

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 27

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Jacques Labrunie (PUC-SP), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP) e Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 27 (julho/dezembro 2020)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO COMERCIAL – QUAL A RELAÇÃO?¹

COMPETITION AND COMMERCIAL LAW – WHAT CONNECT THEM?

*Uinie Caminha**
*Ricardo Noronha Inglez de Souza***

Resumo: O objetivo do presente artigo é avaliar a relação entre o direito da concorrência e o direito comercial. O direito comercial enfrentou e vem enfrentando o desafio de firmar sua própria identidade há séculos. A evolução do objeto do direito comercial do ato de comércio originário (troca) para a atividade empresarial ou econômica mais complexa fez com que o mercado e sua regulação ganhassem maior relevância nesse debate. Com isso, novos paradigmas foram surgindo. Juntamente com a liberdade de iniciativa, a livre concorrência vem para alimentar e limitar a autonomia da vontade e, portanto, a atuação do empresário. Através da revisão da doutrina e disposições legais, o trabalho pretende apresentar uma pesquisa pura e interpretativa para revelar o papel da livre concorrência no direito comercial. O que se pôde verificar é que a livre concorrência é princípio que permeia o direito comercial, sendo que o direito da concorrência, em sentido estrito, trata de reger as diretrizes de tal princípio.

Palavras-chave: Livre Concorrência. Livre Iniciativa. Liberdade. Direito Comercial. Poder Econômico.

1 Artigo recebido em 15.10.2021 e aceito em 20.10.2021.

* Professora Titular da Universidade de Fortaleza e Associada da Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. E-mail: ucaminha@gmail.com

** Mestrando pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa de Concorrência e Inovação – NCI/PUC/SP. Advogado. E-mail: ringlez@iwrcef.com.br

Abstract: The purpose of this paper is to evaluate the connection between competition law and commercial law. For centuries the commercial law faced and it is still facing challenges to have recognized its own identity. The evolution of the subject of the commercial law from the act of commerce (exchange) towards a more complex business or economic activity, the marketplace and its regulation gained more relevance to such debate. New paradigm raised. Together with the free entrepreneurship, free competition feed and limit the will of the business person and, therefore, his/her action. Through the review of the doctrine and legal provisions, this paper performed a pure and interpretative research to reveal the role of free competition within commercial law. It was possible to verify that free competition is a principle that permeates the commercial law; and competition law, *stricto sensu*, tends to provide concrete guidance to such principle.

Keywords: Free Competition. Free Entrepreneurship. Freedom. Commercial Law. Economic Power.

Sumário: Introdução. 1. O direito da concorrência. 2. O direito comercial. 3. Livre iniciativa e mercado como zonas de intersecção entre direito da concorrência e comercial. 4. A autonomia da vontade e a livre concorrência. 5. Livre concorrência como um princípio do direito comercial Livre concorrência como um princípio do direito comercial. Conclusão.

Introdução.

A busca da doutrina pela identidade e autonomia do direito comercial é histórica. Um dos desafios foi identificar o objeto e o outro a busca de princípios e pressupostos para a definição de sua autonomia.

A origem do direito comercial se confunde com a origem e evolução da sociedade. A troca ou escambo, atos originários de comércio, foram ganhando sofisticação e hoje convive-se com complexos contratos internacionais para regular transações cada vez mais desafiadoras.

Mas, desde o início é possível identificar o mercado como arena para a prática dos atos de comércio (entendidos em sentido amplo).

A existência do mercado e a garantia de acesso a ele são vitais para a existência do comércio e da atividade econômica.

É importante avaliar o que é o mercado e qual a regra que garante a autonomia da vontade do comerciante ou empresário. Essa análise poderá definir a existência de relação entre o direito comercial e o direito concorrencial.

Para isso, é importante definir os dois objetos (direito da concorrência e comercial), o contexto da sua aplicação (mercado), o papel da liberdade de iniciativa e, então, definir a natureza dessa relação.

Com a interpretação da doutrina e dispositivos legais dissecase a livre concorrência, o direito da concorrência e o entrelace destes com o direito comercial.

A pesquisa interpretativa é atualizada pela correlação do estudo com os dispositivos da lei de liberdade econômica.

1. O direito da concorrência.

A lei de defesa da concorrência *dispõe sobre abusos do poder econômico, tendo como finalidade amparar e ampliar a concorrência.*² Os *abusos* são tratados atualmente de forma mais ampla como

² SHIEBER, Benjamin M., *Abusos do poder econômico* (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 1.

infrações à ordem econômica.³ A infração à ordem econômica concorrencial tem como pano de fundo um abuso de direito, do direito à livre iniciativa.

Atualmente, a defesa da concorrência é regida pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Como na legislação anterior, há uma preocupação preventiva voltada para as concentrações de capital, preocupação essa que ajudou na formação do direito da concorrência.⁴ Além da atuação preventiva, há a repressão a condutas que infrinjam a ordem econômica.

Como observado por Waisberg, a regulação da livre concorrência não está limitada à lei de defesa da concorrência, mas “considera todas as possíveis leis, medidas, e o ambiente que influencia esta competição”.⁵

Por ser direito, regula comportamentos, a vida em sociedade e ainda indica “as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo” naquela sociedade.⁶

Quanto à epistemologia, a concorrência é um termo que comporta inúmeros significados. Rockefeller indica os seguintes:

(1) rivalidade, (2) a ausência de restrição imposta por um agente sobre outro, (3) que existe no mercado no qual um comprador ou vendedor individual não influencia o preço por conta das suas compras ou vendas; (4) a existência de uma indústria e mercado fragmentados, preservados por

3 COELHO, Fabio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4.

4 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30-31.

5 WAISBERG, Ivo. *Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 17.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. p. 55.

conta da proteção de negócios locais, pequenos e viáveis.⁷

A concorrência é a relação entre sujeitos econômicos tendo como “objeto a satisfação das suas necessidades, sendo estas representadas por interesses opostos”.⁸

O atual arcabouço constitucional alça a defesa da concorrência ao patamar de princípio orientador da ordem econômica.⁹ A constituição econômica¹⁰ brasileira trata da liberdade de iniciativa e concorrência com destaque. Embora claramente impregnada de conceitos econômicos, somente em meados da década de 1990 que a teoria econômica passou a ter um papel mais relevante na perseguição dos objetivos da legislação concorrencial.¹¹

Posner relata que as raízes da influência da teoria econômica no direito são profundas e avalia que a *nova* teoria econômica reforça a aplicação da economia a instituições centrais do direito (i.e. propriedade, contratos, direito de família, entre outros).¹²

Para a teoria econômica, a manipulação do mercado gera perda de bem-estar social. Para Aghion & Schankerman,¹³ a influência da concorrência no bem-estar social pode ser identificada em vários aspectos, inclusive na redução do custo médio de produção pela “sele-

7 ROCKEFELLER, Edwin S. *Antitrust religion*. Washington: Cato Institute, 2007. p. 30.

8 SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 239.

9 Vide artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

10 COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 3.

11 CABRAL, Mário André Machado. *A construção do antitruste no Brasil: 1930-1964*. São Paulo: Singular, 2020, p. 56.

12 POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021. p. 463.

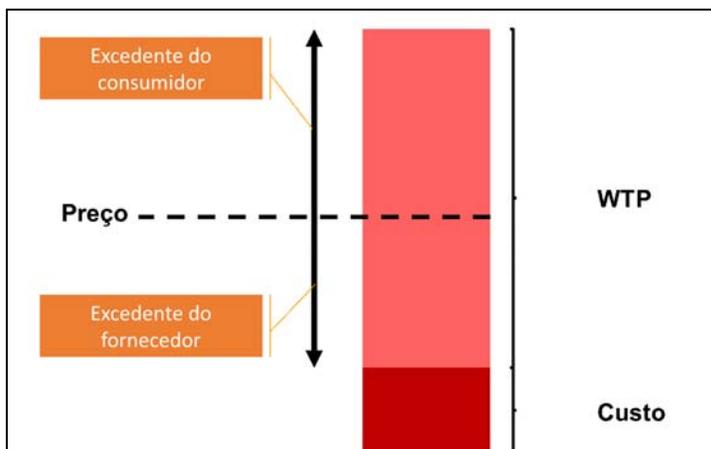
13 AGHION, Philippe; SCHANKERMAN, Mark. On the welfare effects and political economy of competition-enhancing policies. *The Economic Journal*. Oxford, [s. l.], n. 114, p. 800–824. out. 2004. p. 801.

ção natural” dos ofertantes mais eficientes e na geração de opções de baixo custo para o consumidor.

A defesa da concorrência, em essência, tem como objetivo preservar o nível de incerteza que existe em um determinado mercado e, com isso, manter a dinâmica concorrencial existente. Essa é a premissa e o propósito da defesa da concorrência, muito embora haja quem discorde. Cruz, por exemplo, defende que a lei de defesa da concorrência “significa, na verdade, a própria eliminação do processo concorrencial”.¹⁴

A despeito da divergência, a lógica da defesa da concorrência advoga que os agentes econômicos não devem ser aptos a corromper o processo competitivo sem a repreensão da lei. Para facilitar o entendimento, segue quadro que apresenta os elementos básicos da relação econômica da atividade empresarial:

Quadro 1 - Atividade econômica e concorrência.



Fonte: Elaboração própria dos autores.

A tendência natural do agente econômico ou comerciante será a de maximizar seus resultados. Dessa forma, haverá uma pressão

14 CRUZ, André Santa. *Direito empresarial*. Salvador: Editora Podvm, 2021. p. 145.

para que o preço se eleve até o máximo possível dentro da disposição do consumidor em pagar pelo produto ou serviço (*willingness to pay* - WTP).¹⁵ As razões para que a decisão empresarial não seja essa está essencialmente ligada à incerteza sobre o movimento dos demais agentes do mercado. Seja na ausência de outros agentes (monopólio) ou na eliminação da incerteza por acordo (e.g. cartel), a tendência é a de que o preço será majorado.

2. O Direito Comercial.

A origem e evolução do comércio na vida da sociedade é bem relatada por Faria. A autora faz um resumo que vai da transição do *estado de natureza*, passando pelo escambo, o sal como forma de pagamento e arremata sobre o início dessa atividade ao descrever que “não havia regras claras ou específicas sobre como o comerciante deveria se portar no momento de negociar, de construir, de prestar, de produzir, de comercializar”.¹⁶

Coelho indica que o “ato de comércio” ou o objeto do direito comercial seria o exercício de atividade econômica, não se limitando ao comércio *stricto sensu* (intermediação de bens e serviços), mas incluindo a indústria, os bancos e mercado de valores.¹⁷

Em termos de definição, a de Mendonça é muito aguçada ao sustentar que se trata de “disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares”.¹⁸ O próprio

15 STOBIERSKI, Tim. *Willingness to pay*: what it is and how to calculate. Disponível em: online.hbs.edu/blog/post/willingness-to-pay. Acesso em: 03 set. 2021.

16 FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 31.

17 COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 1, p. 43.

18 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Book-seller, 2000. p. 24.

autor reconhece que sua definição traz termos que carecem de clareza e objetividade.

A evolução das atividades econômicas organizadas que amplificou o direito comercial para além do ato de comércio (no sentido estrito), sugeriria a adoção de uma nomenclatura diferente – i.e. direito empresarial.¹⁹ Mas, a lucidez de Sztajn traz à luz o fato de que o direito comercial evoluiu e, ao mesmo tempo em passa da categoria de troca para a de produção, convive com suas origens.²⁰ Menciona a autora o *palimpsesto* do direito comercial. Com isso, se bem é verdade que o a empresa ganhou relevância nos últimos séculos, não menos é verdade que ainda há escambo e o comércio (intermediação) é atividade muito relevante também.

Forgioni também indica o eixo do direito comercial movendo-se do *ato de comércio* para centrar-se no mercado e na atividade econômica, sendo que a teoria do mercado seria o “novo dever” da ciência do direito comercial.²¹ De certa forma, essa é a mesma lógica do “recoser” dos valores do direito comercial.²²

Mas o eixo se movimentou. Souza desenvolve com clareza a evolução do poder na economia de *mercado* partindo da estruturação da vida social *à base do relacionamento pela “troca”*, definido como *fato econômico básico*. Com a criação dos valores de referência – i.e. moeda e crédito – a relação evoluiu para a *economia de mercado*. E nesse contexto, surgiu a dinâmica de *disputa* ou *luta pela vida*, na dimensão econômica.²³

19 CRUZ, André Santa. *Direito empresarial*. Salvador: Editora Podvm, 2021. p. 41.

20 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22-23.

21 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercadoria ou mercado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 136.

22 COELHO, Fabio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20-31.

23 SOUZA, Washington Peluso Albino, *Op. Cit.*, p. 238.

Interessante que para Irti a ordem econômica é fruto da vontade política.²⁴ Segundo o professor italiano, a economia de mercado é criação política, não algo *natural*. Essa criação seria fruto do direito que, por consequência, é resultado da atuação política principalmente do Poder Legislativo. E, por ser criação, a ordem econômica varia no tempo e espaço ao longo da história.

Mouallem & Coutinho reforçam essa interessante tese através de estudo moderno sobre a sociologia dos mercados.²⁵ Ao sintetizar a doutrina de Vogel, descrevem o que chamam de *artesanato do mercado*. Destacam, neste contexto, a ideia de que os mercados são *ativamente criados e reformados, o que implica construir instituições e não somente eliminar barreiras ou reduzir incertezas e custos*. Também desafiam a tese de que ao Estado seria *menos necessário* em mercados mais liberais.

As premissas de que (i) o direito comercial transferiu seu eixo para a atividade empresarial em sentido amplo e (ii) os mercados são criados pelas instituições políticas e legais, culminam na ideia de que a economia é uma ordem de preceitos e instituições imprescindíveis para a atividade comercial ou empresarial, como se prefira referir para a atividade econômica.

O “perfil jurídico do mercado revela o conjunto de regras e de princípios que pauta o comportamento dos agentes econômicos”. O mercado está, originalmente, baseado em dois conceitos jurídicos: o do contrato e o da propriedade. A regulação desses institutos jurídicos tem direto efeito na ordem econômica de uma comunidade. Forgioni ainda reafirma a lição de que “o mercado é uma ordem porque embasado em comportamentos previsíveis e calculáveis”.²⁶

24 IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, [s. l.], n. 145, p. 44-49, 2007. p. 49.

25 MOUALLEM, Pedro Salomon Bezerra; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Arquitetura de mercados como processo social: trazendo o direito para a sociologia econômica institucionalista. *Revista Brasileira de Sociologia*, Sergipe, v. 9, n. 22, p. 111-144, mai./ago. 2021. p. 123.

26 FORGIONI, Paula A., *Op. Cit.*, p. 166.

Sistematiza, a mesma autora, a caracterização da ordem jurídica do mercado com três características principais:²⁷

- a) Normalidade – comportamento seguem padrões normativos.
- b) Uniformidade – comportamentos tendem a ser repetitivos, por serem obedientes a um padrão normativo.
- c) Regularidade – por ser fruto de padrão normativo e ganhar o caráter uniforme, perde o *caráter de fortuito e arbitrário*.

Essas características estariam presentes desde a *lex mercatoria* até os institutos atuais do direito comercial – e.g. proteção da legítima expectativa, boa-fé objetiva etc.

Em relação à ordem econômica, Martins avalia que o atual texto constitucional é moderno e atemporal, “pois qualquer um dos nove princípios do artigo 170, independentemente da velocidade do desenvolvimento das técnicas e da prática das relações econômicas, é adaptável a tal evolução e flexível a seu surgimento”.²⁸

Com mais uma lição de Forgioni de que o “direito da vida mercantil mistura-se às regras postas pelo Estado e, nessa ambiência, exsurge o regramento do mercado”, tem-se nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência as principais áreas de intersecção entre o direito comercial, o direito da concorrência e o regramento da liberdade econômica.

27 *Ibidem*.

28 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na constituição de 1988. *In*: NUSDEO, Fabio (Coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (Org.). *A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 41.

3. Livre iniciativa e mercado como zonas de intersecção entre direito da concorrência e comercial.

A ordem econômica brasileira está baseada na economia de mercado e no sistema capitalista de produção. A liberdade é essencial ao capitalismo. Segundo Coelho, o “capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada”.²⁹

No mesmo sentido, reforça Steindorfer que propugna que a:

“liberdade como uma garantia no exercício de atividade econômica é, pois, (...) o reconhecimento de que a ação estatal moderna é limitadora do livre exercício da atividade econômica e que esta é merecedora de proteção jurídica, na medida em que representa a ação humana que, ultima ratio, é responsável pela manutenção material da sociedade e do próprio Estado.”³⁰⁻³¹

No entanto, Coelho chama atenção para um segundo vetor. A livre iniciativa não inibe apenas a intervenção imprópria do Estado, mas, também, as ‘práticas empresariais incompatíveis com a liberdade de iniciativa’.³²

29 MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Op. Cit.*, p. 28.

30 STEINDORFER, Fabriccio. *Fundamentos da liberdade econômica*. Leme: Mizuno, 2021. p. 27.

31 Vale mencionar, nesse ponto, a referência sobre o papel da burocracia frente ao direito à livre iniciativa indicado por André Santa Cruz com argumentos contundentes: “O que se percebe, pois, é que o princípio da livre-iniciativa vem sendo relativizado progressivamente, muito em função de uma mentalidade anticapitalista que incrivelmente se desenvolve em muitas pessoas, sobretudo entre os chamados “intelectuais” e entre aqueles que nos dominam e nos exploram: os burocratas do Estado. (SANTA CRUZ, André, *Op. Cit.*, p. 81).

32 *Ibidem*.

Mais adiante, Coelho³³ identifica quatro desdobramentos do princípio da liberdade de iniciativa:

- a) Imprescindibilidade da empresa privada: esse desdobramento mostra o lado avesso do lucro atribuído ao egoísmo do empresário. Reconhece que o lucro existirá se o empresário satisfizer a vontade (querença) da comunidade. Portanto, a empresa privada é imprescindível para o atingimento da demanda da comunidade.
- b) Admissão do lucro como finalidade da empresa: o lucro não pode ser jurídica ou moralmente condenado.
- c) Proteção do investimento privado: há que existir regras claras que assegurem a proteção lícita de investimentos pelos empresários. Nesse contexto, pode-se mencionar a segurança jurídica dos contratos, a estabilidade das regulações, a limitação da responsabilidade, ressalvados os casos excepcionais etc.
- d) A empresa é um epicentro de interesses metaindividuais: a empresa gera empregos, recolhe tributos, investe em ações para a comunidade etc. Portanto, não é apropriado, para avaliar o pleno exercício da livre iniciativa, reduzir a empresa a sua atividade estritamente econômica.

De forma mais concisa, Forgini arremata defendendo que a livre iniciativa “implica a liberdade de empresa, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolve-la e abandoná-la sponte própria”.³⁴

33 FORGIONI, Paula A., *Op. Cit.*, p. 32-33.

34 *Ibidem*, p. 147.

O princípio da livre concorrência, também reconhecido constitucionalmente, pode ser considerado reflexo e complemento da liberdade de iniciativa.³⁵

Tanto a liberdade de iniciativa, quanto a livre concorrência, orientam a ordem econômica e, portanto, são regras políticas que delimitam o mercado brasileiro.

O mercado, por sua vez, é o epicentro em que ocorrem as atividades econômicas, sejam elas industriais, mercantis ou comerciais. Torna-se, portanto, importante ponto de intersecção entre o direito da concorrência e o direito comercial.

O liame pode encontrar-se na liberdade econômica ou autonomia da vontade.

Mills alicerça sua teoria de liberdade em duas máximas. A primeira trata da potencialização da liberdade e intimidade. Ninguém deve satisfação à sociedade *por suas ações, desde que não digam respeito aos interesses de ninguém, senão aos dele mesmo*. A segunda é o outro lado da mesma moeda. Quando prejudica os interesses de terceiros, o direito ou a sociedade poderá punir o indivíduo que gerou o prejuízo. Para ele, *o comércio é ato social*, de repercussão supraindividual. Apesar de ser um ícone da defesa da liberdade, Mills aceita e defende que devem existir limites e, inclusive, intervenção das instituições para promoção e defesa da mesma liberdade.

As garantias dessa liberdade que a doutrina busca, afastam e aproximam doutrinas. Se por um lado a defesa da liberdade econômica gera a pseudo percepção de que o individualismo é promovido³⁶, a radicalização da democracia e do acesso ao mercado, propos-

35 Vide FORGIONI, Paula A., *Op. Cit.*, p. 147 e 149 e COELHO, Fabio Ulhoa, *Op. Cit.*, p. 34.

36 DOMINGUES & SILVA (2020) sustentam que há uma falsa percepção de que a liberdade econômica tenderia a exacerbar a liberdade individual, de um agente econômico, quando, segundo os autores, trata da liberdade em sentido amplo, que garante a liberdade da coletividade. (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Silva, Pedro Aurélio de Queiroz P. da. Lei de liberdade econômica e a defesa da concorrência. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas;

ta por Posner & Glen aponta para um racional mais coletivo,³⁷ ainda que não se determine a obrigação distributiva que Rawls defendeu em haveria que se garantir os *bens primários*, ou *aquilo de que pessoas livres e iguais precisam como cidadãos*.³⁸

Vale trazer à luz as lições de Sen & Kliksberg que convergem em certa medida ao clamar pela necessária centralização dos valores éticos. Defendem que a globalização seja não apenas da economia, mas dos frutos sociais que essa pujança econômica gera. Segundo os autores, “a contradição ética em vigor precisa ser urgentemente modificada”. Vão além, indicam que “[a] economia não está funcionando como deveria, ou seja, para todos os seres humanos e para a integridade de cada ser humano”.³⁹

Nesse contexto convergente (liberdade) e divergente (contornos da mesma liberdade) ao mesmo tempo, surge no Brasil a lei de liberdade econômica.

Em avaliação equidistante, Campilongo defende que a *lei de liberdade econômica tem méritos e boas intenções: destravar a economia, facilitar a atividade empresarial, favorecer a concorrência e a eficiência econômica*. Mas, crítica, ao mesmo tempo, a aversão à regulação presente no pressuposto de que a regulação da atividade econômica tende ao abuso.⁴⁰

FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 268.

37 POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. *Radical Markets: uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*. Princeton: Princeton University Press, 2018.

38 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 306.

39 SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 395.

40 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Lei de liberdade econômica, concorrência e abuso de poder regulatório. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 383.

A lei de liberdade econômica tem como princípios norteadores, *a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*.

A liberdade é conceito central. Essa centralidade da liberdade é uma característica comum entre o direito da concorrência e a lei de liberdade econômica. Em ambos os casos, há matizes que podem variar conforme as características da legislação e o contexto normativo em que ela se insere.

A lei de liberdade econômica explicita algumas situações que, muito embora seja possível sustentar que já deviam ser observadas, corriam riscos interpretativos que procurou-se afastar. A análise da evolução constitucional e da forma como a economia é retratada na Carta Magna demonstra essa premissa, como muito bem observou Oliveira.⁴¹

O artigo 4º da lei de liberdade econômica impõe limitações ao Estado regulador. Impinge obrigação de o Estado *dispensar tratamento justo, previsível e isonômico* aos agentes econômicos. Trata-se de explicitar direitos já previstos. Os princípios da legalidade, anterioridade e igualdade ou proporcionalidade são consagrados no direito, desde o texto constitucional, até normas infraconstitucionais que regem a atuação do Estado.

Não obstante, entendeu-se por bem explicitar tais diretrizes de forma a reforçar a liberdade de iniciativa e o princípio de não intervenção do Estado como regra geral.

A livre concorrência trata também de uma abstenção por um lado, mas de uma atuação por outro. Mais que permitir, o Estado deve

41 OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Lei de liberdade econômica: constitucionalidade. Apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas e FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 181-196.

garantir a oportunidade de acesso e permanência no mercado daqueles que assim desejam e tenham as condições para tanto.

4. A autonomia da vontade e a livre concorrência.

Para inaugurar essa seção, Coelho afirma:⁴²

O princípio da autonomia da vontade, quando pertinente a contrato empresarial, articula-se com os da livre-iniciativa e da livre-concorrência. Empresários devem ser livres para contratar segundo suas vontades porque a liberdade de iniciativa estrutura o modo de produção capitalista. Ademais, a liberdade de contratar dos empresários não pode ser restringida, para que a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados, de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços.

Resta clara, portanto, a pertinência de se trazer a discussão sobre a autonomia da vontade para o contexto da presente reflexão. Está, tal autonomia, umbilicalmente ligada à livre concorrência e ao direito comercial.

A autonomia da vontade pode ser sintetizada como uma face do conceito mais amplo que é a liberdade. No dicionário, essa síntese se confirma: “[c]apacidade de autogovernar-se, de dirigir-se por suas próprias leis ou vontade própria; soberania”.⁴³

A relevância da autonomia da vontade pode ser compreendida através da evolução da civilização. A vida nômade foi abandonada

42 COELHO, Fabio Ulhoa, *Op. Cit.*, p. 49.

43 Vide Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=EMnj>. Acesso em: 11 de set. de 2021.

da, os grupos se organizaram e houve um período de centralização absoluta das sociedades (e.g. faraó no Egito, senhores feudais na Europa etc.). Logo em seguida, para que fosse possível proporcionar maior mobilidade social e diante da força das atividades comerciais, os Estados se organizaram e ocorreu a ruptura entre Público e Privado. Nesse momento do processo, a autonomia da vontade ganhou importante destaque.

Kant define a autonomia da vontade como princípio *supremo* da moralidade. Diz, o autor, que a vontade seria, nesse contexto, uma lei universal que ditaria que “a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição”.⁴⁴

Em interessante ensaio sobre a autonomia (da vontade, privada e autodeterminação), Rodrigues Junior faz um compilado de vários autores e uma de suas citações indica que o ser humano não vive apenas para subsistir e que a liberdade de contratar é inerente e essencial para o direito individual.⁴⁵

O ato de comércio originário e a moderna atividade econômica da empresa são exercícios da autonomia da vontade em diversas dimensões. A primeira é a decisão do indivíduo de investir recursos em uma atividade empresarial (livre iniciativa), a segunda é de decidir vender ou comprar bens e serviços, precificar tais bens e serviços e acordar sobre o seu pagamento (direito de dispor da propriedade e liberdade de contratar) e, finalmente, a decisão de ingressar, permanecer ou retirar-se de um mercado (livre concorrência).

A livre concorrência está, pois, contida na essência da autonomia da vontade. Ora como força motriz, que promove a atividade em-

44 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 85.

45 RODRIGUES JUNIOR, Olavo Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41 n. 163, [s. l.], jul./set. 2004.

presarial; ora como fronteira entre o exercício legítimo e o abusivo dessa mesma atividade.

O direito comercial não sobrevive sem um dos três elementos da tríade: propriedade, valor e liberdade de disposição da propriedade.

Na liberdade de dispor da propriedade repousam (e convergem) a autonomia da vontade e a livre concorrência.

5. A livre concorrência como um princípio do direito comercial.

Reconhecida a intersecção entre direito da concorrência e o direito comercial, posto que tratam, em dimensões variadas, do mesmo objeto: a atividade econômica em sentido amplo no mercado, há que se salientar a livre concorrência como princípio norteador do direito comercial.

No Dicionário de Política⁴⁶ está anotado que:

todo ordenamento estatal possui sempre um conjunto peculiar de *princípios* orgânicos característicos, que o distinguia dos demais, mas só em tempos relativamente recentes se estendeu e consolidou a convicção de que tais *princípios* deveriam, em geral, ser reunidos em um documento formal, definido como *Constituição*.

Reale defende que “o Direito também possui princípios, porque não é possível haver ciência não fundada em pressupostos”, definindo princípios como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da

⁴⁶ BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 5. Ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

realidade”. O autor faz uma analogia de princípios com as vigas-mes-tras de uma obra de engenharia, os quais “servem de apoio lógico ao edifício jurídico”.⁴⁷

Silva faz referência ao conceito segundo o qual “princípios são ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um siste-ma, ou ainda da definição de Canotillo e Vital Moreira, que definem princípios como ‘núcleos de condensações’”.⁴⁸ O autor deixa claro que sua obra trata princípios como *mandamentos de otimização* e não como disposições fundamentais.

Na lição de Mendonça, a *concorrência comercial exercida em ampla liberdade pode ocasionar o abuso, rompendo o equilíbrio de interesses. Sem limites* [a livre concorrência] *torna-se social e pratica-mente impossível*. Reconhece, portanto, a clara hipótese de o direito de empreender, a livre iniciativa, ser objeto de abuso. Esse abuso de direito resultaria na limitação do próprio exercício de livre iniciativa pelos demais – “abuso do direito da livre concorrência”.⁴⁹

O princípio da livre concorrência funciona como uma moeda: de um lado garante a atividade econômica em sentido amplo e, de outro, coíbe o abuso desse mesmo direito que, em ocorrendo, limita-rá o exercício pelos demais.

Quanto ao alcance do princípio, parecem divergir as visões de Forioni e Cruz. Enquanto a professora identifica a possibilidade de o direito, ancorado no princípio da livre concorrência, procurar corrigir falhas de mercado, coibir a concentração de mercado, se valer de em-presas públicas para preencher omissões privadas e reduzir ou elimi-nar assimetrias de informação,⁵⁰ Cruz adota uma abordagem mais li-

47 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61.

48 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 36.

49 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., *Op. Cit.*, p. 364-365.

50 SANTA CRUZ, André, *Op. Cit.*, p. 160-161.

bertária. Para ele, o direito da concorrência é manifestação do intervencionismo. Concorde que a defesa da concorrência é uma limitação da liberdade (absoluta) de iniciativa, porém, caracteriza tal limitação como imprópria⁵¹. Mas, em todos os casos fica claro que o mercado e a economia terminam sendo fruto de escolhas políticas, agradando a comunidade, ou não.

Fato é que o princípio da livre concorrência norteia a ordem econômica brasileira. Isso faz com que ele sirva para garantir que interessados capazes (econômica e tecnicamente) acessem mercados, modelem seus negócios da forma que melhor lhes pareça, determinem, de forma independente, os preços de seus produtos ou serviços, bem como destinem seus ganhos de forma livre. Mais objetivamente, trata-se de um princípio garantidor de direitos afetos ao direito comercial, tais como a autonomia da vontade, a validade dos contratos etc.

Por outro lado, onera o empresário, comerciante ou agente econômico a não ser desleal, não abusar de eventual poder de mercado que detenha e não alterar a estrutura de mercado de forma a ampliar significativamente o risco de configurações que propiciem o abuso do direito de concorrer.

Arremata o tema Ávila que “os princípios são normas que estabelecem fins sem diretamente referir os meios”.⁵² Inegavelmente, a livre concorrência é um princípio que norteia e proporciona pressupostos para o direito comercial em sua essência.

No que diz respeito à lei de defesa da concorrência e os dispositivos legais acerca da concorrência desleal, são fontes e materialização dessa influência, são as regras do que “é permitido, proibido

51 SANTA CRUZ, André. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 265.

52 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 163-164.

ou obrigatório”. Ainda que não esgotem o princípio em si, estabelecem as regras do que pode ou não ser feito em virtude dos ditames daquele princípio constitucional.

Conclusão.

O advogado e professor italiano Irti defende que a ordem econômica é fruto de decisões políticas traduzidas pelo ordenamento jurídico⁵³ e ensina que a “constituição econômica” é a manifestação, através de normas constitucionais, que determina a forma da economia em um Estado.

Nesse contexto, as definições legais para a propriedade, liberdade de contratar, liberdade de iniciativa e de concorrência afetam diretamente o regramento econômico de uma comunidade.

A atividade comercial, mercantil ou empresarial, como se prefira chamar, é afetada por essa vontade política. Uma das possíveis balizas de tal atividade é a defesa da livre concorrência. Ainda que não unânime, a livre concorrência é um complemento importante e indissociável da livre iniciativa.

Nesse contexto, a livre concorrência é princípio que orienta a ordem econômica, o mercado, arena da atividade empresarial e, portanto, princípio também do direito comercial.

As linhas traçadas pelo princípio da livre concorrência indicam limitações para o exercício do poder econômico (individual ou coletivo) e deve prevenir a concentração dos mercados para que as estruturas sejam eficientes o suficiente para garantir a liberdade de iniciativa da comunidade como um todo.

Muitas vezes, há a tentação de expandir essas linhas e passar dos “limites” para a “direção” da atuação do particular. Nesse contex-

53 IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2001. p. 16.

to, surge a lei de liberdade econômica para reforçar que a intervenção do Estado deve estar limitada para aquelas ocasiões em que a atuação do particular afete ilegalmente a esfera de direito de terceiros e para dar maior clareza aos tons dos direitos de propriedade, autonomia da vontade e validade dos contratos.