, a política econômica de defesa da concorrência.

O estudo do direito econômico pauta-se na necessidade social de regular as condutas dos agentes econômicos no mercado, com aplicação de seus princípios fundamentais no resguardo de uma efetiva justiça social. De igual forma, o direito da concorrência enquanto faceta deste direito, se mostra como mecanismo de repressão ao abuso do poder econômico e dominação dos mercados.

Falar em concorrência exige refletir acerca de seus diversos significados. Em linhas gerais, traduz a ideia de competição, de disputa. No cenário econômico, a concorrência se revela imprescindível ao equilíbrio entre a oferta e a procura.

A atuação do mercado, tutelado pelas regras do direito econômico, impõe uma fronteira ao abuso do poder dos agentes econômicos, que só se torna possível por meio do controle exercido pelo Estado, mediante ação de seus agentes (seja pela legislação da concorrência ou pela atividade de seus órgãos de fiscalização).

Nesta perspectiva, o presente artigo busca investigar a validação do programa de governança corporativa - *compliance* - frente às disposições da Constituição Federal no tocante à ordem econômica e o princípio da livre concorrência.



Para desenvolvimento deste trabalho foi utilizada pesquisa qualitativa, doutrina e legislação nacional, além de artigos científicos sobre o tema em questão. A pesquisa dividiu-se em três momentos. De início, a compreensão da concorrência e do desenvolvimento econômico. Em um segundo momento, a perspectiva os benefícios da concorrência para maximização do bem estar social. Por fim, foi analisado o estudo das técnicas de *compliance* para a percepção do fenômeno jurídico “concorrência” enquanto modificador e garantidor de um elemento ativo de realização do bem comum, traçando as diretrizes para o desenvolvimento sustentável da nação.

1 BREVE RETROSPECTIVA ACERCA DAS DIFERENTES CONFIGURAÇÕES DE ESTADO NA PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO

Pautando-se no estudo da concorrência enquanto disputa entre competidores, possível compreender seu atual papel no modelo adotado pelo constitucionalismo brasileiro. Antes, porém, necessário compreender o instituto da concorrência na perspectiva neoliberal, vez que um Estado intervencionista não permite a autorregulação do mercado.

O modelo liberal adotado no século XVIII propunha um Estado de interferência mínima, atuando na salvaguarda das garantias individuais. Via no Estado o dever de ação negativa, ou seja, de abstenção de atuar nos campos sociais e econômicos, pautado na desestatização da economia e na autonomia da ordem privada (RAGAZZO, 2006, p. 87).

O liberalismo é resultante da revolução francesa de 1778 em que ocorreu a destruição da Monarquia absolutista do antigo regime. Surge como reação à imagem de concentração de poder do rei, que detinha o controle absoluto sobre todas as esferas administrativas e econômicas do país. Tal concepção surge, portanto, como defesa dessa classe contra as ingerências das classes de maior dominância política. Assim, decompunha-



se o direito total do rei em prol da salvaguarda da liberdade e direitos dos cidadãos (BAGNOLI, 2017, p. 24).

Neste cenário, a estrutura dos mercados de bens e serviços era bastante reduzida, “inexistindo, por parte dos agentes econômicos, qualquer poder de influenciar preços ou condições de venda”. Os mercados eram competitivos, e não havia, portanto, “razão para que o Estado intervisse para preservar um ambiente concorrencial saudável”, servindo ao monopólio capitalista (RAGAZZO, 2006, p. 87).

Todavia, a concepção liberal conseguiu apenas sedimentar a igualdade formal entre os indivíduos, sendo ineficaz na consolidação efetiva dos direitos reconhecidos na declaração oriunda da revolução francesa. Em realidade, o que de fato ocorreu foi a substituição das classes dominantes, havendo ascensão da burguesia capitalista ao posto que outrora era ocupado pela realeza e nobreza.

No entendimento de Paulo Bonavides (2007, p. 68), a burguesia, ainda que sob a bandeira de representantes do povo, ocultava interesses das classes dominantes, e necessitava de um Estado destituído de poder de ingerência nas atividades de livre iniciativa, o que tornou, de fato, um Estado que se guiava pela premissa das liberdades individuais, e não pelas premissas democráticas.

Em que pese os significativos avanços nos direitos individuais, o liberalismo não se mostrou suficiente para satisfazer as necessidades humanas, pois, “tendo em vista o caráter excludente do sistema capitalista, agravado pelas consequências da livre-concorrência, a disputa desenfreada e a acumulação desigual do capital”, foi verificado agigantamento das desigualdades sociais (FERRER; ROSSIGNOLI, 2018, p. 32).

Surge, então, a figura do Estado Social, não se confundindo com a ideia de Estado Socialista, porquanto este procura a tutela absoluta dos meios de produção e não adere à ordem capitalista, enquanto o primeiro, ainda que tenha por característica forte a intervenção nas searas econômica, sociais, previdenciárias, entre outras, é apenas, como



aponta Bonavides, uma “transformação superestrutural” do Estado liberal (BONAVIDES, 2007, p. 184).

Sob a orientação teórica do inglês John Maynard Keynes o Estado passa a expressar-se como um ente protetor e assistencialista, centrado na ideia de um desenvolvimento econômico e melhoria das condições de vida da população no sentido amplo (FIORI, 1997).

Uma série de fatores favoreceram o Estado de Bem estar Social no período de 1940 a 1970, entre eles: a generalização da forma de produção fordista, a existência de consenso sobre a manutenção do pleno emprego, o consenso em torno das ideias keynesianas e a existência de grande crescimento econômico, são aspectos destacados no cenário econômico, além da concordância em torno das ideias do welfare state e o clima de solidariedade nacional existente no período pós Segunda Guerra Mundial (FIORI, 1997).

O crescimento sindical levou ao fortalecimento de algumas conquistas trabalhistas, como a redução da jornada de trabalho, descanso semanal e férias anuais remunerados.

Entre os pensamentos que apresentavam consenso no momento do Estado de Bem Estar Social tinha-se a busca pelo pleno emprego. Assim, contrariando os postulados da política econômica liberal, a participação do poder público se fortalece, nas primeiras décadas do século XX, pela teoria, onde prevê uma interferência direta do Estado na política econômica, tanto no mercado econômico quanto na esfera social.

Este modelo de Estado, portanto, nasce da pressão das massas. É produto da evidente contradição entre os princípios que nortearam a derrocada do Estado absolutista e instituíram o Estado liberal e a realidade material em que vivia a população. Sua gênese, portanto, tem como corolário a efetiva mitigação de desigualdades sociais.

Acentuam-se, assim, as críticas ao individualismo exacerbado do Estado liberal, promulgando-se as ideias de solidarismo e de um Estado ativo em todos os campos possíveis, assumindo não mais uma postura negativa, mas sim positiva em relação às ações destinadas às transformações da realidade social.



O Estado social apresentou-se de forma muito relevante entre aos anos 40 e 70 do século XX, sofrendo, a partir daí, críticas em relação ao endividamento público, desestimulação de competitividade, geração de inflação, crescimento negativo (portanto, existência de estagflação) entre outros fatores.

Assim, ganha espaço o programa neoliberal, a corrente que preconiza a volta dos valores liberais, na visão de seus defensores era necessário combater o Keynesianismo. A ideia, portanto, é de Estado mínimo, condicionado apenas às tarefas de normatização e administração de componentes básicos ao funcionamento social, deixando a esfera econômica aos ditames do mercado, guiando-se pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

No âmbito econômico, o papel do Estado seria, tão somente, o de garantir o funcionamento adequado do mercado, não tendo qualquer ingerência na sua dinâmica. Nesse contexto o mercado caracteriza-se como o “palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico” (BAGNOLI, 2017, p. 293).

O Estado passa a ser visto como “[...] extenso, pesado e oneroso, o responsável central [...] da própria crise econômica que avançou pelo mundo a partir de 1973/1975” (FIORI, 1997, p. 16).

No que se refere à ordem econômica neoliberal Bagnoli acentua que

Verifica-se que numa sociedade proclamada pelos ideais neoliberais, em que paradoxalmente defende-se a globalização e se proclama o triunfo do indivíduo, do Iluminismo sobre a sociedade, observa-se a invasão de normas mercantis e da concorrência liberal quase aos moldes smithianos, como pontos-chaves para a integração e reconhecimento da sociedade (BAGNOLI, 2017, p. 61).



Importante lembrar que, no Brasil, tal doutrina foi fortificada a partir dos anos 1990, época em que pode se ver a ideologia posta em prática com inúmeras privatizações de empresas outrora estatais (FERRER; ROSSIGNOLI, 2018, p. 38). Isto porque, o modelo neoliberal propõe a existência de Estado enxuto, minimizado, com inspiração no Estado Liberal de outrora.

O neoliberalismo é bem uma expressão da economia política da sociedade global. Forjou-se na luta contra o estatismo, o planejamento, o protecionismo, o socialismo, em defesa da economia de mercado, da liberdade econômica concebida como fundamento da liberdade política, condição de prosperidade coletiva e individual (IANNI, 1997, p. 139).

Perante todo o estudado, torna-se imperioso analisar como a evolução na configuração do modelo de Estado influenciou a sistemática da concorrência na promoção do desenvolvimento sustentável. Assim, no tópico a seguir apresenta-se a discussão sobre a regulação da livre concorrência.

2 BASES NORMATIVAS DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

As legislações em defesa da concorrência surgiram em face da premente preocupação com potenciais abusos de agentes econômicos do poder. Ou seja, com a preocupação do aumento no número de monopólios e oligopólios, ofensas à política de liberdade e igualdade nos mercados (RAGAZZO, 2006, p. 88).



Dessa forma, no resguardo das garantias constitucionais é que se proíbe a condutas de práticas prejudiciais a dominação dos mercados, exigindo uma postura do Estado frente à ordem econômica.

A livre iniciativa continuava sendo a regra. Contudo, nascia a partir das legislações a percepção de um acesso livre ao mercado com limites de atuação, inibindo as formas de competição consideradas ilícitas e que viessem a prejudicar a livre concorrência. Prospecta-se que, “o papel do princípio da livre concorrência como baliza da livre iniciativa” (RAGAZZO, 2006, p. 89)

A respeito da livre iniciativa, Petter destaca:

A noção de livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro conclama para partilhar a ideia de liberdade no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização e suas felicidades. Valoriza-se o ato voluntário, a ausência de coação, a autodeterminação (PETTER, 2005, p. 164).

Assim, ao conferir a todos a liberdade de exercer a atividade econômica (livre iniciativa), o Estado deve adotar como fundamento o princípio da livre concorrência, limitando a atuação deliberada e prejudicial de agentes econômicos.

No tocante à previsão da concorrência nos textos constitucionais, necessário lembra que a foi a Constituição alemã de Weimar de 1919, umas das primeiras a tratar de questões econômicas, antecedida pela Constituição Mexicana de 1917, a qual também merece destaque dado sua referência para os demais textos constitucionais de todo mundo (BAGNOLI, 2017, p. 43),

A Constituição de Weimar assim, se consubstanciou como o texto normativo que estabeleceu regras de atuação no mercado, em prol de se assegurar uma efetiva justiça



social. Sua ideologia influenciou os ideais democráticos da Constituição brasileira de 1988 (leia-se igualdade, liberdade), em especial, no espectro econômico.

No Brasil, as Constituições Federais de 1824 e de 1891 não dispunham acerca intervenção na questão econômica. Isso porque, “ambos os textos foram inspirados em pensamentos extremamente liberais, não legitimando um papel maior do Estado na economia”. Sob a influência das Constituições Mexicana e de Weimar é que a Constituição de 1934 introduziu algumas regras de organização econômica, atribuindo ao Estado “a função de mero garantidor da liberdade de mercado” (RAGAZZO, 2006, p. 89).

Como destaca o autor, a Constituição de 1937 preconizava a liberdade de iniciativa, “condicionando-a à presença de intervenção estatal para suprir deficiências da iniciativa individual e para coordenar os fatores de produção” (2006, p. 89).

A Constituição de 1937 atribui ao Estado além da coordenação da produção, a “inserção da competição com resultados positivos à nação”, dispondo sobre crime contra a economia popular (BAGNOLI, 2017, p. 122).

E é sob a égide deste texto constitucional que nasce o primeiro instrumento normativo destinado a coibir práticas atentatórias a concorrência: O CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica), pela Lei nº 4.137 de 1962. Enquanto órgão autônomo e com personalidade jurídica própria, tinha suas decisões questionadas no Poder Judiciário que, em reiteradas vezes, as revertia, “tornando a competência daquele órgão inócua, ao impedir a aplicação de multas e sanções aos agentes condenados” (RAGAZZO, 2006, p. 90).

Como destaca o autor, a finalidade do CADE era essencialmente a defesa da concorrência no país, no que efetivamente fracassou:

A exemplo das disposições normativas anteriores, esse diploma legal não teve grande aplicabilidade. Logo após a sua promulgação, o



Brasil entrou num longo período de ditadura militar, que inaugurou uma política de intervencionismo extremado, envolvendo controle de preços e substituição de importações (RAGAZZO, 2006, p. 90).

Durante o período militar citado acima, vigoraram no Brasil as Constituições de 1967 e 1969, que enfatizavam o fortalecimento do Estado. Assim, a política de intervenção culminou em um modelo de não competitividade, situação só veio mudar com o processo de redemocratização, em 1988 (FERREIRA, 2017, p. 100).

Por certo, “o modelo econômico escolhido pela Constituição de 1988 se baseava na atividade de agentes econômicos particulares e não estado, abandonando a posição intervencionista que se caracterizava o período de ditadura militar” (RAGAZZO, 2006, p. 91).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento do Estado a “ordem econômica”, amparada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Por ordem econômica, entenda-se o “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado” (GRAU, 2000, p. 53).

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece um conjunto de princípios constitucionais de como a ordem econômica nacional deve se pautar. Dentre tais princípios, encontra-se o da livre concorrência (inciso IV). O fundamento da escolha constitucional reside no fato de que “é por meio da ordem econômica que se assegura a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BAGNOLI, 2017, p. 111).

Importante verificar que o mesmo artigo apresenta a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca pelo pleno emprego, elementos que sem uma ação do Estado não serão garantidos apenas pelo mercado.



Assim, o artigo 170 apresenta este duplo caráter:

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

I - soberania Nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

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

VII - redução das desigualdades regionais e Sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

Também, o artigo 173 da Constituição assegura “reprimir o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 2013).

E neste propósito, a Constituição Federal reconheceu que, de fato, há a possibilidade de distorções no mercado causadas em função do poder econômico de determinados agentes. E, por conta disso, impôs a presença fiscalizadora do Estado no



resguardo da liberdade entre os agentes econômicos (RAGAZZO, 2006, p. 88). Como destaca o autor

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 dos agentes econômicos (RAGAZZO, 2006, p. 88).

Sob a influência de uma postura capitalista atrelada aos anseios de proteção social veiculado à época³, a Constituição procura limitar a intervenção do Estado no domínio econômico, “restringindo-lhe a exploração da atividade econômica unicamente quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo” (PETTER, 2005, p. 11).

Contudo, em que pese todo arcabouço constitucional é apenas na década de 90 que a legislação de proteção da concorrência é respeitada, fazendo a “interação entre a economia de livre mercado e o ordenamento jurídico pátrio” (FERREIRA, 2017, p. 102).

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, duas outras leis foram editadas: Leis nº 8.002/90 e nº 8.158/91, ambas em complementação à Lei nº 4.137/62. Todas elas foram rapidamente revogadas pela Lei nº 8.884/94, legislação de defesa da concorrência editada em consonância com os princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional (RAGAZZO, 2006, p. 92).

³ Neste sentido: Na mesma linha prosperam as Constituições formais capitalistas que se seguem a elas, seja na provisão da institucionalização de um “Estado Social”, seja na implantação do “capitalismo social”, noção que não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que a designa – só o processo de produção é social; o processo de acumulação capitalista é essencialmente individualista (GRAU, 2000, p. 27).



A relevante base concorrencial no Brasil foi edificada a partir da edição da Lei nº 8.884/94, com adoção de postura em relação aos atos de concentração de mercado, repressão de práticas anticoncorrenciais e defesa de uma nova cultura em prol da concorrência, além de dividir suas funções na vertente preventiva (controle de operações) e punitiva (sanções) (BAGNOLI, 2017, p. 320).

Nesse sentido, complementa Carlos Ragazzo (2006, p. 93) a importância do CADE como protagonista da história concorrencial no país, com a “transformação do CADE em autarquia federal vinculada, de modo indireto, ao Ministério da Justiça. Essa medida teve o propósito de conferir àquele órgão autonomia e independência no cumprimento de suas funções”.

Apesar os benefícios trazidos pela Lei nº 8.884/94, alguns problemas eram enfrentados, como a “restritividade dos debates relacionados ao tema, pois todos os casos ficavam restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos”, e não chegavam de forma satisfatória, à população (FERREIRA, 2017, p. 107).

Há de se ressaltar, assim que, em que pese à existência da ordem econômica, “ela só terá força cogente quando respaldada pela ordem jurídica, que lhe garantirá legalidade e efetivação” (BAGNOLI, 2017, p. 61).

Isto porque,

A autorregulação do mercado pela mão invisível da concorrência regida pela lei da oferta e da procura, como apresentou Adam Smith, representa o ideal da matéria concorrencial e de controle do poder econômico. Contudo, a história mostrou que a ordem econômica não se estabelece de forma ideal com o poder econômico se autocontrolando, ou seja, os agentes econômicos atuando num



mercado sem a fiscalização e disciplina do Estado (BAGNOLI, 2017, p. 29).

Visando melhorias neste cenário, depois de quase duas décadas foi editada a Lei 12.529/11, que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Orientada pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, defesa da propriedade e dos consumidores, a lei defesa a concorrência de mercado. “Defendendo-se a concorrência, defende-se a sociedade, a coletividade” (BAGNOLI, 2017, p. 328).

Importante se faz discutir o objetivo da regulação da atividade econômica.

Para compreender o papel da intervenção do Estado, mediante a regulação de condutas no ambiente econômico, “deve se considerar a racionalidade que rege este conjunto de relações”. Isto porque, ao intervir por meio de políticas de controle do abuso do poder econômico, se assegura não somente a liberdade de acesso (princípio da livre iniciativa), como também a liberdade de permanência, pautada pela competitividade, sem obstáculos criados por demais agentes econômicos (livre concorrência) (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 240).

O que se percebe pelo todo estudado, é que a ideia da presença do Estado, de viés fiscalizador, assegurará a liberdade de atuação dos agentes econômicos, “enquanto agente normativo e regulador da economia” (FERREIRA, 2017, p. 112).

Autores como Salomão Filho (2008) discutem sobre a amplitude do termo “regulação”, no caso deste autor entende que regulação é toda a regulação da atividade econômica pelo Estado. Aragão (2002), partilha da mesma visão ao destacar o controle sobre a atividade econômica.

Salomão Filho (2008) entende ainda que esta regulação pode se apresentar pelo exercício do poder de polícia ou pela concessão ao setor privado de prestação de serviços públicos. Tal regulação se faz mais extremamente necessária quando se verifica o



movimento de redução da participação do Estado na economia, conforme apresentado no item 1 deste artigo fenômeno que ocorreu no Brasil a partir dos anos 90 do século XX.

Assim, a regulação garante o ambiente de livre iniciativa e concorrência quando naturalmente o mesmo pode não haver no mercado.

Assim, toda a lógica do raciocínio e da aplicação do direito regulatório direciona-se para a correção e reprodução aperfeiçoada dos efeitos de mercado (...) na crença na possibilidade de reprodução das condições de mercado (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 29).

Entende-se que ao garantir as condições de um mercado concorrencial, que conforme apresentado, o mercado por si só não consegue fazer sempre, uma vez que as características de uma economia concorrencial nem sempre estão presentes no mercado garantindo a existência da mão invisível, haverá uma maximização do Bem Estar Social.

3 A CONCORRÊNCIA COMO MECANISMO DE MAXIMIZAÇÃO DO BEM ESTAR SOCIAL

No tópico anterior, a análise concluiu que pela importância do reconhecimento do direito econômico e da perspectiva da concorrência nos comandos normativos inscritos no texto constitucional. A partir de agora, o estudo volta-se a atenção para o estudo da concorrência e seus benefícios, na preservação da liberdade e igualdade nos mercados, em equilíbrio com a ordem econômica e ditames da justiça social.

Como ressalta Ragazzo (2006, p. 85), é consenso que “a economia de mercado com a garantia de livre concorrência é a melhor forma de maximizar o bem-estar social”. Assim, o



modelo concorrencial aumenta a eficiência e induz a uma maior capacidade de inovação, contribuindo para o desenvolvimento econômico.

Entretanto, por consequência da competição no modelo concorrencial, haverá vencedores e vencidos.

E os efeitos da concorrência se tornam desastrosos para os vencidos, que são obrigados a deixar o mercado, paralisando atividades, em virtude do sucesso de outros agentes econômicos. A concorrência pressupõe um ataque (por meios lícitos, é claro) de um competidor ao outro, seja pela introdução de estratégias de mercado mais eficientes ou mesmo pelo já habitual binômio melhores produtos por menores preços (RAGAZZO, 2006, p. 86).

Há de se analisar, como pondera Ragazzo (2006, p. 86), que o modelo de livre concorrência não se preocupa necessariamente em manter um grande número de agentes na disputa (em uma ideia de concorrência perfeita). Aqui, pressupõem-se “estruturas de mercado que são mais eficientes”, cujo objetivo é “preservar o processo de competição e não os seus competidores”.

O princípio da livre concorrência, nesse viés, não se limita à liberdade de competição. Consubstancia-se em mecanismos para que a tal liberdade seja assegurada (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 240).

Isto se dá em razão de que, a dinâmica concorrencial potencializa a eficiência econômica, como explica Carlos Ragazzo (2006, p. 85) “a concorrência aumenta a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados”, em prol do desenvolvimento da nação. Para melhor compreensão:



A eficiência alocativa “se realiza quando bens e/ou serviços são produzidos (em qualidade e quantidade) na medida em que os consumidores desejam, refletindo, na exata proporção, o preço que eles estão dispostos a pagar”. Por seu turno, a eficiência produtiva “diz respeito à capacidade de produzir e de distribuir a custos mais baixos”. Ao lado delas, a concorrência incentiva maior capacidade de inovação entre os competidores, proporcionando a melhoria na oferta de produtos e serviços (RAGAZZO, 2006, p. 85-86).

Assim, ao conferir a todos a liberdade de exercer a atividade econômica (livre iniciativa), o Estado deve adotar como fundamento o princípio da livre concorrência, limitando a atuação deliberada e prejudicial de agentes econômicos.

Não obstante, a ideia de liberdade não se aplica de forma absoluta, “pois parte-se do princípio que essa liberdade deve estar em consonância com a justiça social já quem consoante o artigo 170, da CF/88, a finalidade da Ordem Econômica é assegurar a todos uma vida digna” (SOUZA, 2013, p. 3).

Em uma economia de mercado, a concorrência é fundamental para melhoria na variedade e qualidade dos produtos, e influencia diretamente na redução dos preços ofertados (BAGNOLI, 2017, p. 27).

Como ressalta Carlos Ragazzo (2006, p. 86), “o processo de competição, no modelo concorrencial, é o que possibilita a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, contribuindo para a justiça social”. Contudo, ressalta o autor que:

As vantagens do modelo concorrencial demoram a ser percebidas pela sociedade, o que provoca uma certa descrença em relação à opção por uma economia de mercado. Mas o fato é que, salvo algumas exceções (em que o Estado deve intervir para evitar as distorções do mercado), os benefícios decorrentes de um modelo econômico baseado na livre iniciativa, com a garantia de livre



concorrência, superam (em muito) a situação de bem-estar provocada por um modelo que prima pela intervenção estatal (2006, p. 94).

Assim, “cabe ao Estado o dever de regular a economia quer determinando estruturas ou normas de comportamentos obrigatórios ou manuseando os instrumentos já existentes de acordo com o interesse coletivo” (SOUZA, 2013, p. 9). Destaca-se, portanto, a contribuição da concorrência na promoção do desenvolvimento sustentável da nação.

A livre concorrência maximiza o bem estar dos consumidores, contribuindo para o desenvolvimento sustentável da nação. É a partir desse contexto que a seguir serão verificados alguns aspectos mais específicos relacionados com a tríade *Concorrência - Desenvolvimento - Compliance*, de modo a promover uma discussão mais ampla com foco no objetivo de estudo deste trabalho.

3.1 *Compliance* Concorrencial

De início, há de se ressaltar que, a aplicação da Constituição precisa garantir que em países de modernidade tardia como o Brasil, ocorra o resgate das promessas da modernidade, na busca de desenvolvido econômico garantido pela Constituição Federal (STRECK, 2004, p. 17).

A partir do crescimento exponencial, nas últimas décadas, das discussões acerca da concretização das garantias constitucionais previstas na Carta Magna, o fundamento da intervenção econômica surge para harmonizar as prestações positivas do Estado com o desenvolvimento nacional.



Para disciplinar o processo social a garantia dos direitos humanos se torna crucial. Sendo assim, necessário se faz delimitar maneiras institucionalizadas para assegurar a promoção do desenvolvimento da pessoa humana.

Diante da crescente necessidade da redução de práticas anticoncorrenciais, a operacionalização das atividades dos agentes econômicos contribui de forma decisiva para o desenvolvimento nacional.

Neste cenário, a elaboração de um programa de prevenção de infrações de ordem de infrações à ordem econômica é de essencial importância para adoção de um comportamento em conformidade ético no ambiente de mercado interno, e até mesmo em extensões internacionais.

Ressalta BAGNOLI (2017, p. 204) que “a corrupção, geralmente, implica gastos a mais pelo Estado, que, ao pagar sobrepreços, acaba deixando de alocar recursos necessários e importantes para a sociedade, simplesmente para pagar pela corrupção; perde-se, portanto, toda a sociedade”. Se Bagnoli (2017) apresenta a discussão sobre o que a sociedade perde, Siqueira e Roselen (2017) caminham no mesmo sentido ao analisar que o governo responsável trás ganhos ao processo de desenvolvimento

O governo responsável está relacionado com a essência do poder público, pois visa assegurar o desenvolvimento sustentável, o respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o respeito aos direitos sociais, a democracia no Estado de Direito e o sistema de governo transparente e responsável (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p. 667-668).

Assim, o *compliance* desponta no mundo globalizado como uma das novas faces do controle da economia e das atividades voltadas à consecução de direitos fundamentais.



Nota-se, portanto, que o Estado vem assumindo uma posição mais sistêmica frente à problemática das garantias constitucionais e do desenvolvimento sustentável. É o chamado “*compliance* concorrencial” (BAGNOLI, 2017, p. 398; FERREIRA, 2017, p. 150).

Isto porque, a atuação do mercado em conformidade com a livre concorrência proporciona resultados mais eficientes, em especial pela perspectiva da eficiência alocativa e produtiva antes estudada. Desse modo, a adoção de íntegro comportamento dos agentes no ambiente de mercado tende a trazer ganhos econômicos ao consumidor e, portanto a necessária observância à legislação concorrencial (BAGNOLI, 2017, p. 399).

No Brasil, não se tem regras taxativas sobre o assunto. O *compliance* pode advir de determinação legal, ou ainda decorrer de iniciativa privada, para fins de criação de um sistema de catalisação do comportamento ético.

No âmbito da concorrência, a Lei nº 12.529/2011 “trouxe reflexos para as práticas de *compliance* concorrencial, sobretudo pelas mudanças no aspecto preventivo (atos de concentração) e pela atuação mais ativa da autoridade de concorrência em condutas anticoncorrenciais” (BAGNOLI, 2017, p. 399). Contudo, a lei concorrencial nada dispôs acerca do *compliance*.

O instrumento aplicado hoje é o Guia do CADE de Programas de *Compliance*. O Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico editou em janeiro de 2016, um programa com orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção do *compliance* concorrencial. O objetivo do guia é orientar para a “criação de um programa interno de empresas que seja efetivo em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais” (CADE, 2016).

Como ressalta Vicente Bagnoli (2017, p. 400) trata-se de “um guia, portanto não é vinculante ao CADE, trazendo recomendações, ou, ainda, sugestões, que podem ser acatadas ou não, de acordo com a realidade da empresa”.



É de se verificar, portanto, a mudança do paradigma punitivo do CADE, que passa a instruir o comportamento empresarial na adoção de melhores práticas de governança corporativa e *compliance*. Reforçando seu caráter prospectivo, o Guia cita aspectos positivos para as empresas, como a prevenção de riscos de violação de leis e suas consequências⁴ (FERREIRA, 2017, p. 191).

Partindo dessa premissa, é que a partir da Lei nº 12.846/2013⁵ (Lei de Anticorrupção Empresarial), estabeleceu-se uma visão ponderável na doutrina acerca do questionamento da inserção do estudo da ética na economia, com a adoção de medidas para promover um comportamento empresarial em conformidade com o direito (SEN, 1999, p. 94):

Destaca o valor dentro da teoria econômica, pondo em xeque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definição de um ótimo social apenas em função do aumento de riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica.

Imperioso considerar, que sua concepção se paute pelos conhecimentos fornecidos por outras áreas do Direito, como a Economia, e até mesmo por práticas de governanças corporativas, como as abordadas neste artigo.

É possível considerar que a manifestação legislativa configura um sistema de proteção da administração pública, em geral. Surge, assim, a necessidade de reavaliar as

⁴ Como, exemplificativamente, multas previstas no artigo 37 da Lei 12.529/2011, sendo elas: impedimento de contratar com instituições públicas, participar de licitações, cisão de sociedades, venda de ativos e cessação parcial de atividades.

⁵ “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”.



ações que visam combater a corrupção não apenas no plano estritamente normativo, mas também na adoção de uma postura anticorruptiva.

Espera-se, então, que, considerando em primazia a responsabilidade pública, ao interpretar o ordenamento jurídico brasileiro com foco na eficiência administrativa, o jurista consiga realizar análise contextualizada para examinar as atividades de pautadas em premissas originariamente da iniciativa privada. Neste contexto, a adoção de programas de governança, tal como demonstrado, se mostra, dentre outras finalidades, até mesmo como mecanismo de “eficiência social” (FERNÁNDEZ, 2012, p. 175).

Trazendo o tema à proposta deste artigo, tem-se que a atual postura legislativa autoriza a utilização de mecanismos adequados à estreita gestão da economia de mercado, que promova o desenvolvimento econômico de forma eficiente e sustentável, à luz do preceito consagrado no texto constitucional.

Os incentivos para a adoção de um programa de conduta que preserve a plena concorrência são muitos. A própria comunidade internacional pela OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - destaca:

O receio de multas pecuniárias aplicadas a indivíduos e empresas, o receio de prejuízos à imagem tanto dos indivíduos quanto da empresa, o receio de reclusão (prisão) no caso de condenação criminal pela prática de cartel, princípios morais/éticos, treinamento adequado, incentivos da empresa para que seus empregados respeitem a lei e punição para aqueles que não a respeitam, o desejo de evitar exposição desnecessária na empresa junto às autoridades de concorrência e a própria cultura da concorrência (BAGNOLI, 2017, p. 399).



O que se pretende incentivar é a ética no ambiente de mercado. O desafio é garantir que a legislação concorrencial seja efetivamente observada, evitando danos desnecessários e promovendo a “criação de modelos sustentáveis no ambiente de negócios” (FERREIRA, 2017, p. 206).

Neste sentido, aplicação da teoria de Douglas North (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 95), com a ideia de desenvolvimento econômico, por meio do tempo, visto que “os valores organizacionais se alteram apenas gradualmente, e não é a imposição de regras formais ou informais que alterará os modelos mentais das partes envolvidas”. E assim, o *compliance* passa a ser um “estado de espírito” das instituições, enquanto fomentador da política de desenvolvimento sustentável.

A temática apresentada, fundamentada, em linhas gerais, na investigação de um conceito de integridade que se amolde ao modelo de concorrência contemporâneo, mostra-se extremamente relevante na medida em que o dever de atuação economicamente sustentável é um objetivo, fundamento e uma razão de ser do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Assentadas as premissas teóricas do trabalho, é possível tecer algumas conclusões.

O Estado passou por diversas transformações ao longo de dois séculos: limitou-se o poder supremo do rei para subjuga-lo ao reinado das leis, elevaram-se os princípios das liberdades individuais ao ápice, relegando ao órgão público a atuação apenas para assegurar a ordem, passando em seguida a um modelo de Estado atuante, incentivador econômico, transformador social, para, enfim, à volta a uma filosofia liberal revisitada, sob a bandeira da neutralidade e atuação do Estado no ambiente econômico.

A análise histórica das diversas configurações de Estado é elemento crucial na compreensão do atual modelo de gestão brasileiro, sobretudo inspirado pelos princípios



constitucionais consubstanciados em 1988. As bases normativas advindos da Constituição Federal definiram o caminho para busca do desenvolvimento do país, em prol da dignidade da pessoa humana e sobreposta a qualquer forma de dominação.

Assim, apresentou-se o artigo 170 da Constituição Federal e seu duplo caráter, liberal no que se refere à livre concorrência, mas intervencionista com influência Keynesiana quando se discute a redução das desigualdades e o desenvolvimento econômico.

O direito, enquanto agente de transformação social alicerça-se no fundamento constitucional da promoção do desenvolvimento da nação, servindo o direito econômico ao fomento do crescimento da economia de mercado, com balizas para manutenção de um ambiente saudável de atuação dos agentes, papel exercido pela existência da livre concorrência.

O ponto destaque na pesquisa é a postura do Estado na adoção do princípio da livre concorrência, limitando a atuação deliberada e prejudicial de agentes econômicos. Por meio do diálogo entre alguns teóricos pré-selecionados, ficou evidenciado a importância das técnicas de governança corporativa (*compliance*), embrionariamente pertencentes ao direito empresarial e desta forma, sua contribuição para a percepção do fenômeno jurídico enquanto modificador e garantidor de um elemento ativo de realização do bem comum.

Mediante as considerações pontuadas no decorrer deste artigo, é possível afirmar que de maneira nenhuma o assunto foi esgotado. Por meio do diálogo entre alguns teóricos pré-selecionados, ficou evidenciado a importância que o texto constitucional promulgado em 1988 exerce em prol da coletividade, com adoção de políticas que assegurem em plenitude o ideário de justiça social e de valorização do bem comum.

REFERÊNCIAS



ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**, 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto original. Disponível em: <

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 2 fev. 2019.

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15.jan.2019.

BRASIL. **Lei 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art31>. Acesso em: 15.jan.2019.

CADE. **Guia Compliance 2016**. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 16.jan.2019.

FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. La responsabilidade social corporativa: uma reflexión. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, PUCPR, v.3, n.1, jan./jun. 2012, p. 169-202. Disponível em



<<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/14690/14192>>. Acesso em: 10.nov. 2018.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. A política corporativa de *compliance* como instrumento de combate aos ilícitos concorrenciais no Brasil. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. 251 p. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/179921>>. Acesso em: 15.jan.2019.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, pp. 27-50, Jan.-Abr. 2018, p. 28-50. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557>>. Acesso em: 02.dez.2018.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. In: *Revista de Saúde Coletiva*, v.7, n. 2. Rio de Janeiro, 1997. p. 129-147.

FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise Econômica do Direito Tributário: Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Neutralidade Fiscal. In **Revista Scientia Iuris**, vol. 14, Londrina, 2010, ISSN (eletrônico) 2178-8189 <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659>>. Acesso em: 13.jan. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica) 5 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

IANNI, Otávio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. In **Revista Scientia Iuris**, vol. 10, Londrina, 2006, ISSN (eletrônico) 2178-8189, Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110>>. Acesso em: 13.jan.2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. In **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509944>> Acesso em: 21.dez.2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSELEN, André Vinícius. Governança do estado e o direito (dever) à boa administração pública: a regra da observância aos preceitos constitucionais. In **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 665-678, Set.-Dez. 2017. Disponível em <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/208>>. Acesso em: 13.jan.2018.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. Disponível em <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitossociais-politicas-pub/article/download/5/pdf_2>. Acesso em: 15.fev.2018.