

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**FERNANDO SMITH FABRIS**

**A NOÇÃO JURÍDICA DE MERCADO NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração em Direitos Especiais.

**Orientadora: Profª Drª Cláudia Lima Marques**

Porto Alegre  
2006

Para Francisco e Antônio, meus filhos.

Um agradecimento à minha orientadora,  
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques,

*“O desejo do homem de ser igual a todos  
os seus semelhantes deve ser mantido em  
equilíbrio com o desejo de ser livre”*

(Roscoe Pound)

## RESUMO

No estudo do mercado como instituto jurídico, o modo de atuação do Estado na promoção do indivíduo se revela fundamental na tutela das relações jurídicas de natureza econômica que se desenvolvem na sociedade consubstanciando-se no mercado. A noção jurídica de mercado pressupõe o seu entendimento como ordem no sentido de regularidade e previsibilidade no agir, relacionando a parte e o todo, a liberdade de contratar e a justiça social. Esses dois elementos fundantes da ordem econômica imprimem aos contratos um função social albergada em aspectos que lhe são intrínsecos e extrínsecos, o que pode ser facilmente percebido nas chamadas redes contratuais. A construção didática de um Direito do Mercado representa um elemento de conexão entre os princípios que materializam o sistema econômico chamado *economia de mercado* e a aqueles que procuram concretizar a justiça social, o que se torna possível pela compatibilidade entre esses dois conceitos, conferindo ao Estado a condição de agente regulador das relações que se desenvolvem no mercado pelos seus elementos, quais sejam, a oferta, pela edição de regras sobre a concorrência, e a demanda, pela edição de regras de proteção ao consumo.

## ABSTRACT

Considering the study of the market as legal institute, the way of performance of the State in the promotion of the individual is essential to the guardianship of the legal relationships of economic nature that develops in the society based on the market. The legal notion of market estimates its agreement as order in the regularity direction and previsibility in acting, relating the part and all, the freedom to contract and social justice. These two essential elements of the economic order print to contracts a lodged social function in aspects that it are intrinsic and extrinsic, what can easily be perceived in the contractual nets. The didactic construction of a Law of the Market represents an element of connection between the principles that materialize the economic system called market economy and to those who try to build social justice, what becomes possible by the compatibility between these two concepts, conferring to the State the condition of regulating agent of the relations that develop in the market for its elements, which are, offer, for the edition of rules on the competition, and the demand, for the edition of protection rules to consume.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>I) O MERCADO COMO INSTITUTO JURÍDICO</b> .....	<b>15</b>
<b>A) A Artificialidade do Mercado</b> .....	<b>15</b>
1) <i>O mercado e o Estado</i> .....	15
1.1) Do Estado-nação ao Estado-mercado .....	21
1.2) A Noção Jurídica de Mercado .....	30
2) <i>A Relação Contrato e Mercado</i> .....	40
2.1) A Livre Iniciativa e a Atuação dos Agentes Econômicos.....	43
2.2) A justiça social como referencial limitador à livre iniciativa .....	49
<b>B) A Funcionalização dos Contratos e o Mercado</b> .....	<b>61</b>
1) <i>Fundamentos da função social do contrato</i> .....	61
1.1) A linha de desenvolvimento do conceito .....	64
1.1.1) O utilitarismo .....	64
1.1.2) A crítica de John Rawls ao utilitarismo.....	68
1.1.3) Law and Economics. Functional School.....	70
2) <i>Contrato, função e o Código Civil</i> .....	74
2.1) Como perfil modelador da autonomia privada.....	74
2.2) Aspectos intrínsecos e extrínsecos da função social .....	78
2.2.1) Aspectos intrínsecos .....	80
2.2.2) Aspectos extrínsecos .....	82
3) <i>A funcionalização e as redes contratuais</i> .....	84
3.1) As redes contratuais .....	84
3.2) A concretização das redes contratuais. O caso das Petroquímicas.....	92
<b>II) O DIREITO DO MERCADO NO CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA</b> .....	<b>99</b>
<b>A) Economia de Mercado, Justiça Social e Atuação do Estado</b> .....	<b>99</b>

1) <i>A relação direta entre economia de mercado e justiça social</i> .....	99
2) <i>O papel do Estado enquanto agente regulador das relações de troca</i> .....	109
<b>B) Os Planos da Regulação</b> .....	<b>122</b>
1) <i>O mercado e a concorrência</i> .....	122
1.1) O Direito Antitruste .....	124
1.1.1) O mercado como elemento protegido .....	124
1.1.2) O mercado relevante como noção fundamental.....	128
1.2) A concorrência desleal .....	131
1.2.1) O mercado como elemento protegido .....	132
1.2.2) A caracterização da concorrência desleal.....	133
1.2.3) Meios de Tutela.....	142
2) <i>O mercado e o consumidor</i> .....	144
2.1) A defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica .....	144
2.2) A proteção do mercado a partir do consumidor. O caso da fusão de empresas .....	153
2.2.1) A demanda como premissa necessária para o controle das concentrações empresariais.....	156
2.2.2) A concretização do controle da concorrência a partir da demanda. Os casos da água mineral.....	156
2.2.2.1) O caso Nestlé-Perrier.....	157
2.2.2.2) O caso AMBEV .....	159
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>163</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>167</b>

## INTRODUÇÃO

A realização de estudo<sup>1</sup> anterior sobre o mercado relevante nas concentrações empresariais pode ser qualificado como o referencial inicial da reflexão sobre a possibilidade jurídica de delimitar, a partir de elementos técnicos, dado mercado de bens ou serviços a fim de identificar as forças que nele atuam e influenciam a sua conformação para, com isso, permitir que o Estado seja capaz de estabelecer as medidas adequadas na hipótese de constatação de desequilíbrios que possam prejudicar aqueles que a ele se vinculam<sup>2</sup>.

A identificação dos produtos ou serviços que compõe dado mercado concorrencial, a possibilidade de substituição de um dado produto ou serviço por outro em tempo hábil para regularizar a oferta ou a questão geográfica, que no cenário atual parece desafiar aqueles que buscam referenciais seguros na análise das perspectivas da economia mundial e seus reflexos locais<sup>3</sup>, representam alguns

---

<sup>1</sup> Realizado como dissertação de mestrado e que resultou no livro. (FABRIS, Fernando Smith; **Concentrações empresariais e o mercado relevante**. Porto Alegre: Fabris, 2002).

<sup>2</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132 refere o descaso dos juristas quanto a estudos relacionados ao *mercado*, deixados a cargo dos economistas essa tarefa, chegando a afirmar que no Direito Brasileiro o terreno “ainda continua essencialmente inexplorado”.

<sup>3</sup> Desde o advento da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo – que em pouco mais de uma década, transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção, modificou estruturalmente as relações trabalhistas, tornou os investimentos em ciência, tecnologia e informação em fatores privilegiados de produtividade e competitividade, criou formas de poder e influência novas e autônomas e, por fim, multiplicou de modo exponencial e em escala planetária os fluxos de idéias, conhecimento, bens, serviços, valores culturais e problemas sociais – o pensamento jurídico parece encontrar-se numa situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 20; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos, tal a intensidade do impacto gerado por todas essas transformações em seus esquemas conceituais, em seus pressupostos epistemológicos, em seus métodos e em seus procedimentos. (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13).

dos elementos que foram estabelecendo a necessidade de se trilhar novas etapas para a compreensão do que realmente seja o *mercado* para o mundo jurídico.

As modificações socioeconômicas vividas pela sociedade na última década do *séc.XX*, facilmente perceptível pela intensificação, sem precedentes, do contato entre povos que até então, pela separação geográfica, mantinham uma certa indiferença mútua, trouxe naturalmente uma experiência enriquecedora na absorção da cultura que cada comunidade foi capaz de ofertar diante do avanço tecnológico dos sistemas de informação e das relações negociais<sup>4</sup>.

Envolto nesses contornos, vai se delineando o cenário empresarial contemporâneo, encontrando-se inserido no chamado fenômeno da globalização<sup>5</sup>, que se caracteriza pela intensificação das transações de mercadorias, serviços e informação que reduz a importância das fronteiras políticas entre países<sup>6</sup>, retirando a sua significação econômica<sup>7</sup> e gerando, de uma certa forma, uma justaposição de realidades, de experiências, materializada no encontro dos valores culturais envolvidos<sup>8</sup>.

Para alguns<sup>9</sup>, o fenômeno da globalização se confunde com o triunfo e a universalização da democracia liberal ocidental, o que não se deixa de ter um certo significado por uma certa hegemonia na comunidade internacional do controle privado dos fatores de produção, porém um tanto duvidosa a referência ou uso pleno de uma palavra tão cheia de significados como a democracia<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> FARIA, **O direito...**

<sup>5</sup> FABRIS, **Concentrações ....**

<sup>6</sup> FARINA, Elizabeth. Globalização e concentração econômica. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 60-68, jun. 1996, p.61.

<sup>7</sup> FARIA, José Ângelo Estrella. **Mercosul**: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção, Brasília: Mre/Sgie/Nat, 1993, p. XI, segundo o Autor, citando Roberto Christensen (Empresa Multinacional y Estado Nación, Buenos Aires, 1976), "as rivalidades privadas não são mais necessariamente razão de Estado, e hoje as disputas não se dão propriamente entre "classes burguesas nacionais rivais", mas entre grandes conglomerados concorrentes. A macroempresa moderna não é nem nacional, nem multinacional, mas internacional: seus objetivos e planos transcendem os limites geográficos e os interesses políticos de seus Estados-sede".

<sup>8</sup> DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei n° 8.884/94. In: BASTOS, Aurélio Wander (Org.) **Estudos introdutórios de direito econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 97.

<sup>9</sup> FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Free, 1992.

<sup>10</sup> Segundo Fukuyama "Talvez não estejamos testemunhando apenas o fim da Guerra Fria, ou a passagem de um determinado período da história do pós-guerra, mas o fim da História como tal ,

Para outros<sup>11</sup>, essa universalização travestiu o que era antes de natureza exclusivamente ideológica em uma verdade científica, onde a capacidade de organização do Estado passou a ser questionada, na medida que do mesmo modo que o local da produção se tornou irrelevante na economia, o território, que é a base física do poder do Estado, também perde importância<sup>12</sup>, especialmente pelo aparecimento de novas esferas de competência<sup>13</sup>, não restando outra alternativa ao cidadão que não a necessária adaptação aos ditames da malfadada globalização.

Por parte dos agentes econômicos, competir num mercado onde as fronteiras físicas parecem se reinventar a cada dia é tarefa que exige iniciativa direcionada para padrões de competitividade que sejam capazes de ultrapassar os limites estabelecidos, até então, como suportáveis<sup>14</sup>.

As mudanças ocorridas no relevo político de diversos Estados, tendo como ordem do dia a saída daqueles do domínio dos meios de produção de determinados setores da economia<sup>15</sup>, privilegiaram a chamada corrente “neoliberal”, que relaciona a desregulamentação com a liberdade, preservando essa liberdade do cidadão em contratar, porém o mantendo engajado, pela atividade econômica, nos planos governamentais<sup>16</sup>.

Com isso, houve o aprofundamento de um sistema multilateral de comércio<sup>17</sup>, que estrutura-se na racionalidade da reciprocidade dos interesses e, neste sentido,

---

isto é, o ponto final da evolução ideológica da humanidade e a universalização da democracia liberal ocidental como forma definitiva de governo humano”. (FUKUYAMA, **The end...**)

<sup>11</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São paulo: Malheiros, 2002, p. 15.

<sup>12</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Re institucionalização da ordem econômica no processo de globalização. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 87-95, jan./mar. 1997, p. 87.

<sup>13</sup> Um exemplo disso é a Organização Mundial do Comércio (OMC).

<sup>14</sup> “l’economia contemporanea è una economia transnazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è una economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi.” (GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 93).

<sup>15</sup> No Brasil, por determinação constitucional, conforme estabelece o art. 173 CF: “art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>16</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 114.

<sup>17</sup> ARAÚJO, Cícero. A couraça do Leviatã. **Revista República**, set. 2000, p. 34 et seq.

mercados, até um passado recente fechados ao fluxo comercial externo, sofreram uma forte pressão direcionada para a liberalização da economia, diminuição do intervencionismo estatal e estabelecimento de regras mínimas de concorrência para viabilizar, como moeda de troca, o direcionamento do fluxo de capitais estrangeiros capazes de irrigar suas economias, historicamente sem capital para alavancarem o seu desenvolvimento<sup>18</sup>.

Porém, parece razoável afirmar que a liberalização dos mercados, por si só, não é o remédio para todos os males; em alguns casos, causou prejuízos sérios, especialmente para países menos preparados, pois a perda de importância do território demonstra que a independência territorial não é condição suficiente para a construção da soberania estatal, especialmente por não assegurar a liberdade de determinação com relação ao ordenamento jurídico<sup>19</sup>.

Nota-se uma acentuada diferenciação entre aqueles Estados que conseguem monitorar o processo adequadamente e aqueles que tem dificuldades em enfrentar as grandes corporações pela dependência econômica que têm do capital externo como financiador dos desequilíbrios orçamentários existentes<sup>20</sup>.

Diante das novas fronteiras das relações negociais, o estabelecimento de regras capazes de permitir o acesso ou a permanência no mercado dos interessados em desenvolver suas atividades econômicas, protegendo a concorrência, é indicativo da capacidade do Estado na proteção daquele<sup>21</sup>, além de propiciar

---

<sup>18</sup> LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 102.

<sup>19</sup> FERRI, Giovanni B. La "cultura" del contratto e le strutture del mercato. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, Milano, p. 843-870, nov./dic. 1997, p. 844.

<sup>20</sup> Com relación al pilar de la regulación, las transformaciones más decisivas parecen haber tenido lugar por y a través del principio del mercado, y tanto es así que este principio parece haberse convertido verdaderamente en hegemónico, en el sentido de ser capaz de generar un surplus de significado que se vierte sobre el principio del Estado y el principio de la comunidad y trata de colonizarlos. El dramático crecimiento de los mercados mundiales va parejo con la aparición de sistemas de producción universales y agentes económicos (compañías multinacionales) que socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a un nivel nacional. (SANTOS, Boaventura de Sousa. La transición postmoderna: derecho y política. **DOXA**, Madrid, n. 6, p. 223-264, 1989, p. 233).

<sup>21</sup> No Brasil, a disposição inscrita no art. 219 da Constituição de 1988 expressa esta pretensão: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

condições para que o sistema da livre iniciativa cumpra com o seu papel de trazer uma melhora nas condições de vida da população para qual se direciona<sup>22</sup>, até porque é sintomático que as grandes empresas continuem a depositar o grosso de seus esforços e recursos nos países mais desenvolvidos. E neste aspecto o capitalismo sabe que a última trincheira do Estado é também a sua última trincheira<sup>23</sup>.

Essas múltiplas concepções que vão sendo relacionadas ao Estado, especialmente pelos múltiplos interesses que se quer proteger levam à necessidade de se demonstrar que a organização jurídica do mercado é decorrência natural de uma relação direta entre a chamada economia de mercado, enquanto sistema econômico, e a justiça social.

A comprovação dessa relação direta pressupõe inicialmente conhecer o mercado como instituto jurídico, considerando a sua artificialidade a partir dos elementos que constituem o Estado Mercado e que criam a noção jurídica de mercado.

Essa noção jurídica estabelecerá uma relação entre o todo e a parte, entre o contrato e o mercado, considerando, por um lado, a livre iniciativa e a atuação dos agentes econômicos e, por outro lado, a justiça social como referencial limitador dessa liberdade de natureza econômica.

Estabelecidas essas premissas, base necessária do presente estudo, o próximo passo será verificar a concretização desse conceito jurídico no direito brasileiro, relacionando contrato e mercado, especialmente na percepção dos seus fundamentos e reflexos no preenchimento do conceito presente no Código Civil de 2002, bem como na conformação das chamadas redes contratuais.

---

<sup>22</sup> Eros R. Grau, falando sobre o novo papel do Estado afirma que a soberania econômica nacional é “instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como particular a ser alcançado é definir políticas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional.. Ao contrário do que se tem sustentado, pois, essa afirmação conduz não ao isolamento econômico, porém precisamente àquela viabilização.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33).

<sup>23</sup> ARAUJO, A couraça..., p. 34 et seq.

Daí a percepção da realidade que representa a regulação da atividade econômica através do que se qualifica como direito do mercado, materializado a partir da relação direta entre o sistema da economia de mercado e a justiça social, o que implica por suas naturezas na necessária atuação do Estado enquanto regulador das relações econômicas tem o seu plano de atuação compreendendo as relações concernentes à relação entre mercado e a concorrência e entre mercado e o consumidor.

## I) O MERCADO COMO INSTITUTO JURÍDICO

### A) A Artificialidade do Mercado

#### 1) O mercado e o Estado

O questionamento à capacidade de organização do Estado moderno tem como referência, necessária, que ele *nasce e se afirma como produto do capitalismo*<sup>24</sup>, cumprindo as “funções de instalação das condições indispensáveis à produção capitalista e de produção de normas jurídicas necessárias à fluência das relações econômicas (segurança e certeza jurídica) e de arbitragem dos conflitos individuais e sociais (ordem e segurança).”

A Constituição de 1988 adotou<sup>25</sup>, quanto ao sistema econômico<sup>26</sup>, os institutos básicos do modo de produção capitalista: a propriedade privada, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência, resultando daí “uma gama de opções claras que autorizam a estruturação de um sistema de mercado no Brasil.”<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: DESENVOLVIMENTO econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59.

<sup>25</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 93. Referência expressa dessa opção é o art.170 CF: “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. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>26</sup> Entendida a economia como ramo do saber que tem por objeto a produção, distribuição e consumo dos bens destinados a satisfazer as necessidades dos homens, abrangendo na categoria dos bens, tanto as coisas (res) como os serviços. O seu fim essencial consiste na maior utilidade dos bens para os indivíduos a quem se destinam (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 73).

<sup>27</sup> SCOTT, op. cit., p. 93.

Na esteira desse pensamento se percebe a existência de uma relação entre o Estado, a ordem econômica e o mercado, pois a institucionalização deste decorre exatamente da necessidade de concretização das funções supra referenciadas, capitaneadas por aquele.

Tal relação no direito brasileiro pode ser percebida no texto constitucional, quando este faz referência expressa ao vocábulo *mercado*, nos termos do que dispõe o *art.219 CF*<sup>28</sup>, afirmando que o *mercado interno integra o patrimônio nacional*, comando esse inserido no âmbito da ordem social que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais<sup>29</sup>.

A referência a integrar o patrimônio nacional não deve qualificar o mercado como bem do domínio público ou de uso comum do povo<sup>30</sup>, especialmente pela incompatibilidade de tal compreensão, qualquer que seja o conceito de mercado utilizado, com a livre iniciativa e o regime privado dos fatores de produção consagrado no texto constitucional<sup>31</sup>.

A discussão sobre o mercado e seus vínculos constitucionais trata de verificar o significado e o valor que deve atribuir-se às disposições constitucionais que ao mercado se refere<sup>32</sup>. A questão passa a ser então entender a real dimensão do comando constitucional do *art.219* da CF frente à ordem econômica delineada<sup>33</sup>, bem como o modo de sua concretização no sistema jurídico infra-constitucional, na viabilização do “desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”<sup>34</sup>.

Uma primeira referência para alcançar tal intento ultrapassa a simples percepção de identificá-lo como ambiente físico onde se negociam certas coisas ou

---

<sup>28</sup> art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

<sup>29</sup> art. 193 da Constituição Federal

<sup>30</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 279.

<sup>31</sup> art. 170 da Constituição Federal (ver nota 23)

<sup>32</sup> AZZARITI, Gaetano. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 1999, p. 7.

<sup>33</sup> Eros Roberto Grau refere que o preceito nele inscrito foi objeto de largos debates na Constituinte (GRAU, op. cit., p. 279). Porém, é interessante que diante de tamanha polêmica o referido autor tenha dedicado tão somente uma página para abordar o tema na sua obra.

<sup>34</sup> conforme parte final do art.219 da Constituição Federal.

local onde os produtores e consumidores se defrontam com suas demandas e ofertas<sup>35</sup>, para utilizar um conceito mais preciso, de natureza econômica, que o identifica como o “conjunto das relações de demanda e oferta, a propósito de certa coisa ou serviço úteis.”<sup>36</sup>

Enquanto conjunto de relações identifica a existência de uma trama de operações que necessariamente exige movimentos de organização<sup>37</sup>, ativação e combinação a fim de atender os desejos e anseios das pessoas que não pode ficar a mercê da natureza ou do instinto de dada comunidade ou, ainda, da “mão de ferro” de uma autoridade superior<sup>38</sup>.

Assim, a teoria jurídica procura compreender o mercado como um conjunto de instituições que torna as trocas possíveis<sup>39</sup>, que se constitui como um instrumento para obter o atendimento das necessidades da pessoa, ao menor custo possível<sup>40</sup>.

Daí se percebe a existência de um sistema, sistema de mercado, que é acionado pelo dinamismo da iniciativa humana que exige a repressão aos abusos eventualmente dirigidos a quatro elementos que são fundamentais à sua existência, que entrelaçados organizam, dão vida e o fazem progredir, quais sejam, a demanda, a oferta, os preços e a liberdade<sup>41</sup>.

A possibilidade de concretização desses abusos aliada à constatação de que a livre concorrência<sup>42</sup> necessita de certas adaptações à realidade econômica

---

<sup>35</sup> GALVES, Carlos. **Manual de economia política atual**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986, p. 593.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 230.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> GOLDBERG, Daniel K. Goldberg. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 23, p. 32, jan./mar. 2004.

<sup>40</sup> GALVES, op. cit., p. 593.

<sup>41</sup> Ibidem, p.231.

<sup>42</sup> Como explica GALVES, **Manual...**, p. 234, o mercado da livre concorrência pode ser explicado pela presença dos seguintes elementos: “(1) Tanto do lado da demanda, como do lado da oferta, há um grande número de sujeitos econômicos em ação, e nenhum deles pode, sozinho, alterar o volume da produção global, ou o preço do produto (atomicidade do mercado). (2) Todas as empresas produzem um produto igual, de modo que o consumidor não tem motivos para preferir a mercadoria de um produtor à de outro, dentro da mesma espécie de mercadorias (homogeneidade do produto). (3) É livre a entrada de novas empresas no mercado. (4) Todos os que participam do mercado (consumidores e produtores) têm conhecimento do que está ocorrendo nesse mercado (transparência do mercado). (5) Os fatores da produção podem deslocar-se livremente, de uns para

indicam a necessidade de atuação do Estado a fim de corrigir as distorções identificadas<sup>43</sup>, além de demonstrar que o mercado não se revela de um modo natural.

Por outro lado, Eros Grau<sup>44</sup> afirma que o princípio da integração do mercado interno ao patrimônio nacional trata-se de princípio constitucional impositivo<sup>45</sup>, dotado de caráter constitucional conformador.

Aproveitando a referência que faz ao pensador português<sup>46</sup>, os princípios constitucionais impositivos “traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua atividade política e legislativa, mais precisamente a realização de fins e a execução de tarefas.” Já o caráter constitucional conformador é representado por “princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocamente conformadores (leis, actos normativos).” No que diz respeito à presente investigação, situando-se nos princípios da organização econômico-social.

Aliás, pareceria mais apropriado que a regra do *art.219* da CF figurasse entre os dispositivos da ordem econômica<sup>47</sup>, pois se apresenta como uma regra dessa natureza, na qual a intervenção no domínio econômico encontra importante fundamento para o controle do mercado interno.

Essa integração do mercado ao patrimônio nacional ocorre *na medida que a constituição o toma como expressão*<sup>48</sup> *da soberania econômica nacional*,

---

outros setores da produção (mobilidade de fatores). Diz-se que a concorrência é *pura*, quando reúne as três primeiras condições indicadas; e *perfeita*, quando reúne as cinco.

<sup>43</sup> Como exemplo é possível referir a necessidade de economia de escala para a viabilização da oferta de certos produtos, o que vai de encontro à exigência de atomicidade do mercado; ou a necessidade de proteção das invenções por determinado período como modo de incentivo à pesquisa.

<sup>44</sup> GRAU, *A ordem ...*, p. 279.

<sup>45</sup> O autor faz referência ao pensador português J. J. Gomes Canotilho.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.091.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 820.

<sup>48</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 279.

referenciada como meio para a realização do objetivo de propiciar a todos uma existência digna, condição inerente ao próprio conceito de Estado enquanto tal<sup>49</sup>.

O mercado, então, não qualifica-se como um simples lugar de trocas econômicas, mas como o conjunto dos agentes que se relacionam pela troca de mercadorias em torno de determinados bens, relação que não se forma naturalmente<sup>50</sup>, mas é instituída como uma trama social de participantes movidos por seus interesses<sup>51</sup>, e é no encontro desses interesses que se realiza a função do mercado, pela efetivação das transações e dos negócios, submetidos à uma ação reguladora do Estado Democrático, onde ela for necessária para estimular a produção e contribuir para o bem-estar, objetivando viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico<sup>52</sup>.

O papel do Estado, definido na Constituição como agente normativo e regulador da atividade econômica desempenhada pela iniciativa empresarial<sup>53</sup>, determina que sua ação deva ser orquestrada objetivando extrair o melhor resultado global da virtuosidade própria de cada um dos seus componentes, possibilitando a permanente diversificação de iniciativas e o constante estímulo à criatividade, representando, ainda, a melhor garantia de proteção aos interesses democráticos do consumidor<sup>54</sup>, revelando mais do que a adoção pura e simplesmente de uma economia de mercado mas, pela regulação a que é submetido, uma *economia social de mercado*<sup>55</sup>.

Uma segunda referência para alcançar tal intento pressupõe entender que a organização constitucional do ambiente econômico tem como condição a

---

<sup>49</sup> Como observa GRAU, **A ordem...**, p. 262, fazendo referência ao pensamento de Habermas, “na medida em que se sustenta sobre a organização da empresa capitalista – e também sobre a organização do Estado-aparato – a “modernização” impõe a institucionalização de um agir econômico e administrativo orientado pela racionalidade voltada aos fins (Zweckrationalität).

<sup>50</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 158, out./dez. 2004.

<sup>51</sup> SILVA, **Comentário...**, p. 820.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 821.

<sup>53</sup> Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>54</sup> COMPARATO, Fábio Konder A organização constitucional da função planejadora. In: **DESENVOLVIMENTO econômico. e intervenção do estado na ordem constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 89.

<sup>55</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 821.

implementação de uma coerência estabelecida a partir da opção política de determinados fundamentos e princípios que estabelecerão “finalidades gerais a serem atingidas pelas ações dos agentes privados ou públicos que participam da realidade sócio-econômica,”<sup>56</sup> imprimindo ao mercado um valor constitucional que lhe dá uma dimensão social, partindo da premissa de que em seu sentido puramente econômico, pode determinar preços, não podendo, porém, fixar valores sociais, os quais são quem determinam a natureza e os limites dele<sup>57</sup>.

Na identificação de tais princípios e finalidades se percebe uma matriz composta de valores com origens ideológicas diversas, principalmente na contraposição entre elementos marcadamente liberais e elementos socialistas<sup>58</sup>. Essa coexistência, mais do que caracterizar uma tentativa infrutífera de conciliação de projetos e objetivos opostos, procurou atenuar as injustiças decorrentes “a partir das opressões sociais e econômicas do regime econômico liberal clássico,”<sup>59</sup> destinando principalmente ao legislador a tarefa de criar instrumentos jurídicos de defesa e emancipação e de proporcionar infraconstitucionalmente condições para o desenvolvimento de uma ordem sócioeconômica justa<sup>60</sup>.

Essas condições devem ser estruturadas a partir da utilização do planejamento econômico<sup>61</sup>, instrumento compatível com a economia social de mercado na medida que equilibra o crescimento econômico, além de estimular o desenvolvimento regional e setorial, a fim de atender as necessidades da coletividade com base na crescente eficiência e bem-estar social no sistema de trocas<sup>62</sup>.

A planificação, que se qualifica como *indicativa* e surge no sistema democrático como meio de assegurar o funcionamento harmônico e o

---

<sup>56</sup> Scott, **Direito...**, p. 89.

<sup>57</sup> SILVA, **Comentário...**, p. 821.

<sup>58</sup> SCOTT, op.cit., p.90. O autor, ao fazer menção ao pensamento de José Afonso da Silva, afirma que: “registrando a existência de um compromisso de contemplação de duas ou mais proposições ideológicas – de um lado, as forças políticas liberais e tradicionais e, do outro, as aspirações populares por justiça social.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> SILVA, op. cit., p. 821.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 821.

desenvolvimento desejado da economia nacional<sup>63</sup>, deve ser elaborado com a participação dos representantes dos vários interesses e classes sociais do Estado a fim de viabilizar a realização da pessoa humana em todas as suas dimensões.

### 1.1) Do Estado-nação ao Estado-mercado

Considerando que esse plano da atividade do Estado surge na evolução da ordem Constitucional, a percepção de que a ultrapassagem do referencial de Estado(nação), assim considerado como aquele que justifica-se como instrumento para servir ao bem estar do povo(da nação), encontrará no que Bobbit<sup>64</sup> qualifica como “Estado-mercado”<sup>65</sup> o instrumento para maximizar as oportunidades de que usufruem todos os membros da sociedade, onde a abertura de oportunidades na maior escala possível enseja que se maximize o aumento de riqueza de um modo geral.

O chamado “Estado-nação”, que se define por seu vínculo axiomático com determinado povo e por sua apresentação como benfeitor deste, tem no seu senso de identidade a incidência de consideráveis abalos pela cada vez maior dificuldade que tem em desimcumbir-se das tarefas que lhe são naturais<sup>66</sup>, entre outras, do gerenciamento do crescimento econômico da sociedade, de modo a proporcionar um contínuo aprimoramento das condições materiais de vida de todas as classes<sup>67</sup>.

É fato que a regulamentação dos mercados do modo como vem sendo realizada pelo Estado tornou-se impopular<sup>68</sup>, encontrando-se muitos cidadãos completamente marginalizados na vida política de suas sociedades, tendo as empresas privadas assumido a iniciativa em relação ao desenvolvimento

---

<sup>63</sup> GALVES, **Manual...**, p. 241.

<sup>64</sup> BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna**: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. São Paulo: Campus, 2003, p. 215.

<sup>65</sup> Conforme Bobbitt, “o Estado-mercado avalia seu êxito ou fracasso econômico conforme a capacidade da sociedade de obter mais e melhores bens e serviços.”(Ibidem, p. 214)

<sup>66</sup> Ibidem, p. 194.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 194.

internacional, além de determinarem se as políticas econômicas do estado merecem confiança e crédito<sup>69</sup>, elementos essenciais para seu desenvolvimento<sup>70</sup>.

De outro modo, isso significa a ultrapassagem de velhos esquemas dogmáticos e ideológicos, necessitando o político e o jurista de novos instrumentos de análise política, econômica, social e jurídica a fim de definirem que tipos de organização têm as melhores condições de chegar a decisões eficientes para satisfazer os interesses da sociedade<sup>71</sup>. Falar em decisões eficientes significa ter como condição opções livres, tomadas com plena consideração de custos e benefícios, estabelecendo certa proporcionalidade que resulte no máximo de benesses sociais, o que tem o condão de eliminar a separação entre o *mercado* e o *Estado*<sup>72</sup>.

Essa mudança, que reflete sobre os conceitos de eficiência produtiva, demanda um novo modelo, em que determinada “otimização” dos fatores de produção oportunizassem a satisfação máxima de interesses com um mínimo de custos<sup>73</sup>.

Importante referenciar que na relação entre direito e economia se verifica a necessária conciliação entre a regra econômica, que tem por finalidade a ordenação da atividade econômica do homem de modo que obtenha o máximo de resultado útil com o mínimo de esforço ou custo<sup>74</sup>, e a regra de direito tem por objetivo ordenar a atividade humana de modo que esta se realize de acordo com a justiça, qualificando-se a segunda como garantidora de que a primeira se realize de acordo com a justiça<sup>75</sup>.

Isso significa perceber a função do Estado não sendo orientada para processos, com a profusão de regras e regulamentações imparciais objetivando o

---

<sup>69</sup> Exemplo disso são as chamadas agências de *rating* ou de risco, entes privados que atribuem uma nota ao grau de confiança que determinado Estado desperta em relação à administração das sua economia.

<sup>70</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p. 194.

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Re institucionalização..., p. 87.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p.87.

<sup>74</sup> GALVES, **Manual...**, p. 15.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

alcance do comportamento visado, como até aqui concretizado<sup>76</sup>, mas perseguir os objetivos previamente estabelecidos por intermédio de estruturas de incentivo.

Nesse sentido, a eficiência do Estado, inclusive como determinação Constitucional (*art.37, caput*)<sup>77</sup>, lhe atribui o papel de garantidor de que as relações individuais sejam justas e que, ao mesmo tempo, as instituições funcionem de modo adequado para promover o desenvolvimento presente e futuro do país<sup>78</sup>.

Dessa forma, como observa Carlos Galves<sup>79</sup>, o fim do Estado se apresenta como sendo a construção de uma sociedade em que todos e cada um dos homens encontrem, de modo cada vez mais efetivo, os meios materiais e culturais para realizar a sua vocação, as suas potencialidades, o seu destino individual.

As possibilidades de aprimoramento de quaisquer escolhas políticas para melhorar as escolhas interventivas que excepcionalmente se deva fazer na ordem econômica deve estar submetida a um critério de maximização de resultados<sup>80</sup>. Daí, o chamado “Estado-mercado” passa a ser responsável pela maximização das opções oferecidas aos indivíduos, protegendo a autonomia de cada nas suas opções e, conseqüentemente, reduzindo os custos transacionais da escolha individual<sup>81</sup>, além de maximizar o aumento de riqueza de modo geral.

Especialmente porque o próprio ato de optar é uma conseqüência da escassez dos recursos que interessam às pessoas, questão ambientada<sup>82</sup>, de um lado, numa pluralidade de indivíduos, onde cada um procura satisfazer os seus objetivos de vida e, de outro, um conjunto de recursos escassos permitindo que alguns desses objetivos, mas não todos, sejam alcançados. Não desconsiderando

---

<sup>76</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p. 194.

<sup>77</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”(grifo nosso)

<sup>78</sup> WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 101, p. 10, mar. 2006.

<sup>79</sup> GALVES, **Manual...**, p. 17. O autor refere que: “trata-se de construir uma sociedade aberta, pois ela deve basear-se na natureza do ser humano, que é um ente aberto para a liberdade, a responsabilidade e a criatividade.”

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, **Reinstitucionalização...**, p. 93.

<sup>81</sup> BOBBITT, *op.cit.*, p.216.

<sup>82</sup> ACKERMAN, Bruce A.. **Social justice in the liberal state**. New Haven and London, Yale University, 1980, p. 327.

aqui um princípio fundamental na sociedade da informação de que o poder é base das decisões legais<sup>83</sup>.

Cumprir observar que essa escassez, revela um conflito inevitável, no qual os indivíduos que conflitam entre si questionam porque o outro estaria autorizado a frustrar seus objetivos<sup>84</sup>, questão que identifica um problema fundamental das teorias liberais, qual seja, determinar o que um indivíduo poderia dizer para o outro a fim de convencê-lo da sua legitimidade em reivindicar determinado direito<sup>85</sup>.

Eventuais observações sobre o caráter individualista de tal posicionamento comportam duas observações. Não há dúvida que o mercado não seja um bom ambiente para a assistência mútua<sup>86</sup>, na medida que o sujeito ao ajudar os outros estaria reduzindo, por um determinado período que seja, as suas próprias opções. Porém, o trabalho em conjunto e a harmonia das relações representa uma estratégia fundamental na vida em sociedade, qualificando-se como indicadores fundamentais na perspectiva de sucesso de longo prazo, fato capaz de ensejar o incentivo às instituições capazes de motivar as pessoas a cooperar<sup>87</sup>.

Além disso, o indivíduo encontra na sociedade, tanto em relação a seus predecessores quanto aos demais membros, seus referenciais de modelo de comportamento, condição que não implica dizer que não há sentido em pensar o sujeito como uma pessoa distinta das demais, com distinta personalidade e objetivos<sup>88</sup>, implica reconhecer que essa distinção não foi alcançada independente da sociedade, mas como resultado da sua interação com essa sociedade<sup>89</sup>.

Essa necessária interação implica em afirmar o individualismo sem, contudo, rejeitar a necessária dependência dos outros, muito embora essa dependência não

---

<sup>83</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p.217.

<sup>84</sup> ACKERMAN, **Social...**, p. 327.

<sup>85</sup> ACKERMAN, **Social...**, p.329. observa que: "Thus, at the liberal's moment of truth – when you and I confront one another over scarce goods – I shall have only my contestable intuitions to proffer you if I seek to justify my claim to power by appealing to the ideal observer.", terceiro esse identificado na pessoa de um juiz.

<sup>86</sup> BOBBITT, op. cit., p. 217.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>88</sup> ACKERMAN, op.cit., p. 330.

<sup>89</sup> Ibidem.

pressupõe permitir que os outros possam subordinar o indivíduo como meio de alcançarem seus próprios interesses<sup>90</sup>. Portanto, a essência dos direitos individuais é edificada através de um diálogo social e, assim, o triunfo do individualismo corresponde ao triunfo da sociedade<sup>91</sup>.

Há que se considerar que, concretamente, se está um tanto distante de um estado bem ordenado nessa edificação da sociedade através de um diálogo social<sup>92</sup>, no qual o poder que incumbe a um indivíduo deve ser consistente com a possibilidade de autodeterminação de outro, até porque a sociedade está repleta de estruturas de exploração que confirmam esse desequilíbrio<sup>93</sup>, até porque aos indivíduos não é comum, diante das oportunidades que lhe são dadas, compará-las com as que são obtidas pelos demais<sup>94</sup>.

Nesse sentido, o propósito da justiça social<sup>95</sup> num estado liberal não é a construção de um outro sistema no qual tudo devesse estar condicionado aos grandes ideais da coletividade, mas, ao contrário, é construir uma forma de sociedade na qual a cada participante é garantido o direito de viver sua própria vida indiferente ao que os outros pensem dele<sup>96</sup>.

Cumprir observar que algumas variáveis próprias das sociedades liberais<sup>97</sup>, como o grau de individualismo admitido ou de liberdade no sistema empresarial,

<sup>90</sup> ACKERMAN, **Social...**, p. 347. afirma que: "Rather than achieving his sense of individuality independently of the political community, each citizen of a liberal state begins his encounter with his fellows with the most naïve kind of self-assertion: "I want it. What gives you the right to deprive me of it?"".

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 375.

<sup>93</sup> Conforme Eros Roberto Grau e Paula Forgioni (GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa, o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23): "A normatização protetiva não advém da solidariedade, como querem alguns, mas da expressão de uma estratégia para a promoção do mercado".

<sup>94</sup> ACKERMAN, op. cit., p. 375.

<sup>95</sup> Segundo ACKERMAN, **Social...**, p. 376, ao comentar uma visão naturalmente individualista do ser humano: "When faced with this prospect, the committed liberal must find a new way of expressing Aristotle's great question. He asked whether it is possible for a good person to live in a bad society. We must ask: Is it possible for a free person to live in an unjust society?"

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> Para Bobbitt, "O Estado-nação assumiu a responsabilidade pelo planejamento econômico da sociedade, redistribuindo renda e prestação de contas pelas vias democráticas, e prometia proporcionar(em graus variáveis) emprego, saúde, educação e previdência social", porém "As dificuldades orçamentárias do Estado-nação, no entender de certos críticos, decorrem do fato de que, ao comprometer-se com o fomento do bem-estar de todos os seus cidadãos, ele restringiu as

pressupõem um ajuste pelo Estado quanto à responsabilidade coletiva, à modulação do mercado e à estabilidade social de longo prazo<sup>98</sup>.

Com isso, o chamado “Estado-mercado deixa de fundamentar sua legitimidade na melhoria do bem-estar de seu povo e começa a tentar permitir que os indivíduos maximizem o valor dos seus talentos, proporcionando-lhes o maior número de oportunidades para tanto.”<sup>99</sup>

Não se trata, portanto, de uma concepção individualista que remontaria aos princípios oitocentistas<sup>100</sup>, mas uma forma de interpretar a condição humana no seu relacionar que abandona um assistencialismo do Estado<sup>101</sup>, característico das sociedades onde o desequilíbrio material encontra no direito um fiel da balança, passando a centrar seus esforços na consagração do sujeito enquanto elemento vital da perpetuação do regime jurídico da livre iniciativa.

Essa percepção da salvação do homem pelo desenvolvimento econômico<sup>102</sup> vem concretizando o interesse de utilização do Direito como meio de institucionalizar relações mais justas e eqüitativas<sup>103</sup>, em que o ordenamento jurídico deixa de ser, exclusivamente, um sistema de limites à ação dos indivíduos em prol da coexistência social, tendo o valor normativo se transferido para o comportamento político na medida que estimula e concorre para o desenvolvimento material da sociedade<sup>104</sup>.

---

oportunidades de seus trabalhadores mais produtivos (por meio da legislação reguladora e redistributiva) e inadvertidamente prejudicou seus trabalhadores mais necessitados e menos produtivos ao prendê-los a programas que os condenam a um círculo de dependência.” (ACKERMAN, **Social...**, p. 226).

<sup>98</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p. 227.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 670.

<sup>100</sup> GOMES; VARELA, **Direito...**, p. 14.

<sup>101</sup> Como observa GALVEZ, **Manual...**, p. 239: “Com isso, acentua-se que, na democracia econômica, ou neocapitalismo, o Estado, sem necessidade de socialismo, mas usando métodos diretos e indiretos de intervenção, está sempre atento e atuando para que o mecanismo dos mercados sempre funcione de maneira a produzir os seus resultados benéficos para a economia nacional, evitando os abusos, distorções ou lacunas deles, e assegurando o equilíbrio e o desenvolvimento da economia nacional.”

<sup>102</sup> Por todos, essa referência encontra seus fundamentos na obra de WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

<sup>103</sup> GOMES; VARELA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 17.

A presença explícita do desenvolvimento econômico no texto constitucional define as grandes linhas da política econômica, que legitimarão estímulos às decisões das partes contratantes, quando puserem em prática a liberdade de contratar<sup>105</sup> e, assim, o sentido único de repressão à liberdade contratual, característico das concepções liberais foi substituída “pelo intuito de levar o indivíduo a entrosar-se na vida social e a livremente decidir-se pela participação nos planos e nas iniciativas de interesse coletivo, na política econômica do desenvolvimento.”<sup>106</sup>

Em recente estudo do Banco Mundial (BIRD) que está inserido no Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial - 2006, denominado *Equity and Development* (Eqüidade e Desenvolvimento)<sup>107</sup> e produzido por uma equipe de oito autores chefiados pelos economistas Francisco Ferreira e Michael Walton, a eqüidade é apresentada não somente como um fim em si mesma, mas como meio de concretizar o desenvolvimento econômico, por freqüentemente incentivar um investimento maior e mais produtivo, o qual leva a um crescimento mais rápido.

Nesse sentido, fica demonstrado como grandes abismos de desigualdade na riqueza e oportunidade, tanto no interior dos países como entre eles, contribuem para a continuação de uma extrema privação<sup>108</sup>, freqüentemente atingindo uma grande camada da população. Isto leva à perda de potencial humano e, em muitos casos, pode retardar o ritmo do crescimento econômico sustentado ou de longo prazo.

A idéia não é a igualdade das rendas, mas a expansão do acesso, por parte das pessoas de baixa renda, aos cuidados da saúde, educação, emprego, capital e direitos de posse da terra<sup>109</sup>. Como ponto crucial, a igualdade requer acesso às liberdades políticas e ao poder político. Significa também eliminar os estereótipos e a discriminação, bem como melhorar o acesso aos sistemas judiciários e à infraestrutura.

---

<sup>105</sup> SOUZA, Lições..., p. 113.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>107</sup> BANCO MUNDIAL. **Equity and development.** Disponível em: <http://www.sitesources.worldbank.org>> Acesso em: 23 set. 2005.

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Ibidem.

A fim de aumentar a eqüidade nos países em desenvolvimento, o relatório especificamente propõe a elaboração de políticas que corrijam as persistentes desigualdades de oportunidade, oferecendo chances econômicas e políticas iguais. Muitas dessas políticas também tendem a aumentar a eficiência econômica e corrigir falhas do mercado.

Entre as políticas referenciadas, está a necessidade do Estado prover redes de segurança para os grupos vulneráveis; expansão do acesso à justiça, promoção da eqüidade nos mercados financeiro, trabalhista e de produtos, para que os pobres tenham acesso facilitado ao crédito e ao emprego e não sejam discriminados pelos mercados<sup>110</sup>.

Na concretização dessas políticas, referenciadas no Estudo<sup>111</sup>, aplicadas em estreita atenção às condições específicas de cada país, poderá auxiliar às pessoas de baixa renda o acesso a mais oportunidades iguais, aumentando imediatamente sua contribuição econômica para a respectiva sociedade e reduzindo a própria pobreza.

Importante referenciar a clara distinção entre igualdade e eqüidade que o estudo faz na mesma linha defendida por Bobbit<sup>112</sup>. Nesse sentido, não se relaciona a eqüidade com a idéia de igualdade de renda ou de situação de saúde ou qualquer outro efeito específico. Pelo contrário, é a busca de uma situação em que as oportunidades sejam iguais, ou seja, em que o esforço pessoal, as preferências e a iniciativa – e não as origens familiares, casta, raça ou gênero – sejam responsáveis pelas diferenças entre realizações econômicas das pessoas, num manifesto afastamento da noção assistencialista do Estado-nação<sup>113</sup>.

A eqüidade e a prosperidade, segundo o Estudo<sup>114</sup> e Bobbit<sup>115</sup>, são complementares e, portanto, altos níveis de desigualdade econômica e política levam a instituições econômicas e acordos sociais que favorecem sistematicamente

---

<sup>110</sup> BANCO MUNDIAL. **Equity...**

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p. 194.

<sup>113</sup> BANCO MUNDIAL, *op. cit.*

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 194.

os interesses das pessoas de maior influência, solapando o potencial de crescimento do país e a redução da pobreza.

Como observa Francisco Ferreira<sup>116</sup>, “instituições injustas impõem custos econômicos”, tendendo a “proteger os interesses das pessoas politicamente influentes e ricas, freqüentemente em detrimento da maioria. Isto torna ineficiente a sociedade como um todo. Se os grupos da classe média e as pessoas mais pobres não conseguirem tirar proveito de seus talentos, a sociedade perde oportunidades de inovação e investimento.”

É interessante verificar que essa complementaridade entre eqüidade e prosperidade revela uma relação direta e necessária entre a maximização do desenvolvimento da sociedade e a do indivíduo.

Para ajudar as sociedades a escapar dessas armadilhas da desigualdade, o Estudo<sup>117</sup> chama a atenção para a importância de se fortalecer a “agência” dos pobres e dos grupos excluídos, ou seja, sua capacidade de fazer pressão em prol de mecanismos mais fortes de expressão e responsabilidade política.

Ao insistirem em vigilância e equilíbrio no tocante ao abuso do poder econômico e político por parte das elites<sup>118</sup>, as pessoas de baixa renda e as excluídas – freqüentemente incluindo as mulheres como um grupo – podem formar parcerias com as classes médias a fim de apoiar estratégias de mudança eqüitativa.

Tais estratégias ajudariam a minar o domínio oligárquico e nivelar as regras no campo político, sem recorrer a insustentáveis políticas de cunho populista, que fracassaram no passado e que tão fortemente caracterizaram o Estado-nação, sendo capazes de alcançar uma nova referência, já no âmbito do “Estado-mercado”.

---

<sup>116</sup> BANCO MUNDIAL. **Equity...**

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> *Ibidem.*

## 1.2) A Noção Jurídica de Mercado

A idéia de mercado pressupõe o interesse de uma pluralidade de sujeitos na troca ou nas probabilidades de troca de um determinado produto<sup>119</sup>, formado das mais diversas maneiras<sup>120</sup>, representando, sob o ponto de vista sociológico, sociedades racionais e sucessivas, com um caráter efêmero, considerando o tempo do adimplemento<sup>121</sup>.

A própria tratativa, preparatória do negócio, representa uma ação comunitária<sup>122</sup>, já que ambas partes interessadas na troca orientam os seus oferecimentos no atuar potencial de um número indeterminado de interessados na troca, real ou imaginários, e não só no comportamento da outra parte<sup>123</sup>, ou seja, no receio de que terceiros possam, efetivamente, influenciar na formação do preço.

Essa institucionalização<sup>124</sup> do mercado encontra em obra de Natalino Irti<sup>125</sup> um referencial importante no estabelecimento dos fundamentos que vinculam o Estado, o mercado e a pessoa<sup>126</sup>.

A posição de Irti<sup>127</sup> é no sentido de compreender o mercado como ordem no sentido de regularidade e previsibilidade no agir, onde quem entra no mercado sabe quais são as regras do “jogo”, qualificando-se o crédito como decorrência da confiança do agir do outro a partir da possibilidade de um cálculo sobre o futuro<sup>128</sup>,

<sup>119</sup> WEBER, Max. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 493.

<sup>120</sup> mercado local, feiras, bolsa de valores.

<sup>121</sup> WEBER, op. cit., p.493.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> “Todo *instituto jurídico* é um conjunto ordenado de normas” (GOMES; VARELA, **Direito...**, p. 9).

<sup>125</sup> IRTI, natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2001.

<sup>126</sup> No mesmo sentido GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, n. 8, p. 51-77, abr./jul. 2000, p. 58.

<sup>127</sup> IRTI, op.cit., p. 5.

<sup>128</sup> No mesmo sentido GRAU, FORGIONI, O estado..., p. 50. A posição de Eros Grau vai concretizada no STF em julgados como a ADI 351- julgado em 15/02/2006, na qual afirma, na qualidade de Relator, que: “Assim é porque o mercado é uma *instituição jurídica*. Dizendo-o de modo mais preciso: *os mercados são instituições jurídicas*. A exposição de Natalino Irti é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural — não é um *locus naturalis* — mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*. O fato é que, a

ou seja, pela uniformidade do agir, onde a força de uma expectativa repousa o objetivo regra do direito e não na arbitrária valoração da parte.

Os fenômenos de mercado são determinados por interesses racionais de fim e pela legalidade racional<sup>129</sup>, especialmente a inviolabilidade formal do prometido, que se espera da outra parte, constitui o conteúdo da ética do mercado, elemento revelado pelo potencial interesse das partes em continuar no futuro as relações de troca<sup>130</sup>, seja reciprocamente, seja com outros parceiros.

Surge, com isso, uma aparente contradição entre os referenciais de regularidade/previsibilidade e liberdade, na medida que a regularidade implica na superação da individualidade e a previsibilidade, na possibilidade do sujeito conhecer o futuro das suas relações, se constituindo, ao contrário, em condição para a manifestação da vontade do indivíduo no estabelecimento de seus vínculos jurídicos.

A questão também toma corpo, segundo Irti, no pensamento de Hayek<sup>131</sup>, quando este refere como meio do estabelecimento da ordem social dois planos. Um plano espontâneo (*cosmos*), que resulta na regularidade do comportamento dos elementos nele compreendidos e um plano induzido (*taxis*), como resultado de um desenho que atribui valor a elementos singulares, organizados de acordo com o fim delineado ou escopo perseguido.

---

deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males.

<sup>129</sup> WEBER, **Economia...**, p. 493.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 494.

<sup>131</sup> IRTI, **L'ordine...**, p. 6 faz referência ao pensamento de Friederich August von Hayek sintetizado nas obras *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* (1968), ora in *Id.*, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, trad. It., Roma 1988, pp 83-110 e *Legge, legislazione e liberta*, trad. It. di P.G. Monteri, Milano 1994, pp.48 sgg.

Estabelecida essa diferença, a estrutura ordenada produzida no mercado seria uma ordem espontânea (*cosmos*)<sup>132</sup><sup>133</sup>, fundamentalmente diversa daquela, identificada como organização, que se chama economia, posição criticada por Irti ao observar que o critério de distinção entre o *cosmos* e a *taxis* está na essência da norma, no modo de estabelecer a ordem e, portanto, não havendo dois tipos de ordem, mas duas classes de norma, que atribuem à ordem uma fisionomia diversa, que em ambos os casos, dependem sempre da norma, da vontade imperativa que determina a regularidade do agir.

Com isso, o pensamento de Hayek demonstra que o mercado, enquanto ordem das trocas, necessita de normas ordenadoras<sup>134</sup>, indicando que cada mercado é desenhado por seu próprio estatuto jurídico, podendo o seu conteúdo oscilar da simples delimitação e proteção do campo de atividade até a escolha do escopo e do comando específico para um comportamento.

Dada a sua relevância social, não há dúvida da importância da decisão definidora do conteúdo normativo delineador da ordem de trocas em uma determinada sociedade, que tem um caráter manifestamente político, que se revela no plano histórico e jurídico, onde essa opção material imprime uma determinada fisionomia às trocas<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> “dopo un accenno all’ulteriore distinzione tra volontà e opinioni, cioè tra scelta di fini e scelta di valori, Hayek raccoglie le due grandi dicotomie, per prime delineate, nel l’antitesi di *nomocrazia* e *teleocrazia*. Una nomocrazia corrisponde al [...] *cosmos*, che si basa interamente su norme generali o *nomoi*, mentre una teleocrazia corrisponde ad una *taxis* (ordinamento o organizzazione), indirizzata a fini particolari o *teloi*”(IRTI, **L’ordine...**, p. 8).

<sup>133</sup> Calixto Salomão Filho, ao comentar que a base teórica para o mito neoliberal da globalização encontra-se nos escritos de Hayek sobre a inoperância da atividade estatal, refere que muitos desconsideram em absoluto a evolução da teoria desse pensador, onde nessa área ela não tem nada de neoliberal. Para ele, “a Escola ordo-liberal de Freiburg, cujos principais representantes são W.Eucken, F. Böhm e H.J. Mestmäcker, não deve ser confundida com a Escola Austríaca, formada exclusivamente por economistas e de marcada tendência neoliberal. A primeira faz uma leitura muito mais intervencionista das teorias de Hayek do que a segunda.”(SALOMÃO FILHO, **O novo direito...**, p. 16).

<sup>134</sup> Se il mercato è ordine disegnato da regole; e il contenuto di queste può oscillare dalla semplice delimitazione e protezione di campi di attività (i *nomoi* do Hayek) sino alla scelta di scopi e al comando di specifici comportamenti (le *thesis*); allora non abbiamo, per rigore di lógica, *um* mercato, ma *tanti mercati quanti i concepibili contenuti delle norme ordinatrici*.(IRTI, op. cit., p. 12)

<sup>135</sup> “Si consideri, ad esempio, l’elementare relazione di scambio tra prezzo e proprietà di una cosa: essa non è isolabile dalle norme che, nei diversi regimi storici, la prevedono e disciplinano. La decisione legislativa circa la capacità dei soggetti e la commerciabilità dei beni e le modalità dell’accordo e i diritti e obblighi delle parti, esprimendosi in un insieme di regole, da *forma alla relazione di scambio* nel mercato tolto in esame.” (Ibidem, p. 12).

Parece adequado, aqui, fazer uma remissão ao pensamento Aristotélico, especialmente pela referência que fazia na institucionalização do mercado em função da necessidade de viabilização das trocas<sup>136</sup>, considerando essencialmente o referencial do justo nas relações. Para tanto, refere que a noção do justo está vinculada pela proporcionalidade nas retribuições que permeia a reciprocidade.

Essa proporcionalidade, diante de pessoas tão diferentes que compõem a sociedade, estaria em apuros, não fosse o estabelecimento pelo Estado de um padrão único como referencial, qual seja, o dinheiro. A condição do dinheiro como uma medida, “torna os bens comensuráveis e os equipara entre si; e não haveria associação se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade”<sup>137</sup>.

A relação direta entre comensurabilidade, associação, troca e igualdade, propiciada, entre outras, pela criação do dinheiro, demonstra bem a inserção do Estado na modulação da dinâmica das relações sociais, criando condições para a concretização da natural vocação humana de intercâmbio com seus pares em busca da satisfação de suas necessidades.

Na esteira desse pensamento, Max Weber<sup>138</sup> chama de *situação de mercado de um objeto de cambio* a totalidade das probabilidades de troca do mesmo contra dinheiro que possam ser conhecidas pelos participantes na sua orientação pela luta de preços e de concorrência, identificada a *liberdade de mercado*<sup>139</sup> a partir do grau de autonomia dos participantes privados nessa luta de preços e concorrência e a *regulação do mercado*<sup>140</sup>, como a situação em que está materialmente limitada por uma ordenação efetiva a frequência que um objeto costuma ser objeto de troca ou a liberdade de mercado para possíveis contratantes.

---

<sup>136</sup> “Mas o dinheiro tor[30]nou-se, por convenção, uma espécie de representante da procura e se chama dinheiro(nômisma) porque existe, não por natureza, mas por lei(nomos). (ARISTÓTELES. **A ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro 2002, Livro V, 5, [30])

<sup>137</sup> Ibidem, Livro V, 5, [15].

<sup>138</sup> Max Weber, **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 62.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 63.

Por outro lado, quanto a uma eventual crítica em relação às possíveis restrições à liberdade ou autonomia do indivíduo no estabelecimento de suas relações de troca, cumpre observar que não há uma medida natural de liberdade como ponto referencial<sup>141</sup>, mas somente a medida historicamente considerada no estatuto do mercado, que legitima o seu exercício somente quando realizado na conformidade do desenho legal previamente estabelecido, o que caracteriza a artificialidade como já referida.

Esse desenho legal parte da premissa que cada componente do sistema jurídico tem uma função certa e determinada<sup>142</sup>, que é instrumental a todo o sistema e com ele harmonizado.

Com essa dimensão jurídico estatal na estruturação e conformação do mercado, a competência Estatal se revela numa multiplicidade de modalidades ou técnicas jurídicas, seja através do estabelecimento de princípios gerais, que individualmente considerados estão dirigidos a uma determinada situação singular (p.ex.:responsabilidade nas sociedades empresárias); seja através do que se qualifica como constituição econômica<sup>143</sup>, externalizada em dois significados diversos.

No primeiro deles, se apresenta como síntese descritiva da força, poder e temas executados na economia de um Estado em um dado momento<sup>144</sup>, numa configuração dotada de uma função histórico-política, que afasta, com isso, as influências ideológicas da dinâmica de poder na sociedade, correspondendo ao real e efetivo constituir-se da empresa produtiva e de troca.

No outro, se apresenta como síntese normativa de princípios e regras, estabelecendo expressamente um conteúdo normativo que alcança diretamente o

---

<sup>141</sup> IRTI, *L'ordine...*, p. 15.

<sup>142</sup> FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 163.

<sup>143</sup> IRTI, op. cit., p.15.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

legislador ordinário<sup>145</sup>, além de apresentar-se como categoria hermenêutica e instrumento de auto-integração das lacunas.

Por outro lado, a unidade do desenho do sistema constitucional presume que a escolha da formatação da economia se enquadra na decisão sobre a existência política do Estado<sup>146</sup>, como parte do todo, com a conseqüente superação da possibilidade de separação da constituição do social frente à do econômico ou estado e sociedade ou política e economia.

Na medida que a Constituição não exaure a ordem jurídica, já que se limita a enunciar um critério diretivo e programático, cumpre referenciar a opção no âmbito da esfera privada de interesses, qual seja a livre iniciativa (art.170 CF)<sup>147</sup> que, invariavelmente, resta delimitada pela lei que determina os programas e os controles para que a atividade econômica pública e privada possa ser endereçada e coordenada a certos fins sociais.

Visivelmente a economia de mercado e a livre concorrência não se encontram *in natura* na sociedade e, por isso, a racionalidade não deve somente observá-las e descrevê-las<sup>148</sup>, especialmente por se tratar de institutos jurídicos, alcançando o direito uma função conformadora capaz de conferir a um mercado a sua própria e histórica fisionomia.

Assim, cada norma é portadora de uma *ratio*<sup>149</sup>, de um critério de valoração dos interesses em conflito, devidamente ordenados e o conteúdo econômico, o qual se poderia definir como espontâneo no choque de necessidades e pretensões individuais, é levado a medir-se com a *ratio* da norma, recebendo a sua qualificação e ingressando no círculo da regularidade jurídica.

---

<sup>145</sup> IRTI, *L'ordine...*, p.15.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> “art.170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

<sup>148</sup> Como observa FORGIONI, *Os fundamentos...*, p.195: “[...] o Estado, com o escopo de formatar o funcionamento do mercado, pode afastar a aplicação da Lei Antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração”.

<sup>149</sup> IRTI, *op. cit.*, 38.

Importante salientar que a economia de mercado e a livre concorrência não exprimem de per si uma disciplina jurídica<sup>150</sup>, aplicável a cada bem e situação histórica, mas agem como princípios, sobre os quais se modela a pluralidade de estatutos normativos.

O mercado toma forma pelas decisões de política econômica, onde o conteúdo da norma decorre destas e é capaz de estabelecer a sua regularidade. Nesse momento Irti<sup>151</sup> faz referência ao pensamento de Karl Renner, para quem os institutos jurídicos têm três funções diversas: produtiva, distributiva e consumativa, agrupando as regras jurídicas em função da fase econômica, admitindo-se, com isso, uma identidade entre institutos jurídicos e institutos econômicos, onde o conteúdo daqueles é próprio da norma que os constitui.

Cumprir observar que a disciplina normativa e a teoria jurídica do mercado não se exaurem no respeito ao contrato, não sendo o direito do mercado tão somente um direito de negócios<sup>152</sup>, mas também na relação entre as pessoas e bens, sendo a qualidade e o número de sujeitos, que ofertam e demandam bens, decisivos na construção jurídica do mercado, correspondendo à disciplina da concorrência e a tutela do consumidor, onde o singular vem considerado em relação aos outros<sup>153</sup>, não somente como parte de um negócio, mas como sujeito de mercado.

Daí não se poder identificar o mercado como um negócio singular ou uma pluralidade de negócios<sup>154</sup>, mas como um estatuto normativo, desenhado em razão da qualidade e multiplicidade de vendedores que se apresentam diante da massa de sujeitos que se apresenta objetivando a satisfação das suas necessidades.

Mais especificamente, na relação entre pessoa e mercado, a primeira deve ser considerada não com ente unitário, mas inserida na pluralidade de interesses

---

<sup>150</sup> IRTI, *L'ordine...*, p. 15.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 45. a referência ao pensamento de Karl Renner remete ao *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale (1929)*

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>153</sup> exercício da empresa ou aquisição de bens objetivando o consumo.

<sup>154</sup> IRTI, *op. cit.*, p.48.

singulares<sup>155</sup>; o segundo, como vem sendo sustentado, não como espaço primitivo e espontâneo, que se regula ao natural na tentativa de satisfação dos desejos humanos, mas como um sistema de relação governado pelo direito.

O direito se apropria<sup>156</sup> de ambos através da seleção analítica dos interesses, no caso da pessoa e pela construção artificial do mercado, ambos resultantes de uma opção política do Estado, num determinado momento histórico, podendo ser qualificada como Constituição Econômica e, se apresentando, numa alusão contrária à expressão de Adam Smith<sup>157</sup>, como a mão visível da lei. Essa visibilidade, aliás, pode ser representada pela própria opção de se deixar os negócios ao livre “jogo” dos interesses individuais ou relativizando essa liberdade através de variáveis como a publicidade dos atos ou a intervenção no que se qualifica como desequilíbrio material das relações negociais.

Na opção constitucional pela livre iniciativa (art.170 CF)<sup>158</sup>, esta não se apresenta somente como liberdade para a prática da empresa<sup>159</sup>, mas também como liberdade de acesso a um certo ramo de negócios, onde a permanência pressupõe a possibilidade de competir com os outros, numa manifesta conexão entre livre iniciativa e livre concorrência, onde o direito da concorrência estabelece os limites e a ordem para a iniciativa econômica.

Nessa correlação entre livre iniciativa e livre concorrência, resta assegurada<sup>160</sup> a liberdade de desenvolvimento de atividade econômica, não obstante a garantia da manutenção do sistema e das regras do jogo decorram da imposição de limites à atuação dos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado.

---

<sup>155</sup> IRTI, *L'ordine...*, p.49.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.67.

<sup>157</sup> a expressão “mão invisível do mercado” foi utilizada pelo referido autor SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

<sup>158</sup> Ver nota 24.

<sup>159</sup> Nas palavras de FERRI, *La cultura...*, p .847: “Espressione della ricchezza, in una società che si avvia ad essere completamente industrializzata (anche in agricoltura che poteva apparire il settore della vita economica meno suscettibile di essere toccato dai modelli organizzativi e produttivi dell'industria) é *l'impresa* e, dunque, il *lavoro* che è alla base della sua organizzazione e delle attività in cui essa si manifesta.”

<sup>160</sup> FORGIONI, **Os fundamentos...**, p. 271.

O Direito do Mercado se apresenta, então, como o direito da viabilidade e não como disciplina da destinação<sup>161</sup>, deixando de pretender controlar ou adotar um referencial de mérito das relações, seja da empresa ou dos atos individualmente considerados, para regular forma e modalidade, materializando a sua natureza instrumental<sup>162</sup>.

Por outro lado, há que se falar na liberdade de escolha da parte nas suas relações<sup>163</sup>. Partindo da premissa que o homem livre e consciente da sua decisão não poderá transferir para os outros a responsabilidade desta, o direito passa a se ocupar no sentido de garantir esta liberdade e consciência de escolha aos sujeitos de uma dada relação<sup>164</sup>.

Como fundamento para essa tutela, a disciplina da concorrência se apresenta como meio de garantia do poder de escolha e a disciplina da publicidade<sup>165</sup>, como meio de garantia da consciência da decisão, especialmente pelo papel que esta tem no plano da oferta, numa sociedade de consumo em massa.

Com isso, é possível concluir que o Direito do Mercado qualifica-se como um direito de auto-responsabilidade, que não pretende tratar da parte débil da relação de uma forma paternalista, mas intenciona, acima de tudo, garantir que, com a pluralidade da oferta e a lealdade da informação, a pessoa possa assumir o risco da sua própria preferência, ou seja, na medida que a pessoa tem a real dimensão da sua vontade, resta ao direito não admitir que elementos externos possam deformar essa vontade.

---

<sup>161</sup> IRTI, *L'ordine...*, p. 69.

<sup>162</sup> Como bem ilustra IRTI, *L'ordine...*, p. 70, usando como referência o preço: "Il prezzo non è, nei singoli casi, né giusto né ingiusto: esso semplicemente è, quale si determina nel libero gioco delle forze economiche e nell'incontro tra la domanda e l'offerta. *Lagiustizia Del prezzo é nella legalità della sua formazione*: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara."

<sup>163</sup> Roscoe Pound referencia que: "sem dúvida, os homens desejam ser iguais em todas as coisas. Mas também desejam ser livres. Desejam que lhes seja consentido usarem as qualidades e capacidades com que nasceram. realizarem a satisfação do desejo de serem iguais, no máximo do seu desenvolvimento, reduziria toda a atividade para um plano ínfimo de concretização possível. A ninguém seria permitido ir além da capacidade do menos eficiente de todos. (POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 160.)

<sup>164</sup> Ver a Parte I de MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>165</sup> A concorrência das empresas e a preferência dos consumidores são faces do mesmo fenômeno (IRTI, *op.cit.*, p. 72).

O caráter variável das situações vivenciadas na circulação de bens indica uma certa dificuldade na uniformização da sua regulação<sup>166</sup>, colocando de um lado do espectro de fatos dessa natureza, as relações que envolvam a negociação direta entre os agentes e, do outro lado, as relações de *massa*, onde o diálogo é substituído pela publicidade, o consenso decorre da escolha física da mercadoria e a identidade da parte desaparece na anônima repetição do gesto.

Em face dessa dificuldade de uniformização, é necessário buscar uma alternativa que respeite a multiplicidade de situações desse espectro jurídico em que se constitui a atividade econômica, mais especificamente através da função e da medida da vontade individual<sup>167</sup>.

A tutela pelo Estado da livre iniciativa observa, considerando os interesses da sociedade materializados na política, a necessidade de existência de um critério conformador<sup>168</sup>, pois conforme já referenciado, o trabalho em conjunto e a harmonia das relações representa uma estratégia fundamental na vida em sociedade, fato capaz de ensejar o incentivo às instituições capazes de motivar as pessoas a cooperar. Aqui, a solidariedade se apresenta como elemento capaz de evitar a execução de atos lesivos à utilidade social, à confiança ou a liberdade e a dignidade humana<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> IRTI, *L'ordine...*, p. 77.

<sup>167</sup> Como observa GALGANO, *La globalizzazione...*, p. 93: "In una società transnazionale in rapida trasformazione il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto."

<sup>168</sup> EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319 QO/DF – Distrito Federal. Relator: Min. Moreira Alves, 03 mar. 1993).

<sup>169</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 86.

## 2) A Relação Contrato e Mercado

Entendido o mercado como uma unidade jurídica de relações de troca<sup>170</sup>, cumpre ressaltar, como observa Reale<sup>171</sup>, fazendo referência, entre outros, ao disposto no *parágrafo único do art. 170*<sup>172</sup> da Constituição Federal, que os preceitos que disciplinam a ordem econômica indicam que a

liberdade de contratar está constitucionalmente assegurada, até porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático da ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de participação econômica, convencionando livremente a forma e o quantum da contraprestação julgada capaz e suficiente para corresponder aos esforços recíprocos.<sup>173</sup>

A atuação dos agentes econômicos está, então, estruturada a partir do valor fundamental da propriedade privada dos meios de produção – ícone do capitalismo, instrumentalizada a partir da liberdade de contratar<sup>174</sup>, que tem o sentido primeiro de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades daquela<sup>175</sup>, identificando à propriedade privada e à autonomia privada como princípios cardinais em torno dos

<sup>170</sup> IRTI, Natalino. Diritto e mercato. In: IL DIBATTITO sull'ordine giuridico del mercato. Roma: Laterza, 1999, p. XIV.

<sup>171</sup> REALE, Miguel. O equilíbrio econômico do contrato e a onerosidade excessiva. In: QUESTÕES de direito privado. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7.

<sup>172</sup> “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>173</sup> REALE, op. cit., p. 7.

<sup>174</sup> “Por más que nos venga impuesto abrir márgenes a la configuración autónoma de los particulares, nunca um mero *laissez faire laissez aller* hará justicia a todas las actuales tareas. Esto há de valer particularmente en las condiciones actuales, bajo las cuales surgen de la acción privada peligros para todos más frecuentes y mayores que antes, y en cuyo marco el ejercicio del poder privado económico y social – frecuentemente mediante el instituto de contrato – desempeña un papel creciente. La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite, el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por outra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado.” (HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 78).

<sup>175</sup> GRAU, A ordem ..., p. 125.

quais o direito organiza as relações jurídicas individuais, conferindo a essas a forma típica de relações de mercado<sup>176</sup>.

Cumprir observar que a propriedade privada dos meios de produção não pressupõe a opção, dentro da ideologia de mercado, pelo chamado capitalismo da empresa<sup>177</sup>, onde somente os interesses desta prevaleçam. Na verdade, o objetivo a ser alcançado corresponde ao chamado capitalismo da sociedade<sup>178</sup>, onde todos os participantes desta tenham condições de se beneficiar do sistema econômico predominante.

Em relação ao contrato<sup>179</sup>, na medida que o indivíduo deixa de ser um fim em si e se torna um *ser social*<sup>180</sup>, é perceptível que extrapola a sua condição de instrumento de conciliação de vontades individuais, tornando-se também um fato social<sup>181</sup>, especialmente nas atividades de natureza econômica, que, por mais individual que se pretenda considerá-la, sempre comporá a trama da vida político-econômica de sentido social global<sup>182</sup>, constituindo-se, então, como meio assecuratório do exercício da atividade econômica, com um perfil delineado cuidadosamente a fim de imprimir uma fisionomia e identidade a uma ordem econômica que valoriza a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da sua personalidade<sup>183</sup>.

Assim, a atividade econômica do particular sempre influenciou no sentido da vida econômica geral da sociedade<sup>184</sup>, se projetando para fora do indivíduo,

<sup>176</sup> BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene 1996, p. 320.

<sup>177</sup> GRAU, **A ordem ...**, p. 125.

<sup>178</sup> De resto, a atuação estatal ordenadora do processo econômico se manifesta de modo tão incisivo que, por vezes, não se limita o Estado a simplesmente impor a celebração coativa de contratos, mas define como compulsório o próprio exercício da atividade econômica. São os casos, exemplares, dos titulares de um privilégio de invenção ou de concessão para a exploração de jazida mineral, que deles serão despojados na hipótese de deixá-los sem exploração. Ai, na verdade, não se configura contratação coativa, mas exercício coativo de atividade econômica. (Ibidem, p. 130).

<sup>179</sup> Conforme GRAU; FORGIONI, **O estado ...**, p. 15, o contrato de ser entendido como instrumento da jurisdição de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam.

<sup>180</sup> GOMES; VARELA, **Direito...**, p. 55.

<sup>181</sup> Ibidem.

<sup>182</sup> SOUZA, **Lições...**, p. 109.

<sup>183</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**, v. 1, n. 11, p. 41-66, maio 2005, p.46.

<sup>184</sup> SOUZA, op.cit., p. 113.

alcançando, portanto, o plano social, legitimando a consideração do significado e da importância do contrato em face da ideologia adotada e de seu reflexo na política econômica<sup>185</sup>, o que implica em garantir a concretização dos princípios de respeito aos direitos individuais e coletivos, pelo ajustamento dos atos jurídicos privados ao sentido público da vida social e afasta a intervenção do Estado como expressão do puro arbítrio e repressão<sup>186</sup>.

O contrato é, então, tomado enquanto ato jurídico efetivado como atividade econômica<sup>187</sup>, meio pelo qual as partes contratantes participam direta ou indiretamente da “política econômica” posta em prática pelo Estado<sup>188</sup>, revelando o que se poderia qualificar como Ordem Pública Econômica<sup>189</sup>, com a utilização dos procedimentos de limitação da liberdade contratual para fins econômicos.

Reflexo disso, é que o mercado pode ser qualificado ao mesmo tempo como um resultado e uma medida<sup>190</sup>, pois, por um lado, representa o êxito de uma contratação particular, até porque não há mercado sem escambo e não há escambo sem contrato; por outro lado, é também a medida de uma contratação em particular, na qual toda tratativa está relacionada com as condições de mercado<sup>191</sup>.

Nesse contexto, há um núcleo de competências estatais não transferíveis aos particulares, envolvendo aqueles poderes essenciais à existência de um Estado Democrático de Direito<sup>192</sup>, impedindo que a iniciativa privada instrumentalize para seu êxito o uso do poder, procurando garantir uma espécie de “mínimo jurídico” para cada ser humano, composto de um núcleo irreduzível de liberdade e igualdade<sup>193</sup>, implicando que a redução da atuação direta do Estado deve ser acompanhada pelo

---

<sup>185</sup> SOUZA, **Lições...**, p. 114.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 121. O autor, citando Farjat, conceitua Ordem Pública Econômica como sendo o conjunto das regras obrigatórias nas relações contratuais, relativas à organização econômica, às relações sociais e à economia interna dos contratos.

<sup>190</sup> Ferri, *La cultura...*, p. 856.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> GALGANO, **La globalizzazione...**, p. 110 refere que: “La funzione del contratto, sostitutiva della legge, non può spingersi fino al punto di sostituirla nella previsione di disposizioni che nella previsione di disposizioni che nella legge sono espressione di una volontà sovrana.

<sup>193</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998, p. 131.

incremento de instrumentos de acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial<sup>194</sup>.

A questão passa a residir na capacidade de se identificar as bases estruturais de mercado, que interessam para fins do estabelecimento dos limites positivos e negativos de atuação dos agentes privados, inerentes ao capitalismo, permitindo o controle da atuação da livre iniciativa e resguardando os interesses daqueles a quem o sistema econômico pretende beneficiar.

## 2.1) A Livre Iniciativa e a Atuação dos Agentes Econômicos

O princípio da livre iniciativa, como observa Luis Roberto Barroso<sup>195</sup>, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, perfeitamente identificáveis no texto constitucional. Pressupõe ele, inicialmente, a existência da *propriedade privada*, ou seja, a possibilidade de apropriação particular dos bens e, principalmente, dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170,II). Também integra o núcleo da *livre iniciativa a liberdade de empresa* (CF parágrafo único do art.170) que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. A seguir, a livre concorrência, lastro para a faculdade do empreendedor definir os seus preços, que não de ser determinados no âmbito de um ambiente competitivo (CF, art.170, IV) e, finalmente é da essência do regime da livre iniciativa, e do seu próprio reflexo jurídico consubstanciado na autonomia da vontade<sup>196</sup>, a *liberdade de contratar*<sup>197</sup>.

Essa liberdade, é bom que se diga desde já, não se admite que possa ser exercida no vazio<sup>198</sup>, devendo estar contextualizada no âmbito da vida comunitária, implicando, no plano contratual, numa diversidade dos nexos de imputação capaz de demonstrar duas realidade conexas: o reconhecimento da diversidade de sujeitos e

<sup>194</sup> JUSTEN FILHO, Empresa...

<sup>195</sup> BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Fórum Administrativo**, São Paulo, n. 6, p. 711-733, ago. 2001, p. 712.

<sup>196</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

<sup>197</sup> BARROSO, op.cit., p. 712.

<sup>198</sup> MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 43.

dos papéis que desempenham na sociedade e a *racionalidade complexa e substantiva*<sup>199</sup> que passa a informar a ordem jurídica.

Na evolução do estudo das relações negociais, é perceptível, então, uma concepção mais social do contrato que o qualificaria como uma instituição jurídica mais flexível<sup>200</sup>, ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores de serem sujeitos de direitos fundamentais, especialmente em se considerando que a liberdade contratual pode ser entendida como a liberdade de acesso ao mercado, a liberdade de determinar o conteúdo do contrato<sup>201</sup> na busca da satisfação das suas necessidades materiais.

Na identificação desse vínculo entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, a atividade econômica assume um caráter relevante<sup>202</sup> em relação ao binômio liberdade/igualdade, o que se pode verificar na Constituição de 1988, quando estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art.5º, inciso XIII), que garante a liberdade de associação para fins lícitos (art.5º, inciso XVII), que protege a criação humana, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art.5º, inciso XXIX) ou quando identifica os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art.5º, inciso XXXII), elementos referenciais para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Na concretização desses direitos fundamentais à realização do homem enquanto ente que quer participar do meio em que se insere, a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados é buscada na Constituição<sup>203</sup>, que no direito brasileiro implementou, a partir das garantias fundamentais que estabelece, uma reconstrução através de nova

---

<sup>199</sup> A expressão é de MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 44, afastando a racionalidade meramente técnica, instrumental ou monológica que influenciou o pensamento até um passado não muito distante.

<sup>200</sup> MARQUES, **Contratos...**, p. 213. Não obstante o contrato seja o instrumento de circulação de riqueza das sociedades, a Autora aponta que: "hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas da qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro".

<sup>201</sup> BARCELLONA, . **Diritto...**, p. 374.

<sup>202</sup> MARQUES, op. cit., p. 211.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 216.

microcodificação, legislação infraconstitucional, identificada pela edição<sup>204</sup> de leis que se ocupam principalmente do funcionamento do mercado: Código de Defesa do Consumidor (Lei.8.078/90), Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº8.884/94), Lei de Proteção à Propriedade Industrial(Lei nº9.279/96), Lei que define crimes contra a ordem econômica(Lei nº8.137/90) e Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei nº1.521/51).

Como bem observa Paulo Bonavides<sup>205</sup>, o estudo dos Direitos Fundamentais tem motivado a realização de inúmeros trabalhos, além de debates, na tentativa de esclarecer algumas obscuridades e incertezas inerentes à matéria. Porém, conforme o referido autor<sup>206</sup>, já foi possível reconhecer a importância capital que a teorização assume para fixar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência, por via interpretativa, num sentido que permita concretizar a proteção da liberdade em termos de plena eficácia social.

Cumprir registrar que as mutações ocorridas no âmbito dos Direitos Fundamentais decorrentes da evolução da sociedade<sup>207</sup> são perceptíveis<sup>208</sup> com relação ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação; permitindo uma diferenciação ou enquadramento, considerando a variável tempo, em gerações<sup>209</sup> de direitos<sup>210</sup>.

---

<sup>204</sup> Aqui estendemos para além da proteção ao consumidor, alcançando o direito da concorrência e da propriedade industrial, que traz as regras sobre concorrência desleal.

<sup>205</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 340.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> Considerando as transformações ocorridas nos planos social, político, cultural e econômico

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

<sup>209</sup> SARLET, **A eficácia...**, p. 47 referencia que a utilização do termo gerações vem recebendo críticas na medida que poderia passar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra e não de complementaridade, fazendo com que a utilização da expressão dimensões lhe parecesse mais apropriado,.

<sup>210</sup> BONAVIDES, *op. cit.* p. 517, observa que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos de liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com interia propriedade, por abalizados juristas.

Numa visão geral, a liberdade pode ser conceituada como a possibilidade de se fazer ou não fazer o que queira<sup>211</sup>. Numa visão um pouco mais específica, poderia ser conceituada, nas palavras de Eros Roberto Grau<sup>212</sup>, como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado que explica não ser possível entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento (sensibilidade); e não se pode chamar de livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado (acessibilidade).

Este ideal de liberdade representa os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão.

Historicamente<sup>213</sup>, os direitos fundamentais aparecem como liberdades através das chamadas revoluções liberais, considerados como a esfera de autonomia dos indivíduos diante do poder do Estado<sup>214</sup>, exigindo deste abstenção, quanto possível, de intromissões na vida social. Importante observar a simplicidade destes direitos, sem condicionantes de fim ou função.

A materialização desta liberdade, na visão mais específica supra referenciada, pressupõe a impossibilidade da existência de um comportamento racional sem informação suficiente, sem publicidade. Neste sentido, observa Vieira de Andrade<sup>215</sup>, a construção individual da vontade geral exige cidadãos esclarecidos, que tenham tempo para se cultivarem e que não vejam a realidade distorcida por necessidades materiais que corrompem.

---

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 333.

<sup>212</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 237.

<sup>213</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 43.

<sup>214</sup> ANDRADE, **Os direitos...**, p. 43, referencia que o liberalismo pressupõe o indivíduo como ponto de partida. Por isso, explica contratualmente a sociedade e o Estado. Por isso, estabelece o processo e as condições de formação das leis no pressuposto (antropológico) da opinião própria.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 44.

Surgem, com isso, privilégios aos mais abastados<sup>216</sup>, identificados como tal de forma objetiva, passando a propriedade a representar um referencial necessário à garantia desta liberdade.

Com o alargamento da base de participação na sociedade, através dos movimentos de democratização, a democracia passou a representar uma condição e uma garantia dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem<sup>217</sup>.

Além dos direitos já referenciados direta ou indiretamente<sup>218</sup>, aos poucos foram se acrescentando outras liberdades, incluindo as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação)<sup>219</sup>, além dos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, demonstrando, neste caso, a supra referenciada relação próxima entre os direitos fundamentais e a democracia.

Importante referenciar a mobilidade de tais direitos, que se movimentam numa espiral crescente, sempre aberta a novos avanços. Conforme Paulo Bonavides<sup>220</sup>, se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

---

<sup>216</sup> P. ex., o direito de voto.

<sup>217</sup> ANDRADE, **Os direitos...**, p. 47. O autor diz que a democracia é(ou passa a ser), por isso, um elemento de conformação do seu próprio conteúdo e um critério do seu bom exercício – os direitos fundamentais vão até onde, e podem ser exercidos na medida em que contribuam para a manutenção ou o fortalecimento do sistema democrático. Esta interpretação valeria, pelo menos, para algumas liberdades – liberdades de expressão, de informação, de imprensa, de reunião e de manifestação, de associação-que deveriam ser encaradas(também) como funções de democracia, já que os preceitos que as prevêem seriam(também) normas(objectivamente) disciplinadoras da vida social e política.

<sup>218</sup> Direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal.

<sup>219</sup> SARLET, **A eficácia...**, p. 48.

<sup>220</sup> BONAVIDES, **Curso de...**, p. 517.

Por outro lado, a gradual superação do liberalismo representou o ingresso da sociedade numa nova ordem chamada sociedade técnica de massas<sup>221</sup>. Neste momento, o Estado passa a ser cada vez mais demandado a intervir na vida social<sup>222</sup>, sendo exigidas medidas de planejamento econômico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações a todos os níveis da vida social, configurando os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Na medida que, as relações de produção passaram a se estruturar mediante contrato<sup>223</sup>, não se modificou fundamentalmente na forma o tratamento jurídico de tais relações, mas se alterou de um modo representativo a função social da sua regulamentação, levando o legislador a diferenciar a propriedade exercida sob a forma de empresa da que consiste simplesmente no uso, gozo e disposição dos bens de uso e de consumo<sup>224</sup>.

No exercício da propriedade sob a forma de empresa, o reconhecimento do poder normativo decorrente da liberdade de contratar é acompanhado pela tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio entre a necessidade de produção e de consumo, o que objetiva impedir os abusos intoleráveis, mas não limitar ou inviabilizar exatamente o exercício desse poder normativo<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> ANDRADE, **Os direitos...**, p. 48.

<sup>222</sup> Conforme Ana Paula de Barcellos, esta categoria de direitos desenvolveu-se especialmente a partir do fim do séc.XIX e início do séc.XX, quando se verificou de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era a liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família – não existia. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho que se pudesse empregar para obter tais bens.(BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 114.)

<sup>223</sup> GOMES; VARELA, **Direito...**, p.13. Os autores referem que: “[...] o desenvolvimento do próprio sistema de produção conduziu à transformação do instituto jurídico da propriedade.[...] A mudança de sua *função social*, primitivamente indiferente à sua concretização jurídica, determinou-lhe a alteração hoje geralmente admitida. Evoluiu o Direito e sua evolução foi determinada, evidentemente, pelas relações econômicas alteradas em consequência de desenvolvimento do próprio processo de produção...”

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>225</sup> FERRI, *La cultura...*, p. 857.

Entendida a liberdade de contratar como instrumental do princípio da propriedade privada dos fatores de produção<sup>226</sup>, a intervenção do Estado sobre o domínio econômico naturalmente impacta sobre o regime jurídico dos contratos, que deixa de ser analisado unicamente como meio de potencialização da vontade das partes, com um caráter nitidamente formal, para considerar o interesse da coletividade sobre o alcance do vínculo obrigacional.

Esse caráter instrumental da liberdade de contratar lhe confere um perfil traçado num quadro amplo e flexível<sup>227</sup>, conformado cuidadosamente por certos elementos que dão fisionomia e identidade à ordem econômica, numa ordem jurídico-social que valoriza a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da sua personalidade<sup>228</sup>.

Não há, contudo, que se falar em compressão da lógica da autonomia privada, especialmente por não se colocar os mecanismos mercantis de circulação da riqueza em discussão, se circunscrevendo a questão somente em relação às suas dimensões mais toleráveis<sup>229</sup>, pretendendo se evitar os efeitos negativos sobre os grupos sociais não envolvidos com o exercício daquela.

## 2.2) A justiça social como referencial limitador à livre iniciativa

A idéia de intervenção de um aparelho estatal ativo, ao mesmo tempo regulador e compensador, como ensina Habermas<sup>230</sup>, faz com que as funções e estruturas internas do sistema jurídico se modifiquem, sendo este direito

---

<sup>226</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 125.

<sup>227</sup> MARTINS-COSTA, *Reflexões...*, p. 46.

<sup>228</sup> *Ibidem*. Como refere a autora: "Os pontos identitários de uma ordem econômica normativamente considerada são constituídos por valores, diretrizes (ou escopos), garantias e direitos, alguns deles limitáveis a uma dimensão interindividual, outros apenas pensáveis na dimensão transindividual. Assim, exemplificativamente, os valores da cidadania, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa; as diretrizes da liberdade social, justiça; existência digna, solidariedade; desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza". "as garantias à pequena propriedade rural, à defesa do consumidor e à liberdade de concorrência.."

<sup>229</sup> FERRI, *La cultura...*, p. 857.

<sup>230</sup> Jürgen Habermas, referenciando o conceito weberiano de racionalidade do direito. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 194).

instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, lançando mão de compensações, de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras.

Para tanto, o Estado mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve<sup>231</sup> definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais”(de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

A linha mestra no desenvolvimento deste Estado Social é o princípio da igualdade<sup>232</sup>, referenciada não como aquela de natureza formal, inerente ao liberalismo, mas uma igualdade de cunho material, que objetiva o equilíbrio das desigualdades sociais, configurando-se não mais como uma igualdade perante a lei, mas uma igualdade feita pela lei ou através da lei<sup>233</sup>.

Com isso, o interesse social tornou-se um conceito da maior importância, que superou o simples estabelecimento de regras repressoras dos abusos de direito em favor de determinações legais expressas objetivando condicionar o exercício do direito ao atendimento de uma finalidade social, ou melhor, da conciliação dos interesses individuais e sociais<sup>234</sup>, especialmente em relação aos direitos adquiridos em face dos interesses sociais, a fim de assegurar o equilíbrio nas relações e justificar a revisão ou o reexame de certas situações jurídicas<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 20.

<sup>232</sup> Conforme BONAVIDES, **Curso de...**, p. 341, de todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

<sup>233</sup> BONAVIDES, **Curso de...**, p. 341 citando o “jogo de palavras” de LEIBHOLZ, Gerhard. **Das wesen der representation und der gewaltwander der demokratie im 20.jahrhundert** Berlim, 1960, p. 220. No mesmo sentido, KRELL, op. cit., p.19.

<sup>234</sup> WALD, O interesse..., p. 9.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p.10. Segundo o autor, “no fundo criou-se uma polêmica em relação a diversos valores assegurados constitucionalmente, como a justiça social, o desenvolvimento econômico do país e os direitos individuais legalmente assegurados”.

Como bem observa Bobbio<sup>236</sup>, os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual e, referenciando Locke, afirma que os homens são todos iguais<sup>237</sup>, onde por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro, caracterizando o que chama igualdade genérica. Assim, as especificidades dos indivíduos ou grupos de indivíduos devem ser consideradas de modo a otimizar os recursos do Estado na implementação das políticas sociais<sup>238</sup>.

Não se trata de exigir a igualdade em todas as propriedades naturais e em todas as situações fáticas em que se encontram os indivíduos<sup>239</sup>, aqui a idéia de tratamento dos iguais de forma igual e dos desiguais de forma desigual representa a natureza material do direito de igualdade, anteriormente referenciada.

Para que se possa alcançar a propugnada igualdade material, é necessário que existam recursos suficientes e que o Estado tenha condições de dispor desses recursos. Como bem observa Vieira de Andrade<sup>240</sup>, a escassez dos recursos disponíveis ao Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é uma realidade, transportando a questão do simples repartir para a opção quanto à respectiva afetação material e que essa opção revele-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento econômico e social<sup>241</sup>.

Por outro lado, a definição do conteúdo dos direitos sociais a serem garantidos por prestações do Estado cabe a um poder constituído<sup>242</sup>, especificamente os órgãos, dentro da estrutura daquele, a quem compete definir as

---

<sup>236</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, p. 70.

<sup>237</sup> Conforme BOBBIO, **A era...**, p. 70, esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que "todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos", afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: "os homens têm igual direito à liberdade", "os homens têm direito a uma igual liberdade".

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>239</sup> ALEXY, **Teoria...**, p. 385.

<sup>240</sup> ANDRADE, **Os direitos...**, p. 200.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 202.

macro-linhas das políticas econômicas, sociais e culturais ou responsável pela sua implementação; normalmente se pode definir como sendo o legislador ordinário.

A escassez de recursos do Estado face às necessidades ilimitadas de uma sociedade que busca, cada vez mais, essa igualdade material, corporifica a dificuldade na formulação de tais direitos e que encontra algum alento pela aplicação da idéia do mínimo existencial ou de núcleo da dignidade humana<sup>243</sup>, na medida que, por ser parte do todo, é menor (exige menos recursos), mais preciso (superando a imprecisão dos princípios) e, conseqüentemente, com maior possibilidade de exigibilidade frente ao Estado.

A idéia de um mínimo existencial pode ser entendida como aquela que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência com dignidade<sup>244</sup>. Nesta mesma linha de raciocínio, Ana Paula de Barcellos<sup>245</sup> afirma que o mínimo existencial constitui uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, de um lado, e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros.

Ainda segundo a Autora<sup>246</sup> supra, fazendo referência às idéias de John Rawls<sup>247</sup> e Michael Walzer<sup>248</sup>, observa que para o primeiro, sem o mínimo social (situação eqüitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos da liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer justiça distributiva, configurando-se o mínimo existencial como condição da liberdade; para o segundo, a garantia do mínimo existencial é um valor das sociedades liberais ocidentais bem como uma imposição da moralidade mínima, na medida que é condição de sua participação democrática em qualquer comunidade.

---

<sup>243</sup> BARCELLOS, A *eficácia...*, p. 118.

<sup>244</sup> KRELL, *Direitos...*, p. 62.

<sup>245</sup> com base na teoria da ponderação de ALEXY, *Teoria...*, p. 121.

<sup>246</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 139

<sup>247</sup> Nas obras *Uma teoria da justiça – 1993 e Liberalismo político-1992*.

<sup>248</sup> Nas obras *Spheres of Justice – defense of pluralism and equality, 1983, Thick and Thin. Moral argument at home and abroad, 1994, Exclusion, injusticia y Estado democratico 1995*.

A conjugação da necessidade de se estabelecer o conteúdo dos direitos sociais a partir da idéia do mínimo social poderíamos dizer que pressupõe uma racionalidade de fins, imputada a Weber por Habermas<sup>249</sup>, na medida que não se trata mais da aplicação regulada de meios mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Seguindo este pensamento, as orientações valorativas seriam preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais dentro de uma racionalidade finalística.<sup>250</sup>

Portanto, é preciso considerar que a segurança jurídica, no sentido de que é possível prognosticar intervenções na vida, liberdade e propriedade (direitos fundamentais de primeira dimensão), constitui um valor que concorre com valores como a participação, em igualdade de chances, nas decisões políticas, ou com a distribuição equitativa das compensações sociais(direitos de segunda dimensão)<sup>251</sup>.

Este convívio de valores, que identifica o chamado direito “regulador”, revela a tendência de juridificação no Estado social<sup>252</sup>, que representa a instrumentalização do direito para fins do legislador político, se percebendo que os próprios aplicadores do direito indicam pontos de vista normativos subordinados às razões de uma política da ordem, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou, o que nos interessa nesse trabalho, aos imperativos de regulação de mercados<sup>253</sup>.

Muito embora a *justiça social* possa qualificar-se como conceito cujo termo é indeterminado e, no plano genérico, possa corresponder à necessidade de superação das injustiças na repartição<sup>254</sup>, no plano individual, do resultado econômico das relações, parece importante concretizar o conceito, especialmente por representar um referencial balizador da atividade dos membros de uma determinada sociedade.

---

<sup>249</sup> HABERMAS, **Direito...**, p. 197.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>254</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 259.

Na estrutura do conceito de justiça social<sup>255</sup>, os elementos considerados, permeados pela máxima de “dar a cada um o que lhe é devido”<sup>256</sup>, envolvem: a relação regulada pela justiça social, o bem da justiça social, a atividade própria da justiça social, a alteridade na justiça social, o dever na justiça social e a adequação na justiça social.

No plano das relações, a justiça social trata daquelas que envolvem o indivíduo com a comunidade<sup>257</sup>, observando que a comunidade aqui não deve ser considerada como um ente abstrato, mas o universo de membros que a compõe, portanto, regulando as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados, impessoalmente, na sua condição de membros da comunidade.

Em relação ao bem alcançado pela justiça social, o objeto do seu interesse é o bem comum<sup>258</sup>, deixando o bem particular de cada membro da sociedade como beneficiário indireto do alcance daquele, sendo o comportamento do indivíduo devido a todos os membros da comunidade.

A atividade própria alcançada pela justiça social corresponde à prática do reconhecimento, em se considerar o outro como sujeito de direito ou pessoa, o que conduz a idéia de que “cada um só possui os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um é sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito”<sup>259</sup>.

Na definição do sujeito beneficiado na relação jurídica, o ser humano é considerado em comum, como membro de uma comunidade específica e não na sua singularidade<sup>260</sup>, sendo relevante, tão somente, a sua qualidade de pessoa humana para qualificá-lo como titular de direitos e deveres no plano da justiça social,

---

<sup>255</sup> Por todos, BARZOTTO, Luiz Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 28, p. 109-146, 2003.

<sup>256</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, II-II, q.60, a. 3.

<sup>257</sup> Conforme Barzotto (ob.cit., p.121), as outras relações são do indivíduo com outro indivíduo e da comunidade com o indivíduo.

<sup>258</sup> BARZOTTO, op. cit., p. 122.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p.124. Diferente da justiça comutativa, onde o sujeito é considerado somente como participante de uma relação bilateral; ou da justiça distributiva, onde o sujeito é qualificado pela presença de uma determinada característica, se tratando de sujeito concreto.

consideradas na sua realização as dimensões concreta, individual, racional e social<sup>261</sup>.

No âmbito do dever vinculado à relação social em questão, especialmente nas relações de troca entre os indivíduos de natureza voluntária, identificadas nos contratos<sup>262</sup>, verifica-se a necessidade de uma perfeita identidade entre o que foi dado e o recebido, onde a causa do débito corresponde à equivalência a ser mantida, mais precisamente, a igualdade entre os valores intercambiados pelos indivíduos.

Na esteira desse pensamento<sup>263</sup>, o reconhecimento da condição de membro da comunidade e dos direitos e deveres inerentes a esta condição, próprio da justiça social, é a reciprocidade que determina o que é devido entre os membros. Cumpre observar que não se trata de necessariamente seguir os cânones da justiça distributiva na partilha dos bens produzidos, aplicando critérios do tipo “dar a cada um segundo sua necessidade”, pois o sistema econômico pode ser injusto no plano da justiça social, “se viola<sup>264</sup> a dignidade da pessoa humana, que determina que “aquele que produz possa participar da organização da produção e possa encontrar no próprio trabalho um meio de aperfeiçoamento pessoal”, sendo necessário dar a devida atenção para os bens de que o ser humano é merecedor da sua condição humana, tal como a sua capacidade de autodeterminação.

Passando a relacionar a livre iniciativa e os limites da justiça social na conformação do mercado, cumpre, inicialmente, observar que a expressão “mercado” aqui utilizada identifica o sistema que teve no pensamento de Adam

---

<sup>261</sup> Ensina BARZOTTO, *Justiça...*, p. 125. que a qualidade de concreto corresponde a efetivamente existente; a qualidade de individual corresponde a não considerar como mera parte do todo; a qualidade de racional como ser que decide e a qualidade de social, que s'alcança o pleno desenvolvimento vivendo em comunidade.

<sup>262</sup> Conforme BARZOTTO, *Justiça...*, p. 125: “ Algo é devido na justiça comutativa, a justiça que regula as trocas, em virtude da necessidade de se ter uma equivalência entre prestação e constraprestação.”

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 128. O autor faz referência ao pensamento de João XXIII(*Mater et magistra*, n.83)

Smith<sup>265</sup>, sua vertente inicial mais forte e organizada, sistema conhecido como capitalismo<sup>266</sup> ou livre mercado<sup>267</sup>.

O mercado é onde se dá a *performance comercial* dos indivíduos<sup>268</sup>, podendo ser entendido, num primeiro plano, como uma instituição complexa, que surge como resultado da interação daqueles, ultrapassando a idéia de resultado automático de um jogo de variáveis econômicas e convertendo-se numa construção social<sup>269</sup>.

Dentre os preceitos constitucionais que tratam da ordem econômica no direito pátrio se pode ressaltar os que são fundamentais para a construção do sistema, quais sejam: a dignidade da pessoa humana (art.170, caput); a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (art.170, caput); a redução das desigualdades regionais e sociais(art.170, caput), a sujeição aos ditames da justiça social e a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art.219).

A dignidade da pessoa humana constitui núcleo essencial dos direitos humanos<sup>270</sup>, conferindo unidade aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos, valor fundamental que dá coerência à aparente disparidade decorrente da existência conjunta de princípios como da livre iniciativa frente à justiça social dentro da lógica de um mercado regulado<sup>271</sup>.

Considerando o conceito de mercado supra referenciado, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana na sua conformação toma relevância na

---

<sup>265</sup> SMITH, *Investigação...*

<sup>266</sup> Le marché "libre", c'est-à-dire le marché qui n'est pas lié par des normes éthiques, avec sa mise à profit des constellations d'intérêts et de la situation de monopole, avec aussi son marchandage, est considéré par toute éthique comme indigne entre frères. Le marché est en opposition complète avec toutes les autres communalisations, Qui présupposent toujours une fraternisation personnelle et, la plupart du temps, les liens du sang; il est radicalement étranger à toute fraternisation.(WEBER, Max. **Economie et société**. Paris: Librairie Plon, 1971. v. 1. p. 412).

<sup>267</sup> O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios(a expressão é de Marshall Berman) – o princípio do livre mercado -, passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservam as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios. (GRAU, **A ordem...**, p. 15).

<sup>268</sup> Ver FABRIS, **Concentrações...**, p. 19.

<sup>269</sup> DROMI, Roberto. **Competência y monopólio**. Buenos Aires: [s.n.], 1999, p. 11.

<sup>270</sup> GRAU, op. cit., p. 231.

<sup>271</sup> SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial :as estruturas**. São Paulo:Malheiros,1998, p. 30.

medida que compromete todo o exercício da atividade econômica, estando aquela assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais<sup>272</sup>, mas, sobretudo, às liberdades reais ou efetivas, direitos fundamentais de primeira dimensão combinados com os de segunda dimensão<sup>273</sup>.

A valorização do trabalho humano, como direito social e como fundamento da ordem econômica, decorre da necessidade de assegurar a todos uma existência digna<sup>274</sup>, alcançada não pelas benesses do estado, mas sim, pela atuação deste de modo a influenciar o mercado possibilitando que o indivíduo tenha condições de, por sua própria ação, alcançar aquela.

A conciliação e a composição entre o capital e o trabalho<sup>275</sup>, interesses aparentemente distintos, representa para o capitalismo a base para a sua evolução, e, para tanto, é indispensável a ação do estado, garantindo, de um lado, a liberdade de ação e, de outro lado, a justiça social pelo acesso do indivíduo aos meios necessários para a sua existência digna.

A liberdade no campo das atividades econômicas, entendida aqui como um desdobramento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, é base da ordem econômica e deve ser entendida, como bem observa Eros Grau<sup>276</sup> ao comentar o enunciado do *art.170, caput* da Constituição Federal, conjuntamente com o valor social do trabalho, este necessariamente valorizado, como já referenciado acima.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>277</sup>, afirmar a livre iniciativa como base do sistema é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, ressaltando a ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo

---

<sup>272</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 232.

<sup>273</sup> SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial...**, p. 30.

<sup>274</sup> Referenciado como direito social no art.6º da Constituição Federal.

<sup>275</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 234.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>277</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado: parecer. **Estado de São Paulo**, 04 jun. 1989) apud *Ibidem*, p. 243.

que não estava antes, sendo esta espontaneidade, base da produção da riqueza e fator fundamental que não pode ser negado pelo Estado.

Assim, a fim de construir e preservar o modo de produção, certas premissas de existência contínua não de ser realizadas<sup>278</sup>: O Estado garante o sistema de Direito Civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação anti-truste, estabilização do sistema monetário; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente.

Muitas vezes, diante da debilidade das forças motrizes econômicas, o Estado cria novas situações econômicas, como por exemplo, pela qualificação profissional dos trabalhadores; ou compensa disfunções do processo de acumulação, notadamente pela implementação de regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria social dos trabalhadores – os gastos sociais e o consumo social, típicas do sistema capitalista.

A simples análise de tais observações indica claramente uma atuação do Estado no respeito aos Direitos Fundamentais de primeira dimensão (abstenção) e na implementação de prestações positivas a fim de que se vejam os Direitos Fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais).

O disposto no *art.219* da Constituição Federal ao adotar o princípio da integração do mercado interno ao patrimônio nacional, por um lado, representa a indicação de que a Constituição adotou um regime de mercado, mas, por outro lado, sob a ótica até aqui desenvolvida, ratifica os termos postos quando o preceito expressamente declara diretamente que o mercado é o meio capaz de viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País e, indiretamente, a justiça social

---

<sup>278</sup> GRAU, *A ordem...*, p. 247, fazendo referência ao pensamento de Habermas.

Compactuamos com a idéia de que a justiça social quer significar a superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico<sup>279</sup>. A lógica econômica desta idéia decorre da possibilidade de um aumento da base daqueles que participam efetivamente em todos os pólos das relações no mercado, permitindo a implementação de um círculo virtuoso e intenso de trocas na sociedade capaz de propiciar um regime de inclusão social.

Num enfoque jurídico, como foi visto, o respeito aos direitos fundamentais representa a possibilidade do alcance de uma justiça social, cuja indeterminação do termo não represente um óbice a uma certa unanimidade valorativa.

A concretização do mercado, como ponto de encontro daqueles que buscam a satisfação ou a realização das diversas dimensões humanas, se realiza através da aplicação dos princípios da livre iniciativa e da justiça social, de coexistência possível, como já visto, através de uma regulação coerente do Estado.

Para tanto, as regras institucionais e procedimentais contêm<sup>280</sup> em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos e ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional.

Concretamente, o princípio da *liberdade de empresa* corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso do poder econômico<sup>281</sup>; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, tudo isso permeado pela lembrança de que no *Estado de Direito*, desde quando esse passou a ser concebido como *Estado de Justiça Social*, a manifesta consciência dos riscos representados pela concentração

---

<sup>279</sup> GRAU, *A ordem...*, p. 259.

<sup>280</sup> SALOMÃO FILHO, *O novo...*, p. 34.

<sup>281</sup> BARROSO, *A ordem...*, p. 713.

crescente de poder econômico determinou a formação de uma congruente rede de disposições objetivando a proteção dos direitos individuais<sup>282</sup>.

Trata-se então de adotar no exercício da livre iniciativa e da liberdade de contratar fórmulas eqüitativas que garantam a justiça, mas que não desincentivem a atividade econômica criadora de empregos e asseguradora do desenvolvimento da sociedade<sup>283</sup>.

Estas considerações estão ambientadas numa mudança de paradigma pelo fato de “o direito privado atual concentrar-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição), e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos.”<sup>284</sup>

E é pela variação<sup>285</sup> da natureza das relações que se estabelecem no âmbito dos contratos que não se pode deixar de abstrair da sua análise a visão funcional que examina e no contexto em que examina, para *poder realmente realizar a “igualdade eqüitativa” (aequitas) de tratamento dos sujeitos envolvidos*<sup>286</sup> ou, em última instância, a justiça social<sup>287</sup>, aqui materializada pela necessidade de uma perfeita identidade entre o que foi dado e o recebido, onde a causa do débito corresponde à equivalência a ser mantida, mais precisamente, a igualdade entre os valores intercambiados pelos indivíduos.

---

<sup>282</sup> REALE, Miguel. Abuso de poder econômico e garantias individuais. In: QUESTÕES de direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 37.

<sup>283</sup> WALD, O interesse..., p. 21.

<sup>284</sup> MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p.89, jan./mar. 2003.

<sup>285</sup> A relação pode ser civil, comercial ou de consumo. Como observa MARQUES, Diálogo..., p. 91, fora do âmbito das relações familiares, estão cada vez mais raras as relações civis puras, aquelas em que não se encontra presente a habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro, onde ainda se pressupõe a igualdade entre as partes leigas.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>287</sup> ver 2.2 supra (p. 57).

## B) A Funcionalização dos Contratos e o Mercado

### 1) Fundamentos da função social do contrato

A concretização de um sistema jurídico tem como referencial necessário a percepção dos valores que nortearam a sua elaboração<sup>288</sup> e, considerando alguns referenciais doutrinários quanto ao Código Civil de 2002<sup>289</sup>, a grande novidade do novo texto foi de ordem filosófica e metodológica. Com relação à dita primeira grande novidade, cumpre direcionar uma reflexão para os fundamentos filosóficos que polarizaram as suas diretrizes<sup>290</sup>.

Na busca de um referencial mais preciso sobre o desenvolvimento, no plano filosófico, da atribuição de uma função social aos contratos, cumpre pinçar na evolução da sociedade elementos capazes de satisfazer essa pretensão.

Inclusive, como observa Claudio Michelin<sup>291</sup>, “uma razão para a força do funcionalismo reside no fato de que o funcionalismo surge historicamente em oposição ao paradigma anterior do direito privado como garantidor da autonomia da vontade”, referindo, ainda, que não necessariamente as referidas concepções sejam<sup>292</sup> excludentes.

O surgimento de um chamado Direito Social encontrou no pensamento dos filósofos ligados à igreja um vasto campo para aplicação de suas idéias, no que se consubstanciou chamar “doutrina social da Igreja”.

---

<sup>288</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XIV.

<sup>289</sup> Ibidem.

<sup>290</sup> Ibidem.

<sup>291</sup> MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v 21, p. 101-112, 2002, p. 103.

<sup>292</sup> segundo MICHELON JÚNIOR, Um ensaio..., p. 103): “diversos argumentos a favor da concepção de direito privado como garantidor da autonomia da vontade foram justificados com base em argumentos funcionalistas.”

A referência ao pensamento de Santo Tomás de Aquino parece apropriada na identificação, sob o ponto de vista histórico, da idéia de funcionalização do direito<sup>293</sup>, construindo a idéia a partir do referencial à propriedade, qualificada como um dos direitos naturais, faculdade que todo homem tem de possuir os bens de que necessita.

Para tanto a propriedade, deve ser considerada como bem de produção e não simplesmente como parte da riqueza de alguém, contendo em si uma função social, conduzindo o seu uso às melhores formas de justiça social<sup>294</sup>. Nota-se o abandono a uma visão egoística da propriedade em favor de uma propriedade dinâmica<sup>295</sup>, ativa, que desenvolve e multiplica os frutos da riqueza emergindo daí uma dimensão produtiva da propriedade e de um proprietário que devotado a gerir e organizar o seu setor de produção, assimilando, por fim, a figura de um empreendedor, transferindo o coração do sistema da propriedade para o trabalho, nas suas diversas acepções<sup>296</sup>.

Esta concepção social do uso da propriedade influenciou outras manifestações da Igreja Católica<sup>297</sup>, indicando o convívio necessário entre direito individual do homem ter tudo que necessita para a satisfação dos seus vários planos da existência (pessoal, social, cultural) e o direito social de uma realocação racional dos excessos passíveis de utilização pela coletividade necessitada.

---

<sup>293</sup> HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 45, p.142, 1983.

<sup>294</sup> "Tudo deflui suavemente na doutrina de Santo Tomás: a circunstância de que o homem, exatamente para sobreviver, urge se alimentar; a circunstância de que esta necessidade básica deriva da produção levada a cabo pelo homem sobre a terra; a circunstância de se compreender que a sociedade justa é aquela que garante a todos pelo menos o essencial, ainda que compreenda ser legítimo o fato de que alguns possuam mais que os outros, desde que a estes últimos não escasseie o vital." "Eis a função social entendida como essência qualitativa do direito de propriedade, a exigir dela a produção, sua atribuição primeira, com a intenção justa, divina e única de permitir a sobrevivência da humanidade". (Ibidem, p. 142).

<sup>295</sup> FERRI, La cultura..., p. 848.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 848, suscita entre outros: trabalho intelectual e material, trabalho autônomo e subordinado, trabalho organizado na empresa.

<sup>297</sup> "Da concepção filosófico-tomista derivaram famosas encíclicas papais, tais como *Rerum Novarum*, de Leão XII, que em 1891, reconheceu à propriedade privada sua função social, sua função de utilidade comum a todos, deixando a salvo, contudo, a iniciativa privada, garantindo desta forma a liberdade e a dignidade humanas." (HIRONAKA, op.cit., p.143). No mesmo sentido, podem ser citadas, ainda, a Encíclica Quadragésimo Anno (Pio XI), as mensagens La Solemita (1941) e Oggi (1944) do Papa Pio XII, a Encíclica Mater et Magistra (João XXIII) e a Encíclica Populorum Progressio (Paulo VI).

A referência exclusivamente à propriedade como alvo da funcionalização e não aos contratos decorreu do fato, segundo Enzo Roppo<sup>298</sup>, de que

nas sociedades do capitalismo nascente, a propriedade (entendida prevalentemente como senhorio e poder de uso e abuso sobre bens materiais) era considerada a categoria-chave de todo o processo econômico, a verdadeira e única fonte de produção e fruição das utilidades econômicas, enquanto ao contrato se assinalava o papel – complementar – de simples meio para a sua circulação.

As modificações no modo de produção capitalista podem ser identificadas como referência na evolução e alcance da doutrina da função social aos contratos, já que

com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza.<sup>299</sup>

Daí, a doutrina<sup>300</sup>, sensível às modificações que se desenvolveram na sociedade, passou a também vislumbrar no plano contratual a possível necessidade de funcionalização (social) do direito.

Essa possibilidade não pode desconsiderar que a *função social* de um instituto jurídico pode modificar-se profundamente<sup>301</sup>, sem necessariamente se alterar o texto da lei, fato que implica na necessidade de melhor conhecer os seus

<sup>298</sup> ROPPO, Enzo. **Il contratto**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 63.

<sup>299</sup> Conforme ROPPO, **Il contratto**, p. 64. “O desenvolvimento econômico, o conseqüente processo de mobilização e desmaterialização da riqueza, deslocam, ao invés, a tônica do perfil estático do gozo e da utilização imediata, quase física, dos bens (representado justamente pela propriedade) para o perfil dinâmico da actividade (de organização dos factores produtivos a empregar em operações de produção e de troca no mercado).”

<sup>300</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: O NOVO Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 108. referencia, entre outros, Enrico Cimbali (La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria - 1884), Karl Renner (Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts – 1929), Leon Duguit (El derecho subjetivo y la función social), Alvino Lima (Da influência, no direito civil, do movimento socializador do Direito - 1939) e Clóvis Bevilacqua (Direito da obrigações. Contrato – função social do contrato – 1954, 8ª. Edição)

<sup>301</sup> GOMES; VARELA, **Direito....**, p. 10.

elementos informadores para a sua concretização, já que a reformulação de institutos jurídicos não implica, necessariamente, a modificação da sua função<sup>302</sup>.

## 1.1) A linha de desenvolvimento do conceito

### 1.1.1) O utilitarismo

O pensamento de Bentham é referencial na conformação do utilitarismo<sup>303</sup>, tendo estruturado as suas idéias a partir de uma necessária visão de conjunto<sup>304</sup>, onde cada tema, objeto de suas reflexões, é analisado identificando outros com os quais esteja relacionado, ou não, mas não deixando de referenciá-los, evitando, com isso, o estreitamento do seu campo de absorção intelectual e crítico.

Por outro lado, permeou a sua racionalidade de um caráter prático, procurando identificar soluções factíveis às questões que se revelavam na sociedade(inglesa) da sua época – início do sec.XIX, se afastando da linha de

---

<sup>302</sup> Conforme observam os autores: “O sistema jurídico é, em boa parte, constituído pelos canais por onde a circulação dos bens se opera – pelas *formas* (ou categorias lógico-formais) através das quais se plasma toda a estrutura de caráter normativo. Mas o sistema não pode ignorar o *sangue* que corre nas suas artérias e faz parte integrante da sua função social – sob pena da ordem jurídica trair a missão que lhe compete. (GOMES; VARELA, **Direito...**, p. 75).

<sup>303</sup> Segundo Bentham, “Por princípio de utilidade queremos dizer o princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; ou , o que é a mesma coisa, em outras palavras, para promover ou opor-se a essa felicidade.” .”Por utilidade entende-se a propriedade de qualquer objeto, pela qual tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado (BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.) **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262)

<sup>304</sup> Segundo John Stuart Mill, “para Bentham, ninguna cuestión es jamás una cuestión aislada; él enfoca cada asunto em conexión com todos los demás asuntos com los que requiere ser distinguido y separado; y como todo lo que conoce y que está, incluso em el grado más pequeño, relacionado com el asunto há desfilado ordenadamente ante él, no olvida ni pasa por alto una cosa em una ocasión, para recordarla em outra – como hacen quienes usan um método menos estricto.” (MILL, John Stuart. **Bentham(1838)**. Traducción Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 1993, p. 32).

desenvolvimento dos chamados filósofos negativos ou destrutivos<sup>305</sup>, considerando a Lei como uma questão prática, relevando os meios e os fins<sup>306</sup> muito mais que as abstrações, mostrando como as coisas que estivessem mal podiam melhorar.

Com esta linha de pensamento, o nome de Bentham se associa<sup>307</sup> ao princípio da utilidade<sup>308</sup>, fixando as suas atenções nas conseqüências das ações como consideração determinante da moralidade das mesmas<sup>309</sup>. O referencial da *dor* e do *prazer* é indicativo na conformação da ação humana constituindo um sistema cujo objetivo é concretizar a felicidade pelas mãos da razão e da lei<sup>310</sup>.

Considerando os fins que a lei pode ter em vista, de uma forma genérica, a interpretação segundo o Princípio da Utilidade não poderia ser outra senão o bem maior de toda a comunidade, assim considerado como a soma dos vários bens particulares dos vários indivíduos que a compõem<sup>311</sup>, sendo relevante observar que esta premissa pressupõe que aumentar o bem de qualquer um desses indivíduos tem como efeito aumentar o bem de toda a comunidade.

Esta posição de Bentham, que aparentemente impunha uma característica fria e antipática a sua filosofia ou até limitada, segundo Mill<sup>312</sup>, não pode ser atribuída a sua faceta de pensador utilitário, mas sim a um perfil de moralista declarado, que qualificava a norma moral como única e referencial exclusivo da ação humana<sup>313</sup>.

---

<sup>305</sup> los que son capaces de percibir lo que es falso, pero no lo que es verdadero; los que alertan a la mente humana frente a las inconsistencias y absurdos de opiniones e instituciones sancionadas por el tiempo, pero no ponen nada en sustitución de lo que eliminan. (MILL, **Bentham(1838)**, p. 9.)

<sup>306</sup> (Bentham) ha expulsado el misticismo de la filosofía del derecho y ha dejado sentado el ejemplo para ver las leyes a una luz práctica, como medios para lograr fines definidos y precisos. (Ibidem, p. 67).

<sup>307</sup> Segundo BENTHAM Uma introdução..., p. 279, o Princípio da Utilidade lhe foi apresentado na leitura do pensamento de Epicuro, de Carnéades, de Horácio, de Helvetius, de Beccaria.

<sup>308</sup> ou como mais tarde denominou princípio da maior felicidade.

<sup>309</sup> MILL, op. cit., p. 67.

<sup>310</sup> BENTHAM, op. cit., p. 261.

<sup>311</sup> Ibidem, p.278.

<sup>312</sup> STUART op. cit., p. 84.

<sup>313</sup> (Dicha limitación) es la de tratar la consideración *moral* de las acciones y de los caracteres como si fuera la única, cuando, em realidad, es sólo una de las tres por las que nuestros sentimientos hacia el ser humano pueden ser, deberían ser y no puede dejar de ser – a menos que nuestra naturaleza quede aniquilada – influidos materialmente. Toda acción humana tiene tres aspectos: su aspecto *moral*, que se refiere a su *bondad* o *maldad*; su aspecto *estético*, que se refiere a su belleza; su aspecto *simpático*, que se refiere a sus calidades *amables*. (Ibidem, p. 84.)

Por outro lado, no pensamento de Stuart Mill sobre o utilitarismo se identifica um questionamento, inicial, sobre a conformação da moralidade<sup>314</sup>, mais precisamente na aparente e primária adoção por muitos, quanto ao critério do certo e errado, a oposição entre utilidade e prazer, como se este não estivesse contido naquele.

Neste sentido, segundo o autor<sup>315</sup>, “o credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade”, numa interdependência capaz de propiciar uma melhor aferição do certo e do errado, porém não desconsiderando a necessidade de fazê-lo a partir de uma visão do conjunto, otimizando e estendendo ao máximo o referencial de máxima felicidade para todos.

Referida aferição, construída a partir da capacidade de introspecção e reflexão de cada um decorrente das experiências vivenciadas e do leque de alternativas que daí se derivam, identificaria a moralidade como as regras e os preceitos da conduta humana<sup>316</sup>, cuja observação permitiria a todos os indivíduos a possibilidade de uma existência permeada desta consciência no exercício das suas ações.

Cumprir observar que não se quer com isso grifar o individualismo como um referencial da conduta humana, mas enfatizar a linha de que todo “ser humano criado corretamente mostra que, em graus distintos, são possíveis afetos privados genuínos e um interesse sincero no bem público”<sup>317</sup>.

Esse interesse sincero no bem público, pressupõe tomar a humanidade coletivamente, relacionando os limites positivo e negativo da conduta do indivíduo em função da máxima felicidade desta coletividade, não caracterizando, contudo, um

---

<sup>314</sup> MILL, Stuart. **A liberdade**: utilitarismo. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 177.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 198.

sacrifício da parte em favor do todo, mas a própria felicidade da parte como decorrência da sinceridade de sentimentos supra referenciada<sup>318</sup>.

Na concretização desta premissa, a utilidade recomenda que as leis ou as regras de convívio deveriam pôr “o mais possível a felicidade ou (como se poderia na prática chamá-lo) o interesse de cada indivíduo em harmonia com os interesses do todo”<sup>319</sup>.

A individualidade não ficaria relegada a um segundo plano, a autodeterminação permaneceria como centro do sistema social, encontrando seus limites na não violação das expectativas legítimas e justificadas dos outros.

A definição de qual seja a máxima felicidade da coletividade como referencial dos efeitos da ação humana deve ser encontrada na experiência, ou seja, pela previsibilidade dos efeitos inerente aos atos da vida cotidiana, condição própria da capacidade que cada um tem, ou deveria ter, em refletir e criticar a partir das vivências experimentadas ou observadas na sociedade.

Importante referenciar que a complexidade das relações humanas traz dificuldades na definição exata da máxima felicidade<sup>320</sup>, aliás circunstância comum a qualquer doutrina, transferindo ao indivíduo, sob sua responsabilidade moral, modular as regras aos particularismos do caso concreto.

É natural que esta percepção do sentimento universal ocorra num movimento espontâneo, especialmente porque o “estado social<sup>321</sup> é a um só tempo tão natural, tão necessário e tão habitual ao homem que, exceto em algumas circunstâncias incomuns, ou por algum esforço de abstração voluntária, jamais ele se concebe a si mesmo senão como membro de um corpo”.

---

<sup>318</sup> “Fazer aos outros o que gostaria que lhe fizessem e amar ao próximo como a si mesmo constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista.” (Stuart Mill, *A liberdade ...*, p. 202.)

<sup>319</sup> MILL, *A liberdade ...*, p. 202.

<sup>320</sup> “Se a utilidade é a fonte última das obrigações morais, é possível invocá-la para decidir entre elas quando suas exigências são incompatíveis.” (Ibidem, p. 215)

<sup>321</sup> Ibidem, p.224.

Na esteira deste sentimento, se desenvolve nas relações sociais a idéia da cooperação mútua como projeto de ação comum, criando, com isso, uma afinidade ou identidade das suas finalidades, coletivizando os benefícios esperados.

### 1.1.2) A crítica de John Rawls ao utilitarismo

No pensamento de John Rawls se apresenta uma crítica ao utilitarismo<sup>322</sup>, especialmente por este não explicar as liberdades e direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, condição posta como fundamental nas instituições democráticas.

A crítica ao pensamento utilitarista prossegue pela idéia de que numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual devam ser consideradas invioláveis e, portanto, os direitos assegurados pela justiça não estando sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais<sup>323</sup>, ou seja, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns seja justificada por um bem maior partilhado por outros.

Considera a idéia de uma democracia da propriedade privada, onde no seu sistema de mercado<sup>324</sup> competitivo tenta dispersar a posse de riqueza e capital com o objetivo de impedir que uma pequena parte da sociedade controle a economia e, por conseqüência a vida política<sup>325</sup>.

O interessante é que esse objetivo é perseguido não pela redistribuição de renda em favor daqueles que têm menos ao fim de cada período, mas sim assegurando a posse amplamente difundida de ativos produtivos e capital humano

---

<sup>322</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Bastos, 1997, p .XIV.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>324</sup> De forma simplista entendido como ambiente onde os indivíduos buscam a satisfação de suas necessidades através de trocas (contratos).

<sup>325</sup> RAWLS, op.cit., p. XVIII.

no início de cada período<sup>326</sup>, tendo por base liberdades básicas iguais e igualdade eqüitativa de oportunidades<sup>327</sup>.

Para tanto, afirma que as instituições básicas devem desde o princípio propiciar aos indivíduos, de um modo geral, os meios produtivos que lhes permitam ser membros totalmente cooperativos de uma sociedade.

Esta cooperação social não se constitui de um corpo homogêneo de interesses, considerando as individualidades na sociedade, exigindo um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determina<sup>328</sup>, através da atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade<sup>329</sup>, a divisão de vantagens ou as partes distributivas adequadas.

Além de um certo consenso ou homogeneização na concepção de justiça, Rawls faz referência a outra variável social<sup>330</sup>, de cuja menção específica se faz à eficiência, onde a execução dos planos dos indivíduos deveriam levar à consecução de fins sociais de formas eficientes e coerentes com a justiça<sup>331</sup>.

Neste sentido, o objeto primeiro da justiça (social) seria exatamente a estrutura básica da sociedade<sup>332</sup>, identificada na maneira pela qual as já referidas instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

---

<sup>326</sup> RAWLS, **Uma teoria...** Segundo o autor "qualificações profissionais e habilitações técnicas".

<sup>327</sup> "A idéia não é simplesmente auxiliar aqueles que malogram devido a um acidente ou a uma falta de sorte (embora isto deva ser feito), mas sim colocar todos os cidadãos em posição de lidar com seus próprios problemas e tomar parte na cooperação social, tendo como sustentáculo o respeito mútuo sob condições apropriadamente iguais." (Ibidem)

<sup>328</sup> "Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social." (Ibidem, p. 5)

<sup>329</sup> entre outros, os mercados competitivos. Cumpre observar que mercado competitivo, de forma simplista, pode ser entendido como aquele onde quem já está, pode, permanecer e quem quer entrar, não enfrenta obstáculos para isto.

<sup>330</sup> RAWLS, op. cit., p. 6.

<sup>331</sup> "em condições iguais, uma concepção da justiça é preferível a outra quando suas conseqüências mais amplas são mais desejáveis." (Ibidem, p. 7).

<sup>332</sup> "a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. (Ibidem, p. 12).

### 1.1.3 Law and Economics. Functional School

Outra vertente do pensamento jurídico, capaz de fornecer um referencial na conformação da função social do contrato, a chamada análise econômica do direito parte da racionalidade do mercado para construir uma teoria global do direito<sup>333</sup>, tendo como premissa a idéia de que todas as avaliações podem se esgotar no plano econômico<sup>334</sup>, bem como todas as ações dos agentes econômicos são apresentáveis em função de uma utilidade social global<sup>335</sup>.

Em outras palavras, a análise econômica do direito estuda as normas e as instituições jurídicas do ponto de vista de sua eficiência ou seu funcionamento mais favorável<sup>336</sup>, tendo como premissa que os destinatários do sistema jurídico usarão os elementos do sistema objetivando maximizar os resultados de suas relações sociais.

Essa relação entre economia e direito se desenvolveu mais intensamente nos Estados Unidos, portanto com características marcadamente liberais, identificando-se a existência de três escolas distintas a lhe emprestarem a base teórica: *Positive School*, *Normative School* e *Functional School*<sup>337</sup>.

A chamada *Positive School* se auto reduz a um estudo descritivo<sup>338</sup>, já que para seus partidários as regras eficientes pressupõem a naturalidade da sua aplicação. Já a chamada *Normative School*<sup>339</sup>, enxerga o direito como uma ferramenta para remediar as “falhas” que surgem no mercado. Finalmente, a

---

<sup>333</sup> Identificada por *Law and Economics*

<sup>334</sup> Que no sistema se apresentam como fundamento dos negócios

<sup>335</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>336</sup> ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

<sup>337</sup> PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional law and economics: the search for value-neutral principles of lawmaking. **Chicago-Kent Law Review**, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441941>> p. 1.

<sup>338</sup> historicamente associada à Escola de Chicago.

<sup>339</sup> historicamente associada à Escola de Yale.

*Functional School* está focada em utilizar a teoria econômica para “desenhar” regras meta jurídicas que conduzam a uma eficiência previamente identificada<sup>340</sup>.

Em comum, se percebe que um dos efeitos da incorporação da economia no estudo do direito foi uma transformação na tradicional metodologia do direito no sentido de conferir uma maior organicidade no estudo das normas jurídicas, expondo a estrutura econômica de praticamente todo sistema legal<sup>341</sup>.

Para os pensadores da *Positive School*<sup>342</sup>, o fundamento para a norma jurídica encontra-se no conceito econômico de eficiência<sup>343</sup>, entendido como resultado da maximização, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem<sup>344</sup>. Para Posner<sup>345</sup>, a análise econômica evitaria muitos abusos na medida que se restringe a explicar e prever incentivos que guiam indivíduos e instituições em relação às alternativas de normas jurídicas, sendo a eficiência, como já referenciado, o fator predominante na conformação destas<sup>346</sup>.

Nesta perspectiva analítica, se faz uso de instrumentos econômicos para examinar, no seu concreto operar, os instrumentos jurídicos nas duas fases fundamentais das suas vidas<sup>347</sup>, qual seja, a fase da criação e a fase da efetividade, determinando um confronto entre a situação concreta e a abstrata determinável com a correção do sistema, numa reflexão sobre o custo privado e o custo social na

---

<sup>340</sup> PARISI; KLICK, *Functional...*, p. 3.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>342</sup> Captaneados, entre outros, por Richard Posner.

<sup>343</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 37.

<sup>344</sup> Referenciando o pensamento de Posner, FARIA, **Interpretação...**, p. 37 afirma que “há eficiência quando se atinge o valor máximo proposto pelo vendedor, comparado ao valor máximo que se tem a intenção de pagar – havendo, portanto, ganhos para ambas as partes”

<sup>345</sup> POSNER, Richard A. The law and economics movement. **Law and Economics**, Volume I, Theoretical and Methodological Foundations, An Elgar Reference Collection, Lyme, US.

<sup>346</sup> PARISI; KLICK, *op. cit.*, p. 4.

<sup>347</sup> ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale**, Milano, v.79 N. 7/12, p.205, lugl./dic. 1981, p.206. Mais adiante o autor observa que “In altri termini, intento comune a chi si accinge ad esaminare economicamente il diritto è tanto quello di accertare la rispondenza tra esigenze economiche e strumenti giuridici, tra operare del mercato libero e operare del mercato regolato, quanto quello di accertare il costo degli strumenti giuridici, i loro effetti indotti, l’alterazione che essi producono nella situazione di mercato, i caratteri che imprimono al mercato stesso, i fattori complessivi di cui essi si fanno tramite per poter determinare un particolare “gioco” del mercato.”

concretização dos instrumentos jurídicos no tempo, ou sobre os efeitos da lei no mercado, ou seu impacto sobre os custos de produção e quais os benefícios sociais decorrentes, qualificando-se como um método<sup>348</sup> para identificar a perspectiva econômica que provocou o surgimento do princípio jurídico ou decorrente do que está já posto, numa natural relação de causa e efeito.

Como consequência disso, é com base na teoria da eficiência que se percebe o modo pelo qual a norma jurídica deve ser conformada<sup>349</sup>, tanto pelos efeitos sobre o mercado como pela racionalização na distribuição dos recursos disponíveis<sup>350</sup>, com a natural preponderância ou sobrevivência dos resultados eficientes e a extinção dos resultados muito ineficientes<sup>351</sup>.

A abordagem funcional na análise econômica do direito surge mais recentemente em relação às outras Escolas, como resultado da intersecção entre *Law and Economics* e a chamada *public choice theory*<sup>352</sup>, trazendo o debate para o campo mais sólido desta teoria, ensejando ao aplicador do direito uma necessária averiguação, *a priori*, nos estímulos subjacentes à estrutura legal ou social que influenciam a formação da regra jurídica antes de tentar verificar a importância dos custos e benefícios da sua análise sob ao prisma individual, numa crítica expressa às políticas corretivas *ad hoc*, freqüentemente defendidas pela escola normativa.

Com esse foco nos fundamentos da estrutura legal e social, há um menor ímpeto para a chamada microgerência das decisões jurídicas e políticas<sup>353</sup>, abrindo espaço para o estabelecimento de um método de agregação das preferências individuais na preferência social.

---

<sup>348</sup> ALPA, Interpretazione..., p. 210.

<sup>349</sup> Efficienza significa dunque nella ricerca di Posner "sfruttamento delle risorse economiche in modo che il valore, cioè la soddisfazione umana all'età volontà di pagare per prodotti o servizi, raggiunga il massimo livello. (Ibidem, p. 214).

<sup>350</sup> "E i vecchi istituti, quali la responsabilità civile, la proprietà, il contratto, acquistano una nuova luce, se così si può dire, ora dimostrandosi la razionalità economica dei principi della tradizione, ora l'esigenza di apportarvi modifiche e correzioni" (Ibidem, p. 214).

<sup>351</sup> ROE, Mark J. Chaos and evolution in law and economics. **Harvard Law Review**, v. 109, n. 3, p., jan. 1996, p. 641.

<sup>352</sup> PARISI; KLICK, Functional..., p. 7.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 9.

Retornando para a idéia de maximização, inerente à noção econômica de uma melhor alocação dos recursos disponíveis, resta questionar, por uma questão metodológica, se no âmbito do direito, das relações jurídicas, deve-se optar pela predominância da maximização da riqueza agregada ou pela maximização da utilidade agregada, esta com origens no utilitarismo<sup>354</sup>. A diferença, basicamente, é que, enquanto a maximização da riqueza procura maximizar a utilidade econômica agregada, estando focada no esforço produtivo, a maximização da utilidade procura maximizar a agregação de felicidade, estando focada no consumo.

A preferência pela maximização da riqueza<sup>355</sup>, própria da *Positive School*, decorre do entendimento de que a riqueza pode ser mensurada, diferente da utilidade não pode ser aferida por um critério objetivo, o que torna a maximização da utilidade inviável para essa vertente do pensamento jurídico.

No plano intuitivo<sup>356</sup>, a maximização da riqueza poderia ser vista como um princípio ético superior, onde o aumento do uso eficiente dos recursos incentiva capacidades, como a inteligência e virtudes, como a honestidade, afastando os critérios do bem estar baseados na paternalística intervenção governamental nas relações, bem como o incremento do peso no judiciário dos critérios distributivos de justiça.

Tentando relativizar esses referenciais, a abordagem funcional ultrapassa o paradoxo riqueza/utilidade como critérios de decisão, procurando maximizar o uso de mecanismos de compatibilização pela revelação das preferências subjetivas, com o alinhamento entre a otimização individual e a social<sup>357</sup>. A compatibilização decorreria da idéia de que antes de se tentar modificar o comportamento individual, as instituições deveriam fornecer incentivos a fim de que os indivíduos naturalmente agissem na direção desejada, sem qualquer monitoramento externo ou coerção, no que se qualificaria como comportamento socialmente desejável.

---

<sup>354</sup> PARISI; KLICK, *Functional...*

<sup>355</sup> Conforme PARISI; KLICK, *Functional...*, p. 16: "Uma transação é desejável se ela aumenta a soma de riqueza (bens tangíveis e intangíveis) para um grupo relevante".

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 23.

Por óbvio que isso pressupõe a existência de mecanismos capazes de permitir que os indivíduos tenham condições de revelar seus valores e preferências individuais, especialmente quando se transpõe essa idéia para o âmbito de uma sociedade com marcantes desigualdades sociais e, principalmente, intelectuais.

## 2) Contrato, função e o Código Civil

### 2.1) Como perfil modelador da autonomia privada

O contrato se presta à função de ser o instrumento pelo qual circulam as riquezas no sistema econômico. Como observa Claudia Lima Marques<sup>358</sup>, “a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta, perdendo a vontade a sua condição de elemento nuclear, surgindo no seu lugar um elemento básico para a sociedade, globalmente considerada, o interesse social.

O Código Civil de 2002 estabeleceu – *art.421*, expressamente, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico dos pactos<sup>359</sup>, que a liberdade de contratar só poderá ser exercida de acordo com os fins sociais do contrato, considerados, ainda, os valores primordiais – *art.422* - da boa-fé e da probidade na sua concretização.

O desempenho de função que transpassa a esfera, exclusiva, dos interesses individuais atribuí ao exercício do poder negocial também funções positivas e negativas<sup>360</sup>, constituindo função primordial dos contratos a instrumentalização da

---

<sup>358</sup> MARQUES, **Contratos ...**, p. 175.

<sup>359</sup> REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

<sup>360</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: DIRETRIZES teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

circulação da riqueza, sendo esta a referência que justifica considerar não somente os interesses individuais mas, também, o interesse de todos.

E aqui, os efeitos sociais dos contratos passam a ter relevância, especialmente, na identificação dos interesses de terceiros dignos de tutela e passíveis de serem afetados pelas relações contratuais<sup>361</sup>.

Fazendo referência ao então projeto do Código Civil em vigor, Reale observa que, no plano temporal, houve o triunfo da “socialidade” no nosso sistema, *fazendo* “prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”<sup>362</sup>

O atendimento da demanda social adequada ao seu tempo, como é o caso da referência à *função social* no plano contratual, utiliza como técnica de redação da norma jurídica a chamada *tessitura aberta*<sup>363</sup>, o que permite<sup>364</sup> alterar-lhe o conteúdo através do que Reale denomina “estrutura hermenêutica”<sup>365</sup>, assim considerada como complemento natural da estrutura normativa.

No ensinamento de Bobbio, as técnicas de controle social que caracterizam o estado social contemporâneo indicam o emprego de técnicas de encorajamento ou promoção em substituição às técnicas de desencorajamento ou protetivo-repressivas<sup>366</sup>, num movimento onde o questionamento sobre ao que se destina o

<sup>361</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 823, p. 67-86, maio 2004, p. 71.

<sup>362</sup> REALE, **O projeto...**, p. 7. O autor, ainda, fazendo referência ao disposto no art.421 CC, diz que “não obstante o sentido ético-social desse dispositivo, não faltou quem o criticasse com veemência, apresentando-o como “subversivo da ordem jurídica”, apesar de em seus compêndios se proclamar adepto das novas doutrinas sobre “a humanização do direito”...Ora, o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à “função social de propriedade” e à justiça que deve presidir a ordem econômica.”(p.32)

<sup>363</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 753, p. 28, jul. 1998.

<sup>364</sup> Com a precisão que lhe é peculiar, a Profa. Claudia Lima Marques observa que: “o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico [...]”(MARQUES, **Contratos...**, p. 179.)

<sup>365</sup> REALE, op. cit., p. 11.

<sup>366</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 13.

direito substitui a reflexão sobre a sua criação<sup>367</sup>, com ênfase no comportamento socialmente desejado<sup>368</sup>.

A funcionalização imprime aos contratos sua transformação em instrumento de realização do projeto constitucional<sup>369</sup>, levando o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, buscando nos valores sociais que o ordenamento institui novos horizontes na aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos, passando a integrar a “axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica”<sup>370</sup>.

Esses valores, que devem permear a ordem econômica, indicam a progressiva importância deste plano nas relações entre indivíduos e entre grupos sociais ou, mais precisamente, a influência do comportamento do indivíduo sobre os interesses desses grupos sociais que passa a se ocupar o princípio da função social<sup>371</sup>. Aliás, como bem observa Calixto Salomão Filho, “o sentido da justificação do contrato a partir da sua função social está em reconhecer que o contrato, ainda que ato entre particulares, é um instrumento de organização social e econômica”<sup>372</sup>.

No plano constitucional, essa idéia tem vínculos históricos e diretos com a função social da propriedade<sup>373</sup>, porém encontrando na solidariedade<sup>374</sup> e no valor

---

<sup>367</sup> Segundo Angiola Filipponio: “La funzione è il diritto che non descrive più qualificazioni giuridiche, ma prescrive qualificazioni giuridiche” (FILIPPONIO, Angiola. *Struttura, funzione, scopo nel diritto. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. 75, p. 12-45, gen./mar. 1998, p. 19).

<sup>368</sup> BOBBIO, Dalla ..., p. 26.

<sup>369</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 208.

<sup>370</sup> Ibidem, p.223.

<sup>371</sup> SALOMÃO FILHO, Função..., p. 69.

<sup>372</sup> Ibidem, p.84.

<sup>373</sup> Conforme MARTINS-COSTA, O novo Código..., p. 157: “Essa norma, posta no *art.421*, constitui a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no *art.5º,XXIII*, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade”.

<sup>374</sup> Como posto no *inciso I do art.3º*, que a estabelece como um dos objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade solidária. Nesse sentido, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129.

social da livre iniciativa<sup>375</sup>, referenciais que materializam a vinculação entre o interesse individual e o social, da parte e do todo.

A tutela dos reflexos do comportamento do indivíduo frente à ordem social pode indicar a aplicação da teoria das garantias institucionais<sup>376</sup>, entendida pela concretização de normas que incorporem valores qualificados como metaindividuais e sociais com fonte no Estado e na experiência das próprias relações interindividuais e sociais.

Como derivação desse pensamento, que transborda o direito constitucional, surgem as chamadas normas de proteção, tendo como pressuposto da sua existência a concretização objetiva de lesão individual ou a um grupo determinado<sup>377</sup>, nascendo daí o direito à indenização, sem a necessidade de demonstração de qualquer nexos causal ou elemento subjetivo relacionado ao dano, surgindo daí, até mesmo, numa nova concepção de responsabilidade extracontratual.

No convívio entre a proteção aos direitos individuais e os da coletividade, há uma reconhecida separação entre os instrumentos jurídicos protetivos dos interesses privados e os utilizados na proteção dos interesses difusos, condição que alcança também o plano econômico, especialmente quanto à diferença entre a utilidade da relação individualmente considerada e coletivamente considerada<sup>378</sup>,

---

<sup>375</sup> Conforme o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo: "A idéia de *função social do contrato* está claramente determinada pela constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art.1º. inc.IV)". (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Principios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 114-120, abr.1998).

<sup>376</sup> SALOMÃO FILHO, *Função social...*, p. 72 referencia que a inspiração para este pensamento está no institucionalismo constitucional dos juristas alemães que construíram a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar, destacando a obra de Carl Schmitt, para quem "as garantias institucionais aparecem como o grande elemento de reconhecimento dos corpos sociais intermédios, e portanto dos interesses supra-individuais e coletivos, reconhecidos na constituição".

<sup>377</sup> "Na doutrina alemã cedo operou-se a extensão do conceito de garantias institucionais para além do direito constitucional" (Ibidem, p. 73)

<sup>378</sup> Como observa LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, p. 138:"Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa [...] A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o

representando, nesta, por um necessário maior bem-estar ou uma “maior felicidade”<sup>379</sup>, clássica das idéias utilitaristas, para o grupo assim considerado<sup>380</sup>.

## 2.2 Aspectos intrínsecos e extrínsecos da função social

Na multiplicidade de significados do termo função, pode-se referenciar o sentido orgânico<sup>381</sup>, que indica cada uma das partes constituintes de uma estrutura e o sentido instrumental, que é o mais utilizado na linguagem jurídica tradicional, indicando o meio para atingir uma finalidade, ou aliando um ao outro, ao considerar o que é comum a todos e a “correspondência entre variáveis e modulação das finalidades jurídicas e sociais de cada negócio jurídico”<sup>382</sup>.

Para Menezes Cordeiro, a partir de um enfoque conjunto do que qualifica como tentativas dispersas de tratamento funcional, pode-se fazer referência a três linhas distintas de ponderação, em funções, da fenomenologia jurídica: normativas, institucionais e sociológicas<sup>383</sup>. A funcionalidade normativa traduz-se na consideração teleológica das normas. A funcionalidade institucional indica que os institutos jurídicos sejam definidos de acordo com a função que desempenham, deixando de lado os aspectos genéticos ou descritivos. A funcionalidade sociológica estaria relacionada com a chamada teoria dos papéis, tendo como ponto de partida o sujeito atuante na sociedade, onde cada posição jurídica corresponderia a um papel, um desempenho, no complexo de atuações sociais, sendo que o

---

pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte objetivado pelo contrato.”

<sup>379</sup> Como observa JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, p. 114, “Assim, por exemplo, se houver duas ou mais hipóteses de, satisfatoriamente, executar um mesmo contrato, dever-se-á escolher a que promova melhores benefícios sociais, como é o caso daquela que mais proteja o meio ambiente ou que gere mais empregos.”

<sup>380</sup> Interessante que SALOMÃO, *Função social...*, p. 78, ao comentar a análise pela utilidade, referencia que o emprego desta palavra é proposital e serve para indicar que a separação econômica tem o sentido a ela atribuída “pela análise econômica do direito, i.e., não é preciso que exista um valor monetário identificável. Basta apenas a existência de uma utilidade, representada por aumento de bem-estar, até mesmo de lazer, e que interesse a toda a coletividade.”

<sup>381</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992, v. 1, p. 441.

<sup>382</sup> *Idem*, p.443.

<sup>383</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1126.

conhecimento dos diversos papéis permitiria revelar as figuras de direito em jogo, precisando os seus contornos. Todas consubstanciam a possibilidade dada pelas teorias sociológica e econômica de funcionalização do comportamento humano<sup>384</sup>.

Procurando sopesar o necessário respeito às liberdades individuais em face da necessária vinculação a linhas funcionais de atuação, a referência a uma função social da atuação dos sujeitos pressupõe considerar que os comportamentos levados no seu seio deveriam respeitar o escopo social (e econômico) que presidiu à sua constituição<sup>385</sup>, produzindo tanto uma maior utilidade pessoal (função pessoal) quanto uma maior utilidade social (função social).

Por outro lado, a investigação da função do negócio jurídico longe de identificar a causa com seus elementos singulares<sup>386</sup>, ou a exclusiva ênfase nos elementos individuais (causa subjetiva), sabidamente capazes de satisfazer as necessidades de cada indivíduo e que justificam a realização do negócio; ou sociais (causa objetiva), que se deduzem da função econômico-social do tipo de negócio abstratamente considerado, há que considerá-la relevando diversos aspectos, sem, contudo, correr o risco de desintegrar a sua análise.

A tutela jurídica da autonomia da vontade não decorre da aprovação a um capricho individual e momentâneo<sup>387</sup>, mas na busca de um resultado na mudança de um estado de fato, se dirigindo a funções sociais dignas de proteção e, portanto, a causa do negócio do negócio é a função social que o caracteriza como ato da autonomia privada e determina o seu conteúdo mínimo necessário<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> CORDEIRO, **A boa-fé.**

<sup>385</sup> Segundo CORDEIRO, **A boa-fé...**, p. 1231): "deve reconhecer-se que a menção função social e econômica não viabiliza determinações em abstracto. Apenas situação a situação, caso a caso, se possibilitaria o pesquisar de limitações funcionais eventuais às diversas posições jurídicas.

<sup>386</sup> Conforme ensina Betti: "Tal función, que com término técnico legitimado por la tradición, se denomina la "causa", o sea, la razón del negocio, se enlaza lógicamente al contenido de éste, sin llegar por eso a identificarse com él."(BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico.** Traducción A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 133)

<sup>387</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>388</sup> Como explica BETTI, op.cit., p. 139: "El contenido de cada tipo de negocio (supuesto siempre um negocio causal: n.24) ofrece límites y contornos definidos justamente por la figura típica de aquellos fines prácticos normales y constantes a los que se proyecta la autonomía provada, al proveer a la circulación de los bienes, a la prestación de servicios y, em general, a la cooperación de las actividades y economías individuales".

Na relação entre o interesse individual e social, a causa , enquanto interesse em sentido objetivo, opera por mecanismos do negócio na medida que venha a coincidir com o interesse subjetivo determinante da vontade privada no caso concreto, restando a tutela da autonomia privada pela ordem jurídica como decorrência da função socialmente transcendente do negócio tipificado, em si e por si considerada<sup>389</sup>.

Com isso, é possível afirmar que quando se invoca a lógica funcional da instituição em que as liberdades econômicas se exercem “como garantia e reforço da sua efetividade está implicitamente a afirmar-se uma dupla natureza da autonomia privada,<sup>390</sup> tanto como instrumento de realização da vontade individual e, paralelamente, elemento de uma estrutura objetiva de ordenação dos processos de troca.

### 2.2.1 Aspectos intrínsecos

A expressa vinculação entre a autonomia privada e a função social, que se agrega como princípio àquela, se qualifica como uma indicação programática que conforma o exercício dos direitos subjetivos na direção do bem comum e da justiça social<sup>391</sup>.

No âmbito intrínseco da relação obrigacional, há que se atentar para a necessária qualificação dos contraentes como parceiros<sup>392</sup>, condição que naturalmente se configura no nascimento do vínculo contratual e é representado

---

<sup>389</sup> BETTI, **Teoria...**, p. 145.

<sup>390</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 186.

<sup>391</sup> Como observa Clovis Bevilacqua: “Póde-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoismos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevda funcção social do contracto.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154).

<sup>392</sup> Para Cooter R., Mattei U., Monateri P.G., Pardolesi R., Ulen T.: “La cooperazione è vantaggiosa. I privati spesso stipulano contratti per cooperare. La possibilità di obbligarsi consente ai privati di rendere credibili i loro impegni.(COOTER R. et al. **Il mercato delle regole**. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 259).

pela expectativa que cada uma das partes tem em relação a outra para o sucesso do intento que os uniu.

A função social, e não menos econômica, se apresenta como um elemento material e específico do texto negocial (sentido orgânico) indicando o seu conteúdo proposicional e como finalidade metajurídica pretendida pelo negócio jurídico<sup>393</sup>, desempenhando o papel de lhe conferir compatibilidade e unidade<sup>394</sup>.

Vale referenciar que a questão que contrapõe o plano individual ao social pressupõe a possibilidade dos agentes espontaneamente<sup>395</sup> compararem escolhas individuais e escolhas sociais; restando questionar em que circunstâncias é possível fazer com que o indivíduo, naturalmente, coopere com o seu semelhante, o que pode ser respondido em função da existência de instituições que possibilitem o seu desenvolvimento.

Essa observação tem uma relevância conceitual pois representa um elemento que identifica a dependência que uma parte tem em relação a outra, na já consagrada superação do individualismo contratual, como meio facilitador da satisfação das suas necessidades, garantida pela materialização da circulação de bens e serviços, podendo se relacionar o princípio da função social com o princípio da conservação<sup>396</sup>, onde se deve aplicar todos os esforços objetivando manter a relação, tanto com relação a aspectos de validade quanto em relação à evitar a eventual extinção, sem adimplemento.

Essa conservação, considerando que o conteúdo da relação contratual atende aos interesses que cada uma das partes deposita no adimplemento obrigacional, será extremamente relevante para o funcionamento do sistema de economia de mercado.

---

<sup>393</sup> ALMEIDA, **Texto...**, p. 498.

<sup>394</sup> Conforme ALMEIDA, **Texto...**, p. 506, referenciando o pensamento de Betti: "Os interesses individuais dirigem-se a finalidades "de carácter variável e contingente" que só são dignos de tutela se compatíveis com o "interesse social". "A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada".

<sup>395</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 1, p. 15-44, jan./mar. 2003, p. 36.

<sup>396</sup> JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, p. 114.

## 2.2.2) Aspectos extrínsecos

Com relação aos aspectos extrínsecos dos contratos, a função social torna relevante refletir sobre os efeitos relativos dos contratos a partir da aceitação da idéia de que o contrato<sup>397</sup>, enquanto elo da cadeia econômica que ultrapassa os interesses exclusivos das partes, indica a necessidade de minoração da idéia de relativismo<sup>398</sup>.

Como observa Luis Renato Ferreira da Silva referenciando as sociedades massificadas, “o entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados”<sup>399</sup>.

A possibilidade dos efeitos das relações contratuais alcançarem terceiros diz respeito ao comportamento que estes devem adotar frente aquela, não se imiscuindo ou criando a possibilidade de rompimento do pacto alheio<sup>400</sup>, onde ao Estado é dada a função de harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social<sup>401</sup>.

Um referencial concreto desta possibilidade é o caso das distribuidoras de petróleo, que foi objeto de parecer do Prof. Antonio Junqueira de Azevedo<sup>402</sup>, onde a desregulamentação do setor de combustíveis provocou a revogação da vinculação obrigatória entre os postos de serviços e as distribuidoras, restando a essa como facultativa.

---

<sup>397</sup> O terceiro, assim qualificado por não ter manifestado a sua vontade, não pode ser atingido pelos efeitos contratuais.

<sup>398</sup> Neste sentido, LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, p. 138.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>400</sup> Essa percepção é bastante facilitada se comparada com a propriedade privada, como bem referencia Jorge Cesa Ferreira da Silva (ob.cit., p.115): “...considerando que as obrigações são fatos sociais de importantes reflexos, as obrigações devem ser elas respeitadas da mesma forma como se deve respeitar a propriedade alheia”.

<sup>401</sup> AZEVEDO, Princípios..., p. 119.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 113-120.

A eventual situação prejudicial que determinadas distribuidoras(YY) de combustível causam a outra(X) ao comercializarem seus produtos em postos revendedores, publicamente identificados como postos de serviços daquela(X), podendo a iniciativas das chamadas “atravessadoras”(YY) caracterizar ato ilícito na quebra da exclusividade garantida pelas relações contratuais de fornecimento entre a distribuidora ofendida(X) e seus postos revendedores.

Diante da caracterização como relação contratual de fornecimento entre a distribuidora(X) e seus postos revendedores, inclusive com o chamado *lay-out* dos postos obedecendo a programação visual que identifica aquela, pode-se identificar a existência de cláusula de exclusividade explícita<sup>403</sup>, que não enseja maiores considerações, ou implícita, surgindo como dever acessório do vínculo contratual, em decorrência da boa-fé objetiva, representando a compra de combustível pelo revendedor de outra distribuidora perfeitamente caracterizável como “quebra” de contrato.

A questão se volta para a identificação, ou não, do comportamento das distribuidoras como ato ilícito, considerando que essas são terceiras na relação contratual violada. O que se faz pela incursão pelos princípios do direito contratual, entre eles, a função social do contrato, qualificada como destinado a impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas, não transformando terceiros em parte do contrato, mas impedindo que sejam indiferentes a ele<sup>404</sup>.

Neste sentido, a responsabilidade do terceiro quando contribuir, direta ou indiretamente, para o inadimplemento contratual é aquiliana<sup>405</sup>, se afigurando como solidariamente responsável pelas conseqüências do inadimplemento contratual, no caso em tela, pela quebra da exclusividade e perda de “fatia” do mercado de produtos combustíveis.

---

<sup>403</sup> AZEVEDO, Princípios..., p. 115.

<sup>404</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>405</sup> Ibidem, p. 119. Vale referenciar a diferenciação que o Prof. Junqueira faz entre relatividade dos efeitos e oponibilidade dos efeitos mencionando a posição do Prof. Didier Martin: “a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam “terceiros”, sem dúvida para melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhes são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos.”

Essa dupla acepção estabelecida pelo Prof. Junqueira, considerando a função social do contrato, enquanto princípio, como destinado a impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas, além da conseqüente responsabilidade aquiliana, nos remete diretamente para o plano concorrencial, pois o plano da coletividade seria alcançado pelo Direito da Concorrência e o prejuízo reclamado por determinado concorrente, pelas regras da concorrência desleal, configurando a necessidade de se promover, com base no princípio da função social, conexões intersistemáticas entre o Código Civil e a legislação da concorrência<sup>406</sup>.

No caso em comento, objeto do parecer do Prof. Junqueira, parece adequada, também, a aplicação das regras relativas à concorrência desleal, vez que facultam ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento por atos tendentes a prejudicar os negócios alheios<sup>407</sup>, não desconsiderando, ainda, os fundamentos da responsabilidade extracontratual que influenciam a conformação do instituto da concorrência desleal, como será analisado mais a frente.

### 3) A funcionalização e as redes contratuais

#### 3.1) As redes contratuais

As chamadas “redes contratuais” se identificam a partir de relações negociais que se desenvolvem intensamente na atualidade, com ênfase na sua finalidade econômica<sup>408</sup>, especificamente em relação a uma maior produtividade decorrente de

---

<sup>406</sup> MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 57.

<sup>407</sup> Lei nº9.279/96. art.209 – Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

<sup>408</sup> Como ensina MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 58, fazendo relação entre a função social dos contratos estabelecida no Código civil de 2002 e as redes contratuais: “..a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que

uma melhor alocação de recursos entre aqueles que de algum modo possam ter um interesse comum no âmbito da atividade econômica, numa relação necessária entre a causa contratual e a causa sistemática<sup>409</sup>.

Como exemplo inicial na percepção desse fenômeno pode-se fazer menção aos chamados “Planos de Saúde”, espécie de medicina pré-paga, onde a relação de cada participante com a entidade administradora gera reflexos às demais relações de mesma natureza<sup>410</sup>. As chamadas “redes de distribuição” também identificam o fenômeno<sup>411</sup>, especialmente pela necessidade de organização da cadeia, desde o início, com a produção, até o final, com a entrega ao consumidor do produto ou serviço desejado. Ainda, é possível referir o aparecimento dos coordenadores de serviços e produtos a partir da sub-contratação massiva de fornecedores de produtos e serviços<sup>412</sup>, normalmente em decorrência da necessidade de uma maior especialização.

Uma primeira abordagem jurídica na percepção das redes contratuais corresponde aos chamados *contratos relacionais*<sup>413</sup>, que envolvem dois elementos simultâneos: os vínculos de longa duração e as redes contratuais.

---

muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual. É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o art.421 terá projeções também no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos “contratos em rede”, servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua *unidade finalista*.”

<sup>409</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 44 e p. 49. Ao fazer menção ao pensamento de Stiglitz, abordando os contratos de seguro diante do risco de indenização, refere que “las condiciones generales que determinen con rigor el riesgo, las que consagren la suspensión automática de la cobertura paea el caso de falta de pago, las que establezcan sanciones para la inobservancia dolosa de las cargas informativas, deben ser interpretadas literalmente a fin de sostener la comunidad de riesgos. Estas cláusulas, que examinadas em um contrato bilateral podrían afectar la relación conmutativa, encuentran su razón em la protección del sistema que permite la celebración y funcionamiento del contrato, y por lo tanto no serían abusivas.”

<sup>410</sup> O abuso na utilização do plano de saúde por alguns segurados, como marcação de consultas médicas sem necessidade, implica num aumento de custos para todo o sistema.

<sup>411</sup> Conforme LORENZETTI, op. cit., p. 46: “Si una empresa vende a um distribuidor, estamos ante una relación de cambio. Pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y, si bien son contratos individuales, autónomos, hay algo que los une y que requiere que funcionen conjuntamente.”

<sup>412</sup> Normalmente inerentes aos contratos de longa duração, é possível identificá-los no fenômeno que os administradores qualificaram como *terceirização*, onde as empresas transferiram a terceiros atividades antes prestadas por empregados (p. ex., limpeza, vigilância) ou em contratos de engenharia do tipo *turn-key*, onde o prestador do serviço é uma espécie de integrador do sistema a fim de entregar a planta industrial, p.ex., pronta para funcionar.

<sup>413</sup> LORENZETTI, op.cit., p. 50.

No plano da longa duração, identifica a necessidade do estabelecimento de regras relativas à perpetuação da relação, considerando procedimentos de atuação capazes de concretizar o objeto do contrato durante toda a sua existência. Relações dessa natureza se justificam tanto pela necessária escala de produção e garantia de retorno de investimentos de longo prazo necessários ao fornecimento de um bem ou à prestação de serviço<sup>414</sup>, quanto em relação às vantagens propagadas ao consumidor pela manutenção de um vínculo duradouro.

Cláudia Lima Marques<sup>415</sup>, ao denominar tais relações duradouras de “contratos cativos de longa duração”, observa que a grande contribuição que o seu entendimento traz para o sistema de contratos diz respeito à criação “de um modelo teórico contínuo que engloba as constantes renegociações e as novas promessas,” permeado por deveres anexos<sup>416</sup> de conduta estabelecidos pelo princípio geral de boa-fé na execução das obrigações que representam um elemento limitador ao exercício de direitos subjetivos inerentes aos contratos.

O estabelecimento de um novo patamar de boa-fé no mercado cria deveres de conduta contratual norteados pela finalidade objetiva ou função econômico-social estabelecidos quando da sua institucionalização pelo ordenamento jurídico<sup>417</sup>.

No plano das redes contratuais, se pressupõe a necessária cooperação entre as partes como meio de alcançar uma maior flexibilidade capaz de se adequar às flutuações que naturalmente ocorrem na atividade econômica de longo prazo<sup>418</sup>.

Essa referência à cooperação perde seu caráter acessório, transfigurando-a em elemento central do contrato<sup>419</sup>, constituindo-se num princípio básico de todos os

---

<sup>414</sup> Normalmente vinculados à prestação de serviços, é comum nessa situação, inclusive, a ocorrência de monopólios naturais. Um exemplo é o fornecimento de energia elétrica.

<sup>415</sup> MARQUES, **Contratos...**, p. 79.

<sup>416</sup> como o dever de sigilo, de lealdade, de informar, de cooperar.

<sup>417</sup> MARQUES, op. cit., p. 91.

<sup>418</sup> LORENZETTI, **Tratado...**, p. 51 qualificando tal abordagem como limitada, afirma que: “Esta teoría está basada em uma aproximación sociológica al tema y es descriptiva, razón por la cual se le puede criticar que no aporta elementos para resolver el problema, ya que no se advierte qué efectos produce esta cooperación, más allá de los ya conocidos.”

<sup>419</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 189.

contratos relacionais<sup>420</sup>, além do dever de solidariedade impor uma obrigação moral e legal de agir de acordo com certos valores comunitários.

Nos contratos relacionais, os benefícios e ônus são compartilhados de modo a garantir a distribuição dos resultados na cadeia<sup>421</sup>, o que tende a garantir um alto grau de eficiência econômica em relações dessa natureza, principalmente por conferir, no plano de fornecimento de bens ou serviços, uma maior competitividade frente a esquemas convencionais, os chamados contratos descontínuos<sup>422</sup>.

Uma segunda abordagem, está fundada na conformação de contrato-marco de base associativa baseada no interesse comum<sup>423</sup>. A referência ao contrato-marco decorre da sua identificação como meio de alcançar fins individuais e comuns, onde a base associativa surge em função de um interesse convergente decorrente dos reflexos internos gerados pelos membros da rede entre si em relação às suas obrigações, onde a prestação de cada indivíduo indiretamente proporciona vantagens aos demais, sem que exista uma relação direta de trocas, num cenário em que se identifica a possibilidade de aplicação de princípios e preceitos próprios dos contratos societários<sup>424</sup>.

Uma terceira teoria, identifica nas operações econômicas a base de formação de uma união de grupos de contratos<sup>425</sup>, onde a conexão objetiva é dada pelo negócio para o qual servem os contratos, estando fortemente centrada na noção de

---

<sup>420</sup> deixa de ser um princípio somente invocado para preencher lacunas quando os demais princípios básicos da autonomia da vontade, vinculatividade da obrigação, liberdade contratual não bastem para resolver o problema. (MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p. 189).

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>422</sup> como explica MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts southern. **California Law Review**, v. 47, n. 688, 1974, p. 720.: "There are no precedent relations between the parties. As to the present, two general characteristics dominate the transactio: it is short; it is limited in scope."

<sup>423</sup> LORENZETTI, **Tratados...**, p. 51.

<sup>424</sup> Entre outros, segundo LORENZETTI, **Tratados...**, p. 52: "- La obligación de lealtad reforzada. - El derecho de información y control que asiste al partícipe da la unión. - - La concepción de las facultades de dirección comercial como "competencia reglada" informada por el fin común y no como derecho em sentido proprio." Para o autor supra, tal vínculo com o direito societário, ao mesmo tempo que representa um avanço em relação à base teórica anterior, não capta alguns elementos atuais relativos às redes.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 53. Um exemplo dado pelo autor é o do fornecimento de sistemas de computação, onde existe um contrato de compra e venda de equipamento, um de desenvolvimento ou compra e venda de software e um de assistência técnica.

causa, que unifica essa pluralidade coordenada de contratos, não desconsiderando a necessidade de que mantenha a sua causa autônoma.

No desenvolvimento dessa teoria, surge a questão do efeito relativo dos contratos, especialmente em relação a determinadas situações onde é possível a responsabilização extracontratual diretamente por um terceiro cujo dano seja reflexo de uma rede de contratos da qual faça parte<sup>426</sup>, passível de identificação em situações como as relações entre fabricante, lojista e consumidor ou, também, em situações de sub-contratação na prestação de serviços de engenharia, p.ex., levando, até mesmo, a se cogitar da possibilidade de que quem integra um grupo de contratos não pode ser qualificado de terceiro, podendo, com isso, promover a responsabilização contratual.

No avançar dessa idéia, onde a conexão objetiva é dada pelo negócio para o qual serve os contratos, elemento supracontratual que justificará o seu nascimento e o funcionamento, surge a teoria sistêmica<sup>427</sup>, fundamentada na necessidade de compreensão do sistema que transcende a mera análise dos vínculos individuais dos contratos.

Para tanto, a percepção das redes contratuais pressupõe sua análise em relação aos aspectos internos e externos.

No plano das relações internas, as redes contratuais estão diretamente vinculadas à colaboração entre as partes que a integram<sup>428</sup>, onde o elemento unificador é a conexidade que fundamenta elementos característicos da rede como a causa sistemática, a finalidade supracontratual e a reciprocidade sistemática das obrigações, alcançando as partes não somente por deveres relacionados à obrigação principal e acessória pactuadas, mas também pelo sistema que integram.

---

<sup>426</sup> LORENZETTI, **Tratados...**, p. 53, fazendo referência a Larroumet, menciona que: "Llegado a este punto, el autor se detiene a señalar las dificultades que presenta una interpretación laxa del principio de relatividad de los contratos y de su inoponibilidad. En tal sentido, señala que es difícil establecer límites y que no hay una definición de grupo de contratos". Para o autor, não desconsiderando a aproximação dessa tese à realidade, é necessário desenvolver melhor os seus instrumentos normativos.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 55.

A percepção dos contornos conformadores do negócio jurídico é que identifica o elemento que cria e unifica o sistema e transfere ao contrato individual, elementos tais como a causa final, a causa objetiva, o objeto, num movimento inverso àquele que se inicia pelo conhecimento da parte para, após, identificar o elemento que une os contratos<sup>429</sup>. Assim, é possível identificar três tipos de contratos conexos, considerando o fim unitário (elemento objetivo), a vontade de conexão ou união (elemento subjetivo) ou a determinação legal.

Como observa Lorenzetti<sup>430</sup>, na conexidade há um interesse associativo que se satisfaz através de um negócio que requer vários contratos unidos num sistema, onde a causa vincula sujeitos que são partes de contratos distintos, fora do vínculo bilateral, mas dentro do sistema ou rede contratual, o que significa haver uma finalidade econômico-social que ultrapassa a individualidade de cada contrato e que justifica a formação da rede. Eventuais desequilíbrios na rede, contaminam todo o sistema, alcançando, possivelmente, todos os contratos.

Esse vínculo de interdependência criado a partir das relações contratuais conexas muitas vezes impede a distinção ou a realização de uma sem a outra, podendo alcançar relações das mais diversas naturezas<sup>431</sup>.

Num vínculo direto com as relações de consumo, Cláudia Lima Marques<sup>432</sup> refere que os *grupos de contratos* qualificam-se como contratos vários que incide de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim, normalmente um único fim de consumo<sup>433</sup>; já na *rede de contratos*, cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo objeto da prestação, normalmente a mesma finalidade de fornecimento.

---

<sup>429</sup> MARQUES, **Contratos...**, p. 341.

<sup>430</sup> LORENZETTI, **Tratados...**, p. 63.

<sup>431</sup> Nas relações empresariais, podemos referir a relação entre a rede de distribuidores e a fábrica de um determinado produto. É possível referenciar, ainda, que se uma das atividades é de consumo, é possível que acabe por contaminar, por determinar a natureza acessória de consumo da relação ou do contrato comercial. Como bem exemplifica MARQUES, op. cit., p. 343, a telefonia de tempos atrás obrigava o pretense consumidor de serviços telefônicos residenciais a adquirir participação societária na empresa prestadora do serviços, numa clara relação de conexão.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 341.

<sup>433</sup> Como exemplo, seguros, plano de saúde, consórcio.

O surgimento dessas relações contratuais complexas, onde a conexão é elemento fundamental para o seu desenvolvimento, tem no mercado o meio para a organização e materialização desse fenômeno operacional econômico<sup>434</sup>, numa manifesta constatação do seu artificialismo jurídico, que alcança na sua concretização, o plano da existência, e com seus reflexos ampliados, o plano da eficácia<sup>435</sup>.

A identificação dos interesses que unem as partes nos contratos conexos, pressupõe a consideração de princípios referenciais como a idéia de coordenação<sup>436</sup>, correspondência sistemática das prestações e obrigações fundadas na conexidade.

Do desejo comum no funcionamento do sistema, se deduz um princípio democrático necessário à relação envolvendo um agrupamento de indivíduos a fim de garantir um certo equilíbrio e a preservação do sistema, ou seja, se retira o caráter subjetivo de uma vontade declarada para focar, objetivamente, no funcionamento do sistema<sup>437</sup>, movimento que é realizado à luz da aplicação dos princípios de organização da concorrência.

Na esteira desse interesse comum, outro elemento que deve ser grafado corresponde ao princípio da coordenação, que transmite aos participantes obrigações secundárias de conduta, inerente à necessidade de preservação da rede contratual, onde a conduta de cada um não deve ser pensada exclusivamente no alcance do seu interesse mas, também, na manutenção do sistema<sup>438</sup>.

---

<sup>434</sup> MARQUES, **Contratos...**, p. 340.

<sup>435</sup> Como refere MARQUES, **Contratos...**, p. 342: "Esta nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. Assim, pode ser um indicador da conexidade de relações contratuais (de consumo) e da vulnerabilidade *in concreto*, por exemplo, a posição de catividade, sujeição e dependência no tempo que esteja reduzido um dos contratantes.

<sup>436</sup> LORENZETTI, **Tratados...**, p. 64.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p.65.

<sup>438</sup> Como bem observa LORENZETTI, **Tratados...**, p. 70: "El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema. Esta circunstancia da lugar a una serie de conceptos que desde nuestro punto de vista deben comenzar a desarrollarse en una economía caracterizada por prestaciones masivas y vinculadas a través de redes: *La finalidad supracontractual*, que se refiere a los objetivos buscados y solo obtenidos a través de una red de vínculos. En cambio la finalidad económico-social en el sentido de causa objetiva, se refiere a lo que se busca mediante el contrato"

No âmbito da estrutura interna das redes contratuais a questão da conformação do sistema de contratos se apresenta de modo particularmente sensível, especialmente em relação aos limites entre autocracia e democracia, transcendendo a questão dos direitos e deveres das partes para conhecer e adequar ao sistema os limites entre controle e dominação.

Uma situação típica dessa natureza é a concentração vertical ou horizontal de empresas, o que demonstra uma aproximação da análise das redes contratuais com o direito da concorrência, especialmente em relação aos agrupamentos verticais ou horizontais<sup>439</sup>, inseridos aí os instrumentos contratuais utilizados na sua concretização.

O sentido funcional que se emprega a essas relações implica num potencial vínculo de dependência ou subordinação econômica das empresas agrupadas, levando a uma presunção da existência de dominação, derivando daí a necessidade de se dispor de meios de proteção para a parte mais frágil.

A idéia de controle pela parte subordinante da qualidade do adimplemento das prestações da parte subordinada, como meio de verificação do correto procedimento ou contribuição para o funcionamento ótimo do sistema, pode ser inerente à própria preservação da rede<sup>440</sup>, não se caracterizando, necessariamente, como um elemento qualificado no plano da dominação.

Além disso, tais procedimentos de controle são passíveis de justificação pela possível solidariedade imposta aos membros das redes contratuais nas relações de consumo em decorrência da formação das cadeias de fornecimento<sup>441</sup>, fenômeno

---

<sup>439</sup> LORENZETTI, **Tratados...**, p. 75 utiliza como exemplo a relação entre os fabricantes de automóveis e a sua rede de distribuidores, onde a concedente incorpora uma concessionária na sua estrutura funcional de distribuição dos produtos que fabrica e, não obstante a independência jurídica e patrimonial entre ambas, acaba por produzir uma notória desigualdade em função de uma ampla gama de regras a que é submetida a concessionária.

<sup>440</sup> Por exemplo, a supervisão técnica das redes de alimentação(franquia); empréstimos financeiros para fins agrícolas, objetivando o desenvolvimento de determinada cultura.

<sup>441</sup> Como explica Cláudia Lima Marques: "A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de "fornecimento" e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.(MARQUES, **Contratos.....**, p. 335.. Os arts. 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor(Lei nº8.078/1990) fazem menção expressa à solidariedade. O referido diploma legal(Lei

econômico de organização do modo de produção e distribuição de bens ou serviços que envolve um grande número de atores que unem esforços e atividades para a finalidade comum que é a conquista do consumidor<sup>442</sup>, sendo perceptível a existência de uma relação direta entre controle e responsabilidade.

No plano da concorrência, a multiplicidade de condutas econômicas daqueles que compõe a oferta e a demanda num determinado mercado de bens ou serviços pode revelar a tentativa daqueles que se encontram no pólo da oferta do exercício de práticas concertadas através de redes objetivando controlar variáveis externas à atividade regular da empresa, como no caso da artificialidade de preço por restrição conjunta da oferta ou da delimitação geográfica da oferta como meio de criar uma certa exclusividade do fornecedor em determinada área, permitindo, como contrapartida, a manipulação do preço.

### 3.2) A concretização das redes contratuais. O caso das Petroquímicas

Um referencial concreto e intenso de configuração e controle de redes contratuais é o caso da indústria petroquímica, que foi objeto de apreciação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) envolvendo as empresas Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL, OPP Petroquímica S/A (atual BRASKEM), OPP Polietilenos S/A (atual BRASKEM) e Ipiranga Petroquímica S/A<sup>443</sup>.

A operação analisada consistiu em acordos de suprimento de matérias-primas firmados entre a Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL e suas controladoras OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A.

---

nº8.078/1990) identifica como fornecedor todos os membros da cadeia produtiva. Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>442</sup> LORENZETTI, *Tratados...*, p. 334.

<sup>443</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração (A.C.) Nº 54/95. Conselheiro Relator: Antônio Fonseca. Conselheira designada para relatar o Acórdão: Lúcia Helena Salgado e Silva. Decisão D.O.U.: 20 Fev 1998. Acórdão D.O.U.: 27 Fev 1998.

Duas observações prévias são fundamentais para entender a rede de contratos que se construiu<sup>444</sup>.

A primeira, diz respeito à natureza da atividade envolvida, pois as empresas têm localização industrial no local chamado Pólo Petroquímico do Sul, onde o crescimento de produção de todas elas depende de uma decisão conjunta na medida que a ampliação da capacidade produtiva da COPESUL, fornecedora de matéria-prima das demais, depende da ampliação da capacidade produtiva destas e vice-versa.

Portanto, o acordo prévio entre fornecedora e clientes é fundamental para desencadear a realização, individualizada, de investimentos com a dimensão que é peculiar a negócios dessa envergadura<sup>445</sup>.

A segunda, traz uma peculiaridade bastante interessante, que particulariza ainda mais o caso, pois as OPPs<sup>446</sup> e a Ipiranga Petroquímica S/A, além de clientes e controladoras da sua principal fornecedora - COPESUL, são concorrentes entre si.

Não obstante isso, a cliente Petroquímica Triunfo S/A que, como as outras, já mantinha um contrato de fornecimento de matéria-prima com a COPESUL, além de ser sua acionista minoritária, não conseguiu se inserir na rede contratual que se estabeleceu entre as demais.

Nesses termos, a primeira questão que se colocou foi porque o CADE estaria analisando um contrato de suprimento de matérias-primas e que danos ao mercado poderiam causar. Tais danos poderiam estar presentes se, como intenção ou efeito, os contratos viessem a eliminar ou prejudicar à concorrência.

Ao analisar a operação teve-se em conta a alegação da acionista minoritária, Petroquímica Triunfo S.A., acerca de sua exclusão dos acordos sob exame. De

---

<sup>444</sup> DUTRA, Pedro. **A concentração do poder econômico**: jurisprudência anotada. Rio de Janeiro:Renovar, 1999, v. 2, p. 1329.

<sup>445</sup> Ibidem.

<sup>446</sup> OPP Petroquímica S.A. e OPP Polietilenos S.A., fusionadas na BRASKEM.

acordo com a Triunfo, a redivisão das cotas adicionais de eteno<sup>447</sup>, previstas nos contratos de expansão, fazia-se necessária para sua sobrevivência competitiva e com isso evitar sua saída do mercado.

Assim, a análise do ato de concentração forçosamente implicava indagar sobre a possibilidade de se estar diante de conduta ou condutas lesivas à concorrência. Nesses termos, a complexidade deste caso residiu não tanto no contraditório que se estabeleceu ou nas características técnicas da atividade petroquímica, mas, sobretudo, se o ato tratava de conduta ou condutas como as tipificadas nos *incisos III, IV, V, VI do art. 21 c/c art. 20, I, II e IV*, da Lei 8.884/94.

Desse modo, a primeira questão que coube ao CADE buscar resposta foi se o ato alterava a configuração do mercado relevante e, a interação competitiva entre os agentes de forma estrutural<sup>448</sup>. Entendeu-se que isto pode se dar se houver exclusão de concorrente do mercado<sup>449</sup>, que não por razões de diferencial de eficiência, mas determinado pelo exercício do poder de monopólio.

Para demonstrar a ocorrência de exclusão eram necessárias evidências de que os contratos de suprimento de matérias-primas firmados pela Copesul tinham, incontestavelmente, objetivo e/ou efeitos anticoncorrenciais, ou seja, a conduta deveria refletir uma estratégia com o claro propósito de eliminação de concorrente<sup>450</sup>. Até porque, mesmo que uma firma detenha poder de monopólio, a recusa de venda, negociação ou colaboração com um rival, pode ser considerada razoável, se motivada por razões econômicas para além de motivações anticompetitivas.

Uma das informações cruciais fornecidas pelo quadro é a do mercado relevante geográfico que gera duas conclusões importantes. Primeiro, tendo em vista as limitações de suprimento dessa matéria-prima por outros pólos

---

<sup>447</sup> matéria-prima produzida pela COPESUL.

<sup>448</sup> DUTRA, **A concentração**..., p. 1329.

<sup>449</sup> Os mercados afetados pela operação foram: a montante o produto eteno (primeira geração da petroquímica) e, a jusante, os produtos da segunda geração da petroquímica compostos pelo Polietileno de Alta Densidade (PEAD), Baixa Densidade (PEBD) e Baixa Densidade Linear (PEBDL).

<sup>450</sup> DUTRA, op. cit., p. 1329.

petroquímicos, em razão do elevado custo de transporte, onde a possível barreira institucional da anuência prévia acaba se tornando redundante para transações realizadas em bases mais permanentes; além das escassas possibilidades de armazenamento do produto importado; e, da substancial redução de despesas derivada do sistema de dutos que liga as empresas de primeira e segunda geração na petroquímica. Ressalta-se que o mercado geográfico relevante do eteno considerado foi restrito ao pólo de Triunfo<sup>451</sup>. As alternativas de suprimento de eteno para o plano de expansão da Petroquímica Triunfo S.A. fora daquela região do pólo foram consideradas bastante reduzidas.

A análise desenvolvida partiu subsidiariamente dos fundamentos da doutrina das instalações essenciais, visando aferir se a posição da Copesul preenchia quatro condições: (1) controle da infra-estrutura; (2) impossibilidade de duplicidade dessa infra-estrutura; (3) recusa em ceder a infra-estrutura; e (4) factibilidade do acesso a infra-estrutura.

As duas primeiras condições claramente estavam presentes: a COPESUL é monopolista na produção de eteno no mercado geográfico do pólo de Triunfo; além disso, é incontestável a inviabilidade econômica de projetos de investimentos para produção de eteno para auto-suprimento, no caso pela Petroquímica Triunfo S.A.<sup>452</sup>

Todavia, no que diz respeito a terceira condição, o CADE interpretou que a não participação da Petroquímica Triunfo S.A. no projeto de expansão deveu-se a uma falha de coordenação, cujas raízes encontravam-se no próprio processo de privatização da COPESUL. Este processo determinou uma relação dual de propriedade - controlada por competidores e fornecedora – o que, por sua vez, acabou por dificultar as trocas de informações sobre projetos de investimentos no momento anterior ao processo de expansão, inviabilizando a cooperação espontânea. Adicionalmente a falta de identidade como *player* independente da Petroquímica Triunfo S.A., que não deixou antever com clareza qual a sua estratégia empresarial, dificultou qualquer estratégia cooperativa.

---

<sup>451</sup> localizado na cidade que leva o mesmo nome situada no Rio Grande do Sul.

<sup>452</sup> DUTRA, **A concentração...**, p. 1329.

Já a quarta condição não foi inteiramente atendida. O acesso às instalações eram limitados aos acordos realizados até o momento anterior ao processo de expansão. Isso significava que futuramente não haveria condições de igualdade no acesso à matéria-prima, o que se justificava pela viabilidade econômica dos projetos de investimentos, em andamento, das controladoras da COPESUL. Porém, havia acordos de suprimento em vigor que estavam sendo respeitados.

Concluiu-se, portanto, que as falhas de coordenação foram motivadas por razões de ordem econômica consideradas no mínimo equivalentes, se não superiores, às motivações de ordem anticoncorrencial<sup>453</sup>. Por isso, não foi detectada exclusão no sentido clássico.

A continuidade das falhas de coordenação poderia gerar efeitos indesejáveis, na medida que havia o potencial de inviabilizar a sobrevivência de concorrente eficiente no mercado, o que obrigava a autoridade antitruste a agir de forma preventiva. Assim, o entendimento foi que havia falhas de coordenação, onde se destaca o evidente desinteresse dos grupos controladores da COPESUL de incluir a concorrente no plano de expansão.

Tais falhas podiam ser sanadas por meio da decisão do CADE, desde que fossem restabelecidas - de forma preventiva - as condições de igualdade no acesso à matéria-prima. Porém, deveria ser respeitada a viabilidade econômica de projetos de investimento já em andamento, ou seja, evitando-se a geração de custos privados certos em troca de benefícios públicos incertos.

Nesses termos, considerou-se necessário afastar quaisquer condições *ad hoc* que limitassem o suprimento de matéria-prima para concorrentes atuais e potenciais dos grupos controladores da COPESUL. Assim, o CADE decidiu tomar medidas que prevenissem a ocorrência de tais fatos, condicionando à aprovação da operação, no referente ao atual projeto de expansão, à oferta pública da matéria-prima

---

<sup>453</sup> DUTRA, **A concentração...**, p. 1329.

disponibilizada no desgargalamento<sup>454</sup> e, a cada vez que se constatassem excedentes entre as quantidades já contratadas e consumo de cada planta.

No Termo de Compromisso firmado pela COPESUL em cumprimento à decisão do CADE, ficou estabelecido que será disponibilizado, por meio de ofertas públicas, dois tipos de excedente de eteno em relação ao seu projeto corrente de expansão, caso isso seja economicamente viável. Os excedentes são: 1) Derivados de futuro processo de desgargalamento das novas plantas do plano de expansão da Copesul. Esse processo consiste em racionalização da planta, após um certo lapso de tempo, de sua entrada em operação e, permite ampliação da quantidade ofertada; e 2) Derivados de incrementos marginais na quantidade produzida em relação ao contratado.

A oferta pública do primeiro excedente deveria ser anterior ao desgargalamento, visando conferir aos possíveis candidatos um horizonte de planejamento mínimo para ajustar sua capacidade produtiva. A quantidade de eteno a ser disponibilizada na oferta pública será feita com base na capacidade adicional estimada por consultoria a ser contratada.

Nota-se uma preocupação do órgão com o acesso harmônico dos interessados à matéria prima ofertada adicionalmente, o que seria capaz de incrementar novas relações negociais dentro do sistema, integrando uma relação mais duradoura entre os membros da rede, o enfrentamento de empreendimentos de maior risco, além de investimentos de longo prazo, especialmente pela diminuição dos custos de informação e negociação em se comparando com uma negociação realizada entre estranhos<sup>455</sup>.

---

<sup>454</sup> Processo de reformatação de unidades industriais após verificação dos gargalos no processo de produção, característico da indústria química, que permite tornar as fábricas mais produtivas. Esse processo demanda uma interrupção temporária da produção.

<sup>455</sup> WEINGARTEN, Célia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 33, p.39, jan./mar. 2000. A autora observa que: "Un buen ejemplo lo conforman las empresas en red japonesas que se concentran alrededor de un gran Banco u otra institución financiera que reúne en promedio a 31 empresas. Las características centrales de esta red de empresas es que los miembros no se hallan unidos por lazos legales, a pesar de que a menudo están relacionados entre sí por un sistema de tenencia cruzada de acciones; la segunda característica importante es que suelen dar preferencia a los miembros en la concreción de transacciones, sobre cualquier otro proveedor aunque deban pagar precios más altos porque a la larga obtendrán más beneficios."

Entendimentos dessa natureza levam à consideração de um elemento externo nas relações jurídicas de natureza econômica, qual seja, a idéia de que a preservação dos sujeitos dessa relação é fundamental na preservação do sistema da economia de mercado; a normatização protetiva não advém da solidariedade, mas da expressão de uma estratégia para a promoção do mercado ou da própria *economia de mercado*<sup>456</sup>, não desconsiderando os reflexos no âmbito da justiça social.

---

<sup>456</sup> GRAU; FORGIONI, **O estado...**, p. 23.

## II) O DIREITO DO MERCADO NO CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA

### A) Economia de Mercado, Justiça Social e Atuação do Estado

#### 1) A relação direta entre economia de mercado e justiça social

Retornando à percepção do que Bobbit qualifica como Estado-mercado, entendido como instrumento para maximizar as oportunidades de que usufruem todos os membros da sociedade<sup>457</sup>, no qual a abertura de oportunidades na maior escala possível enseja que se maximize o aumento de riqueza de um modo geral, é possível identificar uma relação direta e harmônica entre o sistema econômico denominado *economia de mercado*<sup>458</sup> ou *capitalismo* e a maximização da existência do indivíduo, alicerçada na justiça social.

Como elemento basilar na compreensão dessa relação, tem-se a noção de desenvolvimento econômico<sup>459</sup>, assim entendido como tipo de atividade econômica que “consiste em obter que a economia de dado país passe a produzir mais, e melhore a vida de todos e cada um de seus habitantes,”<sup>460</sup> aumentar a produção em quantidade e qualidade e a repartição das coisas e dos serviços úteis, o que torna perceptível uma necessária relação harmônica de interesses entre a parte e o todo.

Essa relação permite criar uma identidade entre a lógica capitalista, fundada na teoria econômica e analisada a partir do referencial do que seja o melhor modo

---

<sup>457</sup> Conforme BOBBITT, **A guerra...**, p. 214: “o Estado-mercado avalia seu êxito ou fracasso econômico conforme a capacidade da sociedade de obter mais e melhores bens e serviços.”

<sup>458</sup> Conforme GALVES, **Manual...**, p. 239, assim chamada “porque, nela, a atividade da economia nacional e o seu progresso é impulsionado, quase toda, pela vida dos mercados.”

<sup>459</sup> Como observa REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.118: “Pode-se dizer que, hoje em dia, a social-democracia, desde a Escandinávia aos demais países da União Européia, se apresenta como uma forma de *realização social no Estado de Direito*, com base na tese de que a economia de mercado não pode deixar de ter por fim o alcance da maior igualdade social possível, entre os indivíduos”.

<sup>460</sup> GALVES, op. cit., p. 453.

de funcionamento do sistema<sup>461</sup>, e a concretização da justiça social que, estando dirigida ao bem comum, exige de todos que direcionem os seus esforços<sup>462</sup>, tanto no campo do trabalho como na livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meio de garantir a existência digna de todos<sup>463</sup>, até porque não há nada mais igualitário que a disposição de bens e serviços baratos e abundantes passível de ser alcançado em qualquer sociedade<sup>464</sup>.

Por um lado, o melhor funcionamento do mercado, sob a ótica econômica, é aquele que resultará no desenvolvimento e no crescimento econômico<sup>465</sup> e, para tanto, se aceitará uma máxima bastante simples, qual seja, que a condição ótima do mercado<sup>466</sup> é aquela em que a base da oferta e a base da demanda sejam a mais larga ou ampla possível<sup>467</sup>, capaz de gerar um “circulo virtuoso” da economia<sup>468</sup>, assim considerado na medida que, de um lado, muitos consumidores teriam

---

<sup>461</sup> Como observa LOPES, Raciocínio..., p. 140: “o tipo ideal da economia é uma racionalidade, que explica e interpreta as ações “de um ponto de vista econômico”. O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico.”

<sup>462</sup> BARZOTTO, Justiça..., p. 119.

<sup>463</sup> Esse referencial traz consigo novos critérios para avaliação do desenvolvimento econômico, relacionados com a qualidade de vida, especialmente se há melhora ou não, pois caso negativo, não tem sentido se falar em desenvolvimento. (GALVES, **Manual...**, p. 439).

<sup>464</sup> MOREIRA NETO, Re institucionalização..., p. 91. Ainda nesse sentido, Robert Lande afirma que: “[...] hay que asegurarse de que exista la gama de opciones y hay que proteger al consumidor para que pueda escoger entre estas opciones.” (LANDE, Robert. Una teoría de la soberanía del consumidor: la combinación de la ley antimonopolio y la de protección al consumidor. In: POLÍTICAS de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina. [s.l.]: Indecopi, 1998, p. 43).

<sup>465</sup> Para GRAU, **A ordem...**, p. 252): “O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento”.

<sup>466</sup> FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 20. observa que: “O jogo da concorrência requer a participação de múltiplos oferecedores de bens e serviços e de uma pluralidade de adquirentes e usuários”.

<sup>467</sup> Como observa Pietro Barcellona (ob.cit., p.474): “Se ogni bisogno è bisogno economicamente misurabile e riducibile, lo scambio di mercato, il contratto, è il mezzo per soddisfarlo.”

<sup>468</sup> GRAU, op. cit., p. 255), ao comentar que a referência constitucional à necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção do desenvolvimento econômico refere que não há nessa afirmação nada de subversivo aos padrões do capitalismo, já que pretende modernizar o capitalismo através do rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos, em que a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais atuam no que qualifica como regime de causação circular acumulativa, por serem causas e efeitos de si próprios.

condições de demandar uma quantidade grande de produtos e serviços<sup>469</sup> e, do outro lado, a oferta seria capaz de gerar renda para criar muitos consumidores<sup>470</sup>.

Em relação à base de ofertantes, a sua maximização significa que a livre iniciativa e o trabalho possam ser exercidos pelo maior número de pessoas possível<sup>471</sup>, o que alimenta o sistema através da geração de renda tanto em relação a quem tem a livre iniciativa, quanto em relação aos fornecedores e trabalhadores vinculados a quem têm a iniciativa econômica, habilitando todos à condição de consumidores da cadeia<sup>472</sup>.

Aqui se identifica um compromisso social da empresa, materializadora da livre iniciativa, com os parceiros com os quais interage e com a sociedade como um todo<sup>473</sup>, com deveres para com seus empregados e com a valorização social do

<sup>469</sup> Como menciona BULGARELLI, Waldírio. **Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.168; ao referir as justificações para a criação do CDC no Sistema Brasileiro: "La primera, de carácter general, es que la sociedad civil brasileña, a medida que se consolida el capitalismo en su proyección más acentuada, que es la de producción y distribución en masa, va tomando conciencia de que necesita de protección más efectiva, con relación al modelo jurídico creado anteriormente..."

<sup>470</sup> "A definição do mercado competitivo é dada pela teoria dos preços, que pressupõe ser a lei da oferta e da procura a determinante dos preços praticados. O mercado competitivo é aquele em que essas forças estão em equilíbrio, tendendo sempre para o estabelecimento do chamado "preço de mercado" (CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11).

<sup>471</sup> CARPENA, **O consumidor...**, p. 11, comentando acerca do necessário equilíbrio entre oferta e demanda, refere que: "se esse equilíbrio vem a ser afetado, o competidor que detém maior poder de mercado e passa a atuar de forma independente, poderá reduzir a quantidade produzida, provocando a elevação do preço até o chamado "preço de monopólio". O mercado monopolizado, ou com baixos níveis de concorrência, aumenta os lucros do fornecedor, em prejuízo, naturalmente, do consumidor."

<sup>472</sup> Nesse sentido decisão do STF que correlaciona esse dois elementos com a seguinte ementa: "Ementa: Recurso Extraordinário. Farmácia. Lei municipal nº 8.794/78 e normas administrativas que disciplinam o horário de funcionamento e o sistema de plantão nos fins de semana. Competência do município para os assuntos de seu interesse: *art. 30, I* da Constituição Federal. Alegação de afronta aos princípios da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. inexistência. 1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local. 2. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório. 3. Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria. Recurso extraordinário conhecido e provido.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 174645 / SP - São Paulo. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 17 nov. 1997 **DJ** 27 fev. 1998)

<sup>473</sup> BARROSO, A ordem..., p. 717.

trabalho, identificando-se e potencializando-se mutuamente e, em última análise, com a existência digna para todos, que se estende aos seus fornecedores, que asseguram o ciclo produtivo e com os consumidores a quem se destina a atividade econômica<sup>474</sup>.

Em relação à base de consumidores, é sabido que as pessoas têm um limite de consumo para certos produtos e serviços, não importando a renda que possam auferir. Exemplo disso é que o indivíduo somente usa um sapato por dia, dirige somente um automóvel, vai a uma só sessão de cinema, faz somente três ou quatro refeições por dia.

Concretamente, por mais poder econômico que tenha o indivíduo, não há como ele consumir toda a oferta que lhe é disponibilizada, concluindo-se, portanto, que a concentração de renda<sup>475</sup> e, conseqüentemente, de poder econômico é manifestamente predatória ao sistema capitalista já que “faz com que os fluxos de capital permaneçam fechados dentro de um determinado setor econômico, não se espalhando pela economia, não gerando o efeito multiplicador de consumo e não permitindo o desenvolvimento.”<sup>476</sup>

Exemplo concreto dos efeitos dessa maximização em relação a ofertantes e demandantes está relacionado com as oportunidades que surgem com a rede mundial de computadores (internet)<sup>477</sup>. O sites de pesquisa com a análise comparativa entre mercadorias ou serviços permitem, de um lado, o ingresso no mercado de ofertantes que não teriam condições econômicas de alcançarem os clientes pela via ordinária que combina ponto-de-venda e publicidade ou a visibilidade daquele que tem as melhores ofertas; e, por outro lado, que os consumidores encontrem produtos na qualidade desejada por um preço menor<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> BARROSO, A ordem...

<sup>475</sup> Como observa MARQUES, **Contratos...**, p. 244): “Parece-nos uma nova conscientização da função do contrato como operação econômica distributiva na sociedade atual, e a tentar evitar exclusão social...[...]” O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o equilíbrio mínimo...”

<sup>476</sup> SALOMÃO FILHO, **Direito como Instrumento** p.20.

<sup>477</sup> Talvez seja esse um dos grandes apelos em favor da chamada inclusão digital, entendida como possibilitar o acesso de toda a comunidade aos serviços disponíveis na internet.

<sup>478</sup> p.ex.: [www.buscape.com.br](http://www.buscape.com.br)

Outro exemplo está relacionado aos *sites* de leilão on-line<sup>479</sup>, “que trata-se de um simples espaço ou plataforma para que terceiros, consumidores, ofereçam para leilão(venda) e façam lances para adquirir (compra), sob pagamento de uma taxa ou porcentagem, tudo por meio eletrônico,”<sup>480</sup> quando todos podem vender para todos, ou mais precisamente, quando alguém que quer vender alguma coisa tem uma maior facilidade de encontrar um potencial comprador sem a limitação geográfica que normalmente a ele se impõe<sup>481</sup>.

Esse necessário alargamento, tanto em relação à base da oferta quanto em relação à base do consumo<sup>482</sup>, oportuniza, a partir da geração de renda, a concretização da existência digna para todos, aqui considerados os reflexos diretos e indiretos que o elemento material pode gerar na existência humana, verdade elementar da justiça social, ou seja, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência se apresentam como instrumentais da promoção da dignidade da pessoa humana<sup>483</sup>.

Portanto, as faculdades de desenvolver atividades econômicas e de buscar o lucro devem ser entendidos como instrumentos de realização da dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas<sup>484</sup>, sejam empresários, sejam os demais membros da comunidade, deslocando o eixo dos contratos do dogma da autonomia da vontade por considerar que a eficácia do contrato decorre da lei<sup>485</sup>, considerando que o primado não é o da vontade mas o da justiça<sup>486</sup>, entendendo que a liberdade

---

<sup>479</sup> p.ex.: [www.arremate.com](http://www.arremate.com)

<sup>480</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 217.

<sup>481</sup> Quanto à regulação de relações dessa natureza, afirma MARQUES, **Confiança...**, p. 218) que “aos leilões “privados”, consumidor-consumidor, aplicam-se apenas as regras gerais do Código Civil, mas se acontecerem de forma “organizada”, em espaços organizados para tal. na Internet, ou com a participação de fornecedor ou moderador-profissional, não serão mais caracterizados como leilões privados, aplicando-se as regras de proteção do consumidor e da concorrência”

<sup>482</sup> “[...] a exploração do consumidor desestimularia o tráfico; daí a proteção ao *hipossuficiente*, concedida pelo Estado, que acaba por catalisar a *circulação mercantil* e a *fluência das relações de intercâmbio*.” (GRAU; FORGIONI, **O estado...**, p. 22).

<sup>483</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>484</sup> JUSTEN FILHO, *Empresa...*, p. 117.

<sup>485</sup> Como observa REALE, *O equilíbrio...*, p. 8: “se o contrato é um dos mecanismos da iniciativa privada, deve-se considerar inerente à *autonomia da vontade*(fonte de toda vida negocial) o propósito, não só inicial, mas permanente, de *dever ser dado a cada um dos contratantes o que é seu.*”

<sup>486</sup> Conforme voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr (REsp 45.666-5-SP, j.17/05/1994, Rel Min. Barros Monteiro)

de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato<sup>487</sup>. Daí que a dimensão social das relações não afronta a dimensão individual da liberdade econômica<sup>488</sup>, tão somente estabelecendo limites a essa a fim de resguardar a realização dos direitos fundamentais do homem.

A relação entre o elemento material e a existência humana indica a presença de um interesse economicamente identificável na definição do justo e na base da própria idéia de justiça<sup>489</sup>, consubstanciando a introdução do elemento ético no raciocínio econômico que conduz o conceito econômico e influencia diretamente na apreciação do justo, revelando que a idéia de justiça tem um fundamento econômico<sup>490</sup>.

Com relação à noção de dignidade da pessoa humana, essa deve ser estendida a todos os agentes econômicos envolvidos numa relação dessa natureza, alcançando tanto ofertantes quanto demandantes no processo produtivo, relação não apartada uma da outra como se verifica, em concreto, na Carta Constitucional quando enuncia no seu *art. 1º* como dois fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais da livre iniciativa*<sup>491</sup>.

Na prática, isso significa criar um denominador comum entre os referenciais de controle das relações econômicas marcadamente liberais, na medida que o sistema protetivo se revela coincidente com a lógica que permeia sistemas dessa natureza<sup>492</sup>; e os referenciais de controle marcadamente intervencionistas, que exigem a proteção de quem qualificam como hipossuficiente<sup>493</sup>, não representando o

<sup>487</sup> MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 57.

<sup>488</sup> AZZARITI, *Il dibattito...*, p. 10.

<sup>489</sup> SOUZA, *Lições...*, p. 40.

<sup>490</sup> *Ibidem*. Washington Peluso Albino de Souza observa que: "o conceito de economicidade, por nós fixado, independe do sentido econômico vulgarmente aplicado à idéia comum de lucro, pois que se prende a traduzir a linha de maior vantagem (sentido dado por Max Weber) que o Direito Econômico vem legitimar. Em nosso conceito de Direito Econômico, esta linha de maior vantagem, isto é, a economicidade, conduz ao "justo" na prática da atividade econômica."

<sup>491</sup> FORGIONI, *Fundamentos ...*, p. 193.

<sup>492</sup> O sistema americano, ícone dos liberais, conta desde 1890 com o *Sherman Act*. Essa legislação marcadamente corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos procurando discipliná-la, não constituindo uma reação ao liberalismo econômico, pois visava justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação do capital criadas pelo próprio sistema liberal. (*Ibidem*, p. 70)

<sup>493</sup> A expressão hipossuficiente não parece a mais adequada para qualificar o indivíduo enquanto elemento tão fundamental ao sistema econômico como aqueles que detêm o poder econômico.

abandono a essa expressão qualquer traição à necessidade de tutela pelo Estado do indivíduo enquanto membro e, principalmente, agente na sociedade.

O funcionamento ideal da economia de mercado coincidirá, então, com a necessária concretização do ideal de justiça social<sup>494</sup>, o que afasta completamente a idéia de que estaríamos diante de uma relação fadada a uma eterna contraposição de interesses<sup>495</sup>, posto que a máxima satisfação do indivíduo ao cabo do processo obrigacional representa a materialização das expectativas geradas no âmbito da circulação da riqueza, garantia do não desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio.

Talvez valha repetir que nessas condições, a normatização protetiva não advém da solidariedade, mas da expressão de uma estratégia para a promoção do mercado<sup>496</sup>, traduzindo uma melhor forma de promover a justiça social pela valorização do indivíduo<sup>497</sup>.

Essa multiplicidade de interesses convergentes ao funcionamento ideal da economia de mercado pode ser revelado por diversos modos<sup>498</sup>. Em relação aos consumidores, o regime da concorrência implica na opção por produtos de melhor qualidade<sup>499</sup>, melhor preço e variedade de ofertantes<sup>500</sup>. Em relação às empresas concorrentes, tanto potenciais quanto atuais, a concorrência implica na possibilidade de dedicar-se a um determinado ramo de negócios, desenvolvendo-se por seus

---

<sup>494</sup> Como observa NUSDEO, Fabio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995: "O mercado funcionaria, assim, como um imenso aparelho regenerador, promovendo a reciclagem do hedonismo individual em acomodação racional do interesse da coletividade".

<sup>495</sup> Segundo GRAU, **A ordem...**, p. 259: "as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista".

<sup>496</sup> GRAU; FORGIONI, **O estado...**, p. 23.

<sup>497</sup> Exemplo disso no tocante às relações de consumo, como explica Claudia Lima Marques, é que "hoje as técnicas legislativas de proteção aos consumidores visam principalmente a garantir a proteção da "vontade" destes agentes econômicos na formação dos contratos", consagrando uma vontade racional. (MARQUES, **Confiança ....**)

<sup>498</sup> SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 64.

<sup>499</sup> "Concorrência, na economia de mercado, significa a circunstância na qual se encontram fornecedores de produtos ou serviços, disputando uma clientela que se disponha a adquiri-los, e tendo por fim um objetivo empresarial, que pode ser maior lucratividade, maior volume de vendas ou simplesmente maior parcela de mercado." (CARPENA, **O consumidor...**, p. 9).

<sup>500</sup> Ibidem.

próprios atributos, sem sofrer entraves artificiais para ingressar ou permanência em determinado mercado de bens ou serviços<sup>501</sup>. Finalmente, há que se fazer referência ao interesse da coletividade no desenvolvimento econômico do país, que sob um regime de concorrência, capacita a qualidade do parque industrial e da mão-de-obra, assegurando a todos um melhor acesso a produtos que melhoram a vida cotidiana<sup>502</sup>.

Cumprir observar que nas relações que o indivíduo vai desenvolvendo durante a sua existência, a satisfação das suas necessidades está condicionada ao alcance de alguns fatores, especialmente porque o próprio ato de optar é uma consequência da escassez dos recursos que interessam às pessoas, não desconsiderando aqui um princípio fundamental na sociedade da informação de que o poder é base das decisões legais<sup>503</sup>.

Um primeiro fator diz respeito à percepção que cada um tem das suas reais necessidades e as relações que deverão ser implementadas para a sua satisfação. Isso pressupõe uma educação para o auto-conhecimento ou reflexão crítica capaz de permitir identificar o que é necessário para alcançar o seu intento<sup>504</sup>.

As sociedades desenvolvidas na conformidade desse fator de autoconhecimento são aquelas que têm a exata dimensão das suas próprias preferências, em outras palavras, “os processos econômicos devem ter como valores básicos o conhecimento das preferências econômicas dos agentes.”<sup>505</sup>

Um segundo fator diz respeito ao poder que o indivíduo tem em concretizar a satisfação das suas necessidades, eliminando a eventual exclusão do processo econômico pela concretização de uma espécie de democracia econômica<sup>506</sup>, onde o

---

<sup>501</sup> CARPENA, **O consumidor...**

<sup>502</sup> *Ibidem*.

<sup>503</sup> BOBBITT, **A guerra...**, p. 217.

<sup>504</sup> *Ibidem*.

<sup>505</sup> SALOMÃO FILHO, *Direito como...*, p. 20. O autor refere que existe “a convicção de que nos países subdesenvolvidos, alterações de demanda e não alterações no processo produtivo são os grandes elementos propulsores do crescimento.”

<sup>506</sup> A expressão é de SALOMÃO FILHO, *Direito como...*, p. 21.

agente tenha o direito, e realmente tenha a opção do seu exercício, de externalizar a sua vontade em igualdade de condições com o ofertante.

Para que isso ocorra, o chamado “Estado-mercado” passa a ser responsável<sup>507</sup> pela maximização das opções oferecidas aos indivíduos, protegendo a autonomia de cada um para optar e, conseqüentemente, reduzindo<sup>508</sup> os custos transacionais da escolha individual e, com isso, maximizando o aumento de riqueza de modo geral.

Daí se revela uma nova leitura da Constituição no sentido de se remover os obstáculos ao funcionamento ótimo do mercado, promovendo, de um lado, a utilidade social pela valorização das atitudes intrínsecas do mercado capazes de produzir riqueza e benefícios<sup>509</sup>; de outro lado, corrigindo com medidas apropriadas as disparidades do poder contratual, privilegiando a liberdade e a razoabilidade da escolha econômica individual.

Nesse cenário, a disciplina das relações contratuais extrapola aquela estabelecida nos Códigos para refletir-se em direção da organização da produção (fundada na oferta) e na exigência de realizar-se um certa distribuição social dos bens (fundada na demanda)<sup>510</sup>.

Na medida que os referenciais do melhor funcionamento do mercado e do plano material de uma existência digna passam, necessariamente, pela conformação da base da oferta e da base da demanda, não há como afastar a necessidade do Estado se apropriar do mercado, nos termos do que dispõe o *art.219*<sup>511</sup> da Constituição Federal, para a concretização de tal finalidade, que se realiza através

---

<sup>507</sup> SALOMÃO FILHO, Direito como..., p. 26) observa que: “O direito deve permitir a difusão e oferecer canais de transmissão para o conhecimento econômico adquirido de forma difusa na sociedade.”

<sup>508</sup> BOBBITT, *A guerra...*, p. 216.

<sup>509</sup> ELIA, Leopoldo. *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1999, p. 23.

<sup>510</sup> BARCELONA, *Diritto...*, p. 376.

<sup>511</sup> art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

da criação de regras que tutelem a concorrência<sup>512</sup>, cuidando da oferta, e tutelem as relações de consumo, cuidando da demanda.

Do contrário, como observa Max Weber<sup>513</sup>, “cuando el mercado se abandona a su propia legalidad, no repara más que en la cosa, no en la persona, no conoce ninguna obligación de fraternidad ni de piedad, ninguna de las relaciones humanas originarias portadas por las comunidades de carácter personal.”

Essa referência ao mercado interno integrar o patrimônio nacional implica em qualificar o Estado como seu gestor<sup>514</sup>, qualidade esta que se identifica com o que se encontra na Ordem Econômica em termos das funções deste enquanto fiscalizador das ações que eventualmente possam gerar distorções no mercado, capazes de levar à exclusão da livre iniciativa<sup>515</sup>.

O direito, então, incumbe-se de desempenhar um duplo papel<sup>516</sup>, viabilizando as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas direcionadas à preservação do mercado e acumulação de capital<sup>517</sup>, o que o qualifica como terceiro regulador e como terceiro árbitro das relações contratuais.

Dai ser possível identificar o que se qualifica como princípios-fins da ordem econômica<sup>518</sup>, capazes de delinear os objetivos que esta deve atingir, iniciando-se pela existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

---

<sup>512</sup> Como observa Eros Roberto Grau, ao prefaciá-lo o livro de FORGIONI, **Os fundamentos...**, p. 8), a lei antitruste está voltada à preservação de produção capitalista.

<sup>513</sup> WEBER, qual? p. 493.

<sup>514</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 18, p. jan./mar. 1997, p. 98.

<sup>515</sup> Ibidem.

<sup>516</sup> GRAU; FORGIONI, **O estado...**, p. 23.

<sup>517</sup> Ibidem. A referência à acumulação de capital deve ser entendida aqui como um elemento democrático, afastando qualquer vínculo como a idéia de concentração de renda, elemento que marcadamente é inviabilizador da economia de mercado

<sup>518</sup> BARROSO, A ordem..., p. 715.

O ambiente de inserção desse princípios é a sociedade massificada, na qual o mercado deixa de ser visto como espaço democrático, franqueador de iguais oportunidades, aberto para escolhas voluntárias, o que enseja a participação do Estado na condução de alternativas que sejam capazes de garantir o equilíbrio entre os agentes econômicos<sup>519</sup>.

## 2) O papel do Estado enquanto agente regulador das relações de troca

A função do Estado na utilização do Direito como instrumento do desenvolvimento econômico vem se concretizando no intento de disciplinar o mercado<sup>520</sup>, não impedindo, mas salvaguardando e incentivando negociações que dão vida a um sistema de economia de mercado<sup>521</sup>.

Essa disciplina do mercado deve levar à criação de um ambiente capaz de propiciar que as relações no âmbito do exercício da atividade econômica tenham condições de guardar, pela vontade das partes, a melhor proporção possível entre prestação e contraprestação<sup>522</sup>, elemento fundamental no plano interno da relação para que as partes satisfaçam suas expectativas quanto à gênese da relação obrigacional, do mesmo modo que em relação à expectativa do sistema em evitar o que os desequilíbrios contratuais tem de pernicioso para ele, a concentração de renda.

Essa visão implica na atribuição ao Estado do que Reale chama poder-dever, não de controlar a iniciativa privada, mas de “estabelecer normas que assegurem

---

<sup>519</sup> CARPENA, **O consumidor...**, p. 16.

<sup>520</sup> GOMES; ANTUNES, **Direito...**, p. 32.

<sup>521</sup> REALE, **Equilíbrio...**, p. 9.

<sup>522</sup> Como observa BARCELLONA, **Diritto...**, p. 321: “La produzione e la distribuzione delle risorse non sono un compito che lo Stato e l’ordinamento giuridico si assumono: quest’ultimo, attraverso la sua normazione astratta e i suoi principi, non distribuisce niente a nessuno, ma rimette ai privati la facoltà di produrre e distribuire la ricchezza, conferendo ad essi un potere di auto-regolamentazione dei propri interessi che assume – come si vedrà – un contenuto prettamente normativo.”

uma necessária complementaridade entre liberdade de iniciativa e justiça social, tendo como âncora o princípio da solidariedade.”<sup>523</sup>

Como já referenciado anteriormente<sup>524</sup>, a existência de um sistema de mercado, que é acionado pelo dinamismo da iniciativa humana, exige a tutela de quatro elementos fundamentais para a sua existência, que entrelaçados organizam, dão vida e o fazem progredir, quais sejam, a demanda, a oferta, os preços e a liberdade.

Com isso, o direito do mercado, que se delinea como o direito de uma economia de mercado, está relacionado com o conjunto de operadores presentes no âmbito da atividade econômica<sup>525</sup>, especialmente as sociedades empresárias entre si e na relação com os consumidores<sup>526</sup>, o que acaba por colocar numa relação direta, determinados temas que, metodologicamente, normalmente estão distantes no estudo do direito<sup>527</sup>, especialmente pela crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais, ou seja, qualidade dos bens e serviços e preço justo<sup>528</sup>.

Por outro lado, a *propriedade social*<sup>529</sup>, entendida como aquela que incide em bens de produção, sofreu visíveis transformações, que se revelam pelo surgimento

---

<sup>523</sup> REALE, **Paradigmas...**, p. 116. O autor afirma que: “à luz do problema do Estado que devem ser apreciadas as vertentes do liberalismo, a partir da tese central de que ninguém causa maior dano à democracia do que aquele que exclui o Estado do processo concreto da liberdade, a um só tempo jurídica, política e social.”

<sup>524</sup> GALVES, **Manual...**, p. 231.

<sup>525</sup> Tal afirmação é uma derivação do que dispõe o art.966 CC ao estabelecer que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

<sup>526</sup> Como refere IRTI, *Diritto...*, p. X.): “Il descrittore dell’economia di mercato *presuppone* la proprietà privata dei mezzi di produzione, e la tutela degli accordi, e la garanzia giudiziale dei diritti.”

<sup>527</sup> BARROSO, *A ordem...*, p. 714.

<sup>528</sup> Segundo Heloisa Carpena: “A efetiva liberdade de escolha depende, como é curial, da existência de escolhas, ou seja, do oferecimento de opções pelo mercado. É precisamente nesse ponto que as duas disciplinas – proteção do consumidor e da concorrência – se encontram, indicando a necessidade de um tratamento sistemático e harmônico, dada sua natural interdependência. (CARPENA, **O consumidor...**, p. 3)

<sup>529</sup> GOMES; ANTUNES, **Direito...**, p. 14.

de diversos estatutos destinados à proteção da economia popular e à repressão dos abusos do poder econômico<sup>530</sup>.

É possível verificar, então, a materialização de um conjunto de intervenções legislativas voltadas a corrigir, no sentido social, a economia<sup>531</sup>, passando o ordenamento estatal a dar relevo, através de formalização de definições, a alguma qualidade própria da pessoa, individualmente considerada, capaz de tutela em específicas relações, como acontece na contratação, com a definição de consumidor. Em certo sentido, trata-se de aplicar o direito ao mercado, garantindo-lhe a incidência das normas jurídicas e éticas<sup>532</sup>.

Tais intervenções, em última instância destinadas a tutelar a categoria genérica dos consumidores<sup>533</sup>, representa na essência a colocação de limites à autonomia do empreendedor e ao seu poder de organizar a própria atividade, assegurando não apenas um mercado concorrencial, mas também condições eqüitativas entre partes naturalmente desiguais<sup>534</sup>.

Considerando essa premissa, as regras de organização do mercado, que tradicionalmente tiveram na melhor alocação de recursos o seu referencial fundamental na conformação dos mecanismos econômicos, passaram, na atualidade, a incorporar<sup>535</sup>, no campo econômico, valores humanos e sociais que, concretamente, transferem poder ao consumidor na medida que é ele quem tem a decisão final sobre o mercado.

Porém, cumpre observar que a regra que vier a interferir no mercado deve ser apta a realizar e/ou restaurar o fim constitucional que autorizou a sua edição<sup>536</sup>,

---

<sup>530</sup> exemplo disso nos tempos atuais diz respeito aos debates em relação ao comércio eletrônico. Para um melhor entendimento sobre a conformação jurídica do mercado no âmbito do comércio eletrônico vale referir a obra de Claudia Lima Marques que passou a ser um referencial para o tema: (MARQUES, **Confiança...**)

<sup>531</sup> FERRI, La cultura..., p. 856.

<sup>532</sup> WALD, O interesse..., p. 10.

<sup>533</sup> FERRI, op.cit., p. 856.

<sup>534</sup> BARROSO, A ordem..., p. 714.

<sup>535</sup> LEYSSAC, Claude Lucas de; PARLEANI, Gilbert. **Droit du marche**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 117.

<sup>536</sup> BARROSO, op. cit., p. 720.

devendo haver uma correlação lógico-racional entre a distorção que se quer corrigir e seu remédio<sup>537</sup>.

O abuso de poder econômico deixa de interessar tão somente aos agentes econômicos, pois adquire relevância política, já que a pluralidade de empresas competindo no mercado é garantia da ausência de opressão da cidadania<sup>538</sup>, sendo fundamental, portanto, a existência de mecanismos destinados a evitar o abuso de poder econômico, constituindo-se o mercado, sob este ângulo, um bem de interesse geral de toda a Nação<sup>539</sup>, o que vai retratado no próprio *art.219* da CF/88 quando refere que “será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população.”

Nesse caso, a interferência do Estado da economia é admitida não somente para reprimir abusos<sup>540</sup>, mas também para estabelecer normas gerais capazes de favorecer a harmonia entre a “*livre iniciativa*” e a “*defesa do consumidor*”, princípios elementares da ordem econômica previstos no *art. 170* da Constituição em vigor<sup>541</sup>

De fato, a liberdade contratual é o princípio destinado a ativar o mercado e a concorrência<sup>542</sup>, não obstante esses possam contradizer, no seu desenvolvimento, aquela; porém, a paridade e igualdade no seu funcionamento implica na ativação da competição econômica e através dessa a prevalência do sujeito economicamente mais forte, produzindo uma disparidade substancial, o que nos leva à necessidade de uma correção externa no mercado<sup>543</sup>.

É possível então afirmar que “o mecanismo da concorrência e as medidas que o tutelam constituem-se como referência agregadora de complexos normativos

---

<sup>537</sup> BARROSO, A ordem...

<sup>538</sup> JUSTEN FILHO, Empresa..., p. 132.

<sup>539</sup> Ibidem.

<sup>540</sup> Como observa LANDE, Una teoría..., p. 44: “Se supone que el libre mercado es perfecto pero desgraciadamente no es completamente perfecto y hay algunas instancias en que falla y no puede dar la solución óptima...”

<sup>541</sup> REALE, *Paradigmas...*, p. 119.

<sup>542</sup> BARCELLONA, *Diritto...*, p. 376.

<sup>543</sup> Ibidem.

diferenciados, conferindo unidade de sentido ao conjunto do direito civil, direito econômico e direito do consumidor.”<sup>544</sup>

O direito da concorrência<sup>545</sup>, de um lado, pode ser considerado como o direito que trata da atividade econômica, da produção e distribuição, que regula as empresas e repousa sobre um princípio de necessária igualdade inicial capaz de permitir a competição. O direito do consumidor<sup>546</sup>, por outro lado, está direcionado para o final da atividade econômica e repousa sobre um postulado de desigualdade que objetiva a proteção da parte mais fraca nas relações dessa natureza.

Na pretensão de uma união ou pelo menos a reunião desses setores de regulação da atividade econômica é preciso considerar a eventual oposição do interesse dos consumidores frente ao direito da concorrência<sup>547</sup> ou, por outro lado, as dificuldades causadas à livre concorrência pelo direito do consumidor.

Cumprir observar que o direito do mercado nem sempre tem dentre os seus objetivos o incentivo da concorrência, situação que se concretiza, por exemplo, no caso da instituição de monopólios legais que, fundamentados pelo interesse estratégico do Estado ou pela sua necessária dimensão econômica, não comportam mais de um ofertante, fato que pode ir de encontro ao interesse dos consumidores.

Nesse sentido, os chamados monopólios naturais podem melhor servir aos interesses do consumidor do que a concorrência, na medida que a oferta de produtos ou serviços não fica limitada ou inviabilizada, pela sua dimensão econômica<sup>548</sup>, hipótese que se revelaria no caso da existência de dois ou mais ofertantes. O eventual sacrifício do consumidor, considerando a facilidade de verificação e controle dos abusos operados no âmbito desses monopólios, decorreria muito mais de uma opção política daqueles que definem uma medida para contemporizar os interesses relacionados.

---

<sup>544</sup> RIBEIRO, **O problema...**, p. 185.

<sup>545</sup> LEYSSAC; PARLEANI, **Droit...**, p. 108.

<sup>546</sup> *Ibidem*.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>548</sup> Como exemplo, as linhas de transmissão de energia e as auto-estradas.

Quanto à possibilidade de que o direito do consumidor possa se opor à livre concorrência, essa decorreria da suspeita de que a concorrência não conduz necessariamente a um círculo virtuoso que tenderá sempre a melhorar a satisfação do consumidor<sup>549</sup>, especialmente pelo interesse da empresa na conquista de uma fatia maior de participação no mercado<sup>550</sup>, utilizando, muitas vezes, métodos que sacrificam o consumidor, momento em que deve intervir o direito consumerista para garantir um mínimo de proteção ao consumidor.

Aqui cumpre retornar à idéia de que não há uma medida natural de liberdade como ponto referencial, mas somente a medida historicamente considerada no estatuto do mercado, que legitima o seu exercício somente quando realizada na conformidade do desenho legal previamente estabelecido<sup>551</sup>, noção que afasta a impossibilidade do estabelecimento de limites para o exercício da empresa, ou a possibilidade de qualificá-los, sem exceção, como afronta à livre concorrência, até porque fica difícil falar em afronta à livre concorrência quando se tem uma regra oponível a todos os operadores do mercado<sup>552</sup>.

Por outro lado, a criação de regras mínimas de proteção ao consumidor confere ao sistema uma tendência de harmonização da oferta, elemento capaz de facilitar a comparação ou escolha pelo consumidor do produto ou serviço que melhor corresponda às suas necessidades, resultando numa maior transparência do mercado e, conseqüentemente, da concorrência<sup>553</sup>.

Pela superficialidade dos elementos que poderiam afastar a possibilidade de união ou reunião do direito da concorrência e do direito do consumidor, resta

---

<sup>549</sup> LEYSSAC; PARLEANI, *Droit...*, p. 111.

<sup>550</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 17: Parte especial, p. 268 observa que: "a concorrência tende, quando intensificada, a eliminar a concorrência. Concorrer é tentar abrir caminho, ou alargá-lo; quem o alarga demais, crescentemente, tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer. A luta contra os monopólios inspira-se na necessidade de evitar ou de desfazer resultados da intensificação da concorrência, que pode negar o princípio da livre concorrência, ou da própria atividade pré-eliminadora da concorrência".

<sup>551</sup> LEYSSAC; PARLEANI, *op.cit.*, p. 111.

<sup>552</sup> LANDE, *Una teoría...*, p. 44, ao comentar as falhas da economia de mercado, observa que: "Estas fallas del libre mercado pueden dividirse en dos tipos. El primer tipo, son las fallas de mercado cuya ocurrencia es ajena o externa al consumidor; a éstas se les enfrenta con la ley antimonopolio. el segundo tipo, se refiere a las fallas del mercado "internos" al consumidor; para éstas existe la ley de protección al consumidor."

<sup>553</sup> LEYSSAC; PARLEANI, *op.cit.*, p. 111.

verificar de que modo ocorre o aprofundamento dos vínculos entre eles, principalmente pelo aprofundamento dos elementos de convergência.

Uma primeira convergência diz respeito ao papel desempenhado pelo consumidor no âmbito da concorrência, especialmente pela importância econômica que tem em relação aos interesses dos ofertantes, qualificando-se, pela sua relevância no mecanismo concorrencial, tanto como uma espécie de motor da competição quanto como beneficiário final da concorrência<sup>554</sup>.

Parece evidente que a faculdade de optar conferida ao consumidor é definidora da competição pelos seus reflexos no plano da oferta, fornecendo o comportamento do consumidor a necessária eficácia ao mecanismo concorrencial e, assim, configurando-se como ambivalente todas as regras que tutelam o direito de escolha do consumidor na medida que protegem esse e sancionam a competição<sup>555</sup>.

Em relação à condição de beneficiário final da concorrência, partindo da premissa que para triunfar na competição os ofertantes devem satisfazer o consumidor, tem-se que através das regras de preservação da concorrência se verifica um funcionamento adequado dos mercados, desempenhando elas uma dupla função<sup>556</sup>.

Possibilitam a escolha individual, na medida que a pluralidade de alternativas de produtos/serviços viabilizadas para o consumidor asseguram uma escolha plena de informações e adequada à sua preferência<sup>557</sup>. Por outro lado, sob um enfoque econômico, permite de forma autônoma a descoberta da melhor opção através de uma análise subjetiva do binômio custo/benefício.

---

<sup>554</sup> LEYSSAC; PARLEANI, *Droit...*, p. 113.

<sup>555</sup> *Ibidem*.

<sup>556</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.

<sup>557</sup> Conforme SALOMÃO FILHO, **Regulação...**, p. 38, só a existência de pluralidade de escolhas é sensível à variação no gosto do consumidor e está disponível a modificar-se em função dessas mudanças. Só a concorrência é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado.

Há que se referir, ainda, que a capacidade de escolha do consumidor, ou, mais precisamente, a capacidade de bem escolher indica quais são os produtos e serviços disponíveis, tanto em relação a preço quanto à qualidade, sendo capaz, com isso, de gradativamente eliminar o mau fornecedor, em proveito do mercado e, até mesmo, para os concorrentes<sup>558</sup>.

O aumento da difusão do conhecimento econômico é incompatível com a existência do poder econômico e, com isso, como bem observa Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>559</sup>, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço, ponto crucial que justifica a adoção de um sistema de mercado<sup>560</sup>, consubstanciado pela sua capacidade de produzir mais e melhores bens de consumo, identificados como uma eficiência alocativa (mais e melhor)<sup>561</sup>, além de representar a possibilidade de promover uma melhor distribuição da riqueza, identificada como eficiência distributiva (distribuição de riqueza).

Uma segunda convergência diz respeito à necessidade de se prezar o interesse do consumidor na estruturação de regras de direito da concorrência<sup>562</sup>, especialmente pelo papel econômico que ele desempenha e que devem se traduzir, para tanto, em mecanismos jurídicos<sup>563</sup>.

---

<sup>558</sup> CARPENA, **O consumidor...**, p. 3.

<sup>559</sup> A economia e o controle do Estado. Parecer publicado in *O Estado de São Paulo*, edição de 04/06/89 referenciado por GRAU, **A ordem...**, p. 246.

<sup>560</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p.79, abr./jul. 2000.

<sup>561</sup> "El consumidor necesita algo más que un precio competitivo, necesita calidad y variedad óptima, tiene necesidades de corto plazo y de largo plazo, que implican la innovación. A veces decimos que el objetivo final del antimonopolio son precios competitivos, pero eso es una simplificación." (LANDE, *Una teoría...*, p. 45).

<sup>562</sup> LEYSSAC; PARLEANI, **Droit...**, p. 114.

<sup>563</sup> Como observam Averitt e Lande: "Antitrust and consumer protection law share a common purpose in that both are intended to facilitate the exercise of consumer choice. Such consumer choice exists when two fundamental conditions are present: (1) there must be range of consumer options made possible through competition; and (2) consumers must be able to select freely among these options" (AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. **Loyola Consumer Law Review**, New Orleans, v. 10, n. 1, p. 44 – 63, 1998, p. 44)

Nesse sentido, o interesse do consumidor constitui uma referência para a concretização de muitos dispositivos legais relativos à concorrência<sup>564</sup>, numa relação que muitas vezes apresenta-se, num primeiro momento, contraditória, como por exemplo, em relação aos benefícios para o consumidor por preços excessivamente baixos que se contrapõem ao risco de desaparecimento de concorrentes que não tenham condições de arcar com tal conduta, fato que, no médio e longo prazo, prejudicará não somente os concorrentes afastados mas também o consumidor, na medida que ocorrerá uma diminuição de ofertantes no mercado, num movimento marcadamente com tendências monopolísticas.

Uma terceira convergência, diz respeito ao papel da concorrência na proteção do consumidor. Por um lado, a eventual condição do consumidor de uma espécie de “rei” do mercado lhe garante, em função da concorrência, um tratamento privilegiado por parte dos ofertantes, fato que efetivamente se materializa num número elevado de situações<sup>565</sup>. Porém, há que se ter cuidado com essa relação, pois não há uma garantia plena de que ela se desenvolva naturalmente, ensejando uma dinâmica de controle que considere tanto aspectos meritórios daquele concorrente mais competente, onde a posição dominante decorre do modo pelo qual cativa o consumidor, numa alusão direta à proteção da livre iniciativa, quanto de eventuais práticas concertadas ou pouco transparentes e que seja prejudiciais ao consumidor<sup>566</sup>.

A percepção deste vínculo entre concorrência e consumo no direito brasileiro pode ser verificada, num primeiro plano, através da análise do capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal, que no *art.170* acrescentou como princípios norteadores da ordem econômica, entre outros, a livre

---

<sup>564</sup> A Lei 8.884/94, que trata da defesa da concorrência, estabelece dentre os seus propósitos(art.1º) a proteção do consumidor; aponta (art.27, inciso V) como um dos critérios para dosimetria da pena no caso da infração à ordem econômica o grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores; garante (art.29) aos consumidores o direito de ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica e o recebimento de indenização por perdas e danos; possibilita (art.30) aos consumidores iniciarem um processo administrativo com o objetivo de fazer cessar práticas anticompetitivas; permite (art.54, parágrafo 1º, inciso II) que o CADE autorize o ato de concentração desde que atenda, entre outras condições, a distribuição equitativa entre participantes e consumidores dos benefícios dele decorrentes ou, ainda, o art.83 que prevê a utilização subsidiária do CDC à referida lei.

<sup>565</sup> LEYSSAC; PARLEANI, *Droit...*, p. 116.

<sup>566</sup> *Ibidem*.

concorrência (art.170, IV) e a defesa do consumidor (art.170, V). Num segundo plano, no âmbito da legislação ordinária<sup>567</sup>, quando a Lei 8.884/94, que trata da defesa da concorrência, estabelece dentre os seus propósitos (*art.1º*) a proteção do consumidor<sup>568569</sup>.

Como visto até aqui, o encadeamento das relações contratuais que se desenvolvem na sociedade em dado momento histórico passaram a ser objeto de preocupação do Estado, tanto em relação a liberdade de contratar quanto do vínculo dessa com a justiça social, dando ensejo ao estabelecimento de uma ordem, representada pelo *art.170* e seus incisos da Constituição Federal, que institui um sistema capitalista de mercado, e justifica<sup>570</sup> a apropriação do mercado pelo Estado<sup>571</sup>.

Esse encadeamento pode ser percebido através da própria compreensão do que seja a função social do contrato, estabelecida no *art.421* do Código Civil, que leva, como já visto anteriormente<sup>572</sup>, a ampliar a análise das relações contratuais para além dos interesses individualmente considerados<sup>573</sup>, alcançando, também, os reflexos que essas relações possam ter na concretização do que qualificamos como dois lados da mesma moeda, ou seja, na implementação do sistema capitalista de mercado e na concretização da justiça social, transitando de uma perspectiva individualista em que a liberdade é vista como um atributo da pessoa, uma

---

<sup>567</sup> Conforme LOPES, Direito da concorrência..., p. 80), a proximidade dos dois subsistemas jurídicos é demonstrada também pelo desenho institucional dos respectivos órgãos aplicadores. A legislação antitruste tem no Conselho Administrativo de Defesa Econômica o principal agente executor (com funções de contencioso nos processos administrativos e de controle prévio nos atos de concentração). A instrução dos processos, no entanto, está a cargo da Secretaria de Direito Econômico, à qual está também subordinado o Departamento Nacional de Proteção do Consumidor.

<sup>568</sup> Ver relação mais apurada de dispositivos legais na nota 520.

<sup>569</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 283) ao fazer referência ao que qualificou como "as duas almas" do art.20 da Lei 8.884/94, que trata da repressão ao abuso do poder econômico, identifica nesse diploma a proteção à livre iniciativa e à livre concorrência (primeira alma a habitar o referido artigo) e a proteção ao consumidor e a outros agentes econômicos (v.g., fornecedores/distribuidores) na medida que reprime (inciso III) o abuso do poder econômico que vise o aumento arbitrário de lucros (segunda alma a habitar o referido artigo)

<sup>570</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 279.

<sup>571</sup> Como estabelece o art.219 CF.

<sup>572</sup> Ver p. 73 et seq.

<sup>573</sup> Como bem observa WALD, O interesse..., p. 12):"A análise da real extensão da função social do contrato deve ser feita dentro de uma visão sistêmica, tomando-se por base os valores constitucionais e a filosofia da nova lei civil."

manifestação do seu poder de autodeterminação, para uma perspectiva sistêmica, em que ela é tida como um elemento de ordenação do tráfego de bens<sup>574</sup>.

Assim, impõe considerar que as determinantes do mercado<sup>575</sup>, na sua projeção, positiva ou negativa, em relação à autodeterminação negocial, ultrapassam os limites da esfera intersubjetiva, alargando a análise aos mecanismos sociais reguladores dos processos de cooperação e de troca<sup>576</sup>.

O contrato não deixou de exercer a sua função econômica, se consubstanciando num reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida<sup>577</sup> e instrumental da função translativa-circulatória<sup>578</sup>, correspondendo o acréscimo da função social como um modo de evitar atividades contrárias aos interesses da sociedade<sup>579</sup>, qualificando-o como um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade<sup>580</sup>.

<sup>574</sup> RIBEIRO, **O problema...**, p. 180.

<sup>575</sup> RIBEIRO, **O problema...**, p. 178) observa que: "Classicamente conexionado com a estrutura do mercado, com o fenómeno da concentração empresarial e do poder económico assim gerado, este prisma valorativo do factor concorrencial alargou modernamente o seu raio de incidência, passando a dar também relevo aos obstáculos cognitivos e aos défices de informação que dificultam (ou impossibilitam) a uma das partes uma opção consciente."

<sup>576</sup> Ibidem. Joaquim de Sousa Ribeiro refere, ainda, que: "Essa conexão entre a interação pessoal e as instituições que a enquadram tem, todavia, implicações que não podem ser escamoteadas. Na verdade, ao admitir-se que cada um dos actos de contratação se inscreve num contexto institucionalizado, de que recolhe "impulsos de direcção", estamos simultaneamente a reconhecer que o poder conformador das partes está condicionado por pressupostos de ordenação objectivados, que demarcam, à partida, limites e possibilidades."

<sup>577</sup> WALD, **O interesse...**, p. 12. O autor observa que: "o contrato deixou de ser um negócio jurídico isolado, uma relação jurídica estática, uma espécie de bolha ou ilha isolada, para transformar-se num bloco de direitos e obrigações, verdadeiro ente vivo de carácter dinâmico, um vínculo que evolui de acordo com as circunstâncias, mas que mantém o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os contratantes."

<sup>578</sup> BARCELLONA, **Diritto...**, p. 320. O autor observa que: "il principio dell'autonomia privata, che presiede alla regolazione della *funzione translativa-circolatoria*, trae il proprio contenuto nucleare fondamentale dal medesimo dispositivo della libertà economica, condividendone fino in fondo la logica e confermandone la funzione sul piano dell'assetto dei rapporti sociali."

<sup>579</sup> ARNAUD; FARIÑAS DULCE, **Introdução...**, p. 67 fazendo referência ao pensamento de Durkheim, afirmam que: "Para estudar um fenómeno social, qualquer que ele seja, é necessário, portanto, realizar, "separadamente", dois tipos de pesquisa: uma, da "causa eficiente que o produz", outra, da "função que ele executa", considerando-se, simultaneamente, que "o que se deve determinar é se há correspondência entre o fato considerado e as necessidades gerais do organismo social, e em que consiste tal correspondência".

<sup>580</sup> WALD, *op.cit.*, p. 13.

A participação do indivíduo na dinâmica da vida social pelo instrumento do contrato, especificamente no plano econômico, sempre comporá a trama da vida político-econômica de sentido social global<sup>581</sup>, o que “há de contribuir para a aceitação das modernas formas de considerar o relacionamento contratual na concomitância do sentido dos interesses das partes contratantes privadas e das conotações sociais que lhes são intrínsecas,<sup>582</sup> ou seja, a liberdade de contratar indicada no *art.421 CC* identifica uma liberdade ligada estrutural e substancialmente com a *polis*<sup>583</sup>.

A identificação do contrato como instrumento de liberdade individual e de eficiência econômica pressupõe qualificar essa liberdade, baseando-a na lealdade e confiança que devem existir entre as partes; e a eficiência na sua adaptação às necessidades do mercado<sup>584</sup>. A função social do contrato alcança tanto a manutenção do equilíbrio entre as partes como o bom funcionamento do mercado, identificando no Direito o papel de conciliador entre a economia e a moral<sup>585</sup>.

Essa relação entre o direito privado e o direito econômico não significa a sobreposição de um em relação ao outro<sup>586</sup>, mas a necessária adaptação pela qual as instituições básicas do direito privado passam em função das necessidades sociais, que mudam conforme as circunstâncias, no tempo e no espaço<sup>587</sup>, em outras palavras, garantir o convívio entre a liberdade contratual e a liberdade de convivência<sup>588</sup>.

Segundo Eros R. Grau<sup>589</sup>, “os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça

---

<sup>581</sup> SOUZA, *Lições...*, p. 109.

<sup>582</sup> *Ibidem*.

<sup>583</sup> MARTINS-COSTA, *Reflexões...*, p. 45.

<sup>584</sup> WALD, *O interesse...*, p. 14.

<sup>585</sup> *Ibidem*.

<sup>586</sup> GOMES; VARELA, *Direito...*, p. 26.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

<sup>588</sup> RIBEIRO, *O problema...*, p. 185. O Autor observando que a liberdade contratual pode ser restringida pela tutela da liberdade de concorrência, refere o pensamento de Merz ao afirmar que “não há apenas uma liberdade, mas várias liberdades, que colidem umas com as outras”.

<sup>589</sup> GRAU, *A ordem...*, p. 126.

social, passa a ser sobre eles apostos, "tanto no plano da oferta quanto no plano da demanda, em suas múltiplas dimensões, até porque, como já visto, a existência do mercado está necessariamente ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa<sup>590</sup>.

Nesse sentido, é possível afirmar que os efeitos econômicos e jurídicos das relações nos mercados acabam por se revelar no campo da concorrência entre os agentes produtores e distribuidores, de um lado, e no dos consumidores, de outro, como faces de uma mesma moeda<sup>591</sup>, sendo inegável, pelo exposto acima, a relação de instrumentalidade entre a defesa da concorrência e o bem-estar do consumidor<sup>592</sup>.

A proteção à concorrência e ao consumidor se revelam necessárias para garantir que a economia de mercado possa continuar operando com eficiência<sup>593</sup>, o que identifica em ambos, os planos de regulação necessários à preservação daquela instituição<sup>594</sup>.

---

<sup>590</sup> VERÇOSA, **Curso...**, p. 132.

<sup>591</sup> Ibidem.

<sup>592</sup> MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 52, p. 7-36, out./dez. 2004, p. 8.

<sup>593</sup> AVERITT; LANDE, *Consumer...*, p. 45.

<sup>594</sup> Como afirma LANDE, *Una teoría...*, p. 43: "Para que el consumidor pueda realmente ser el rey de una economía capitalista, tiene que haber dos tipos de leyes, que eliminen dos problemas potenciales. La primera, la ley anti monopolio que permite que pueda haber una contidad de opciones competitivas en el mercado libre, aquello que interfiera con estas opciones, puede considerarse ilegal dentro de lo que son las normas antimonopólicas. La segunda, la ley de protección al consumidor, le ayuda a éste a escoger entre las opciones que le provee el mercado. Aquello que interfiera con su posibilidad de escoger entre las opciones, será motivo de aplicación de esa ley. "

## B) Os Planos da Regulação

### 1) O mercado e a concorrência

É possível distinguir duas acepções para o conceito de livre concorrência<sup>595</sup>. A primeira que a qualifica como liberdade de iniciativa econômica, como direito individual e pessoal para agir no mercado e empreender qualquer atividade que desejar realizar. A segunda, como situação inerente ao mercado, como princípio regulador de um sistema econômico que se caracteriza propriamente pelo fato de garantir o livre acesso de qualquer sujeito a qualquer que seja o mercado e de impedir a qualquer um de ditar as regras de contratação de modo exclusivo<sup>596</sup>, objetivando, então, organizar uma economia de mercado aberta a diferentes operadores<sup>597</sup>.

A expectativa que se tem pela implementação de um regime de livre concorrência significa criar um estado de coisas em que<sup>598</sup>: (i) alguém produzirá tudo o que for capaz de produzir e vender lucrativamente a um preço em que os compradores preferirão seu produto às alternativas existentes; (ii) tudo o que se produz é produzido por alguém capaz de fazê-lo pelo menos a um preço tão baixo quanto o de quaisquer outras pessoas que na realidade não o estão produzindo e (iii) tudo será vendido a preços mais baixos, ou pelo menos tão baixos quanto aqueles a que poderia ser vendido por qualquer pessoa que de fato não o faz.

A intervenção direta na tutela da livre concorrência está relacionada a dois objetivos diferentes<sup>599</sup>. De um lado, a salvaguarda do direito de empresa, pela qual os acordos ou entendimentos ou de qualquer modo toda a operação voltada a limitar

---

<sup>595</sup> BORGOGNI, Sabina apud FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 274.

<sup>596</sup> *Ibidem*.

<sup>597</sup> MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 39-59, jul./set. 2000, p. 39.

<sup>598</sup> HAYEK, Friedrich A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo, Visão, 1985, p. 78.

<sup>599</sup> BORGOGNI, Sabina apud FORGIONI, *op. cit.*, p. 274.

a concorrência é levada em consideração no ordenamento jurídico somente pela limitação que esse comportamento impõe a liberdade de iniciativa econômica, assim considerada como um dano individual<sup>600</sup>. O mercado quando regido pela concorrência, potencia e garante uma certa margem de opções aos agentes envolvidos, não deixando, contudo, de gerar constrangimentos e restrições que reduzem a gama de alternativas e o arbítrio do ato de seleção<sup>601</sup>.

Por outro lado, a defesa de um determinado interesse da coletividade encontra na efetiva competição entre os diversos sujeitos econômicos também a garantia de melhores e mais convenientes condições de contratação<sup>602</sup>, pelo qual, do contrário, os mesmos entendimentos e os mesmos acordos ou operações vêm, em outro plano, relacionados com os efeitos que produzem tanto no mercado quanto nos consumidores, assim considerado como um dano para a sociedade<sup>603</sup>.

O que se pretende, efetivamente, tutelar é a chamada concorrência operante<sup>604</sup>, ou seja, aquela em que há um mínimo de rivalidade na oferta, em relação ao produto, ao preço e ao acesso ao mercado; uma relação adequada entre custo e preço; além da possibilidade de livre escolha por parte dos demandantes dos produtos ou serviços que pretendem consumir.

A tutela da livre concorrência, então, se serve da liberdade contratual como seu fator constitutivo mas, concomitantemente, lhe fornece uma espécie de garantia institucional que a protege de deturpações e abusos<sup>605</sup>.

---

<sup>600</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**

<sup>601</sup> RIBEIRO, **O problema...**, p. 179.

<sup>602</sup> Como observa HAYEK, **Direito...**, p. 81: "Assim, em geral não é a racionalidade que é condição para o funcionamento da concorrência, é antes a concorrência, ou as tradições que a permitem, que produzem o comportamento racional"... "Para os que sofrem a concorrência de outros, ela significa sempre algo que impede uma vida tranqüila, sendo que esses efeitos diretos são sempre muito mais visíveis que os benefícios indiretos proporcionados pela concorrência. Em particular, os efeitos diretos serão sentidos pelos que se dedicam a um mesmo ramo de atividades, os quais terão condições de observar de que forma está atuando a concorrência ao passo que o consumidor em geral não saberá muito bem quem são os responsáveis pela redução de preço ou melhoria da qualidade."

<sup>603</sup> BORGOGNI, Sabina apud FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 274.

<sup>604</sup> GALVES, **Manual...**, p. 240.

<sup>605</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 180.

Na construção do sistema de proteção à concorrência, cumpre separar o âmbito da repressão à concorrência desleal das normas antitruste, o que se faz com base no bem juridicamente tutelado<sup>606</sup>. As regras destinadas a coibir a concorrência desleal têm na proteção do concorrente, do interesse egoístico do agente econômico individualmente considerado, o bem imediatamente tutelado<sup>607</sup>. Nas normas antitruste, o bem imediatamente tutelado é o interesse coletivo ou geral da concorrência<sup>608</sup>, não obstante possa aquele que individualmente se sentir prejudicado por infração à ordem econômica ingressar em juízo para haver a reparação que lhe seja devida<sup>609</sup>.

## 1.1) O Direito Antitruste

### 1.1.1) O mercado como elemento protegido

É possível conceituar o Direito Antitruste como “conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade.”<sup>610</sup>

Como já tratado anteriormente<sup>611</sup>, a Constituição de 1988, na ordem econômica, consagrou a adoção de um regime de *mercado organizado*<sup>612</sup>, com a opção pelo processo econômico do tipo *liberal*, onde a intervenção do Estado se

<sup>606</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 287.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>608</sup> No caso *Fiat v. Transauto*, o CADE assim se posicionou: “O bem jurídico sob tutela é o mercado, local onde atuam as forças de produção, cuja conduta deve se pautar pelos interesses da coletividade.” (Revista do Ibrac, v.2, n.1, p.95)

<sup>609</sup> Lei nº 8.884/94 - Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

<sup>610</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

<sup>611</sup> p.15 e segs.

<sup>612</sup> GRAU, **A ordem...**, p. 226.

restringe a coibir abusos, além de preservar a concorrência de quaisquer interferências do próprio Estado ou dos próprios agentes que atuando no mercado possam abusar do poder econômico na formação de monopólios ou no aumento arbitrário de lucros<sup>613</sup>.

A atuação do Estado, diante deste avanço temporal, caracterizou-se, inicialmente, pela prática de um intervencionismo nocivo, que como bem observa Pedro Dutra, “verificou-se incorporando o autoritarismo próprio da nossa experiência política, que se articula pela substituição da autoridade do Estado<sup>614</sup> – expressa em forma de Lei democraticamente elaborada – pela vontade – muitas vezes batizada de política – do governo,” como resultado desta prática tivemos o estabelecimento de um rígido controle de preços, uma cerrada e ampla barreira alfandegária, a demarcação de reservas de mercado, ficando as estratégias empresariais e a vontade do consumidor “submetidas à decisão de seguidos governos federais”.

Observe-se que dentro deste cenário, a noção de mercado como o espaço da concorrência<sup>615</sup>, como arena onde o jogo da oferta e da procura é realizado dentro de regras básicas para o equilíbrio de forças, estava completamente prejudicada em favor da manipulação “política” da economia, resultando em uma, cada vez maior, concentração do poder econômico.

Esta questão tem relevância fundamental na análise da formação e desenvolvimento do mercado, pois como bem observa Gesner de Oliveira<sup>616</sup>, existe uma relação positiva entre o grau de desenvolvimento da defesa da concorrência e o volume de investimentos por habitante, pois o respeito às regras do mercado geram um grau mínimo de previsibilidade, que reduz as incertezas e traz segurança ao investidor, aumentando o dinamismo e a rivalidade dos mercados.

---

<sup>613</sup> FARIA, W., **Direito...**, p. 16 observa que: “Embora o princípio da livre concorrência inspire o sistema econômico, sua eficácia normativa não consiste em exigir dos operadores econômicos certo comportamento, mas em proibir-lhes toda conduta conscientemente anticoncorrencial”.

<sup>614</sup> DUTRA, A concentração..., p. 96.

<sup>615</sup> A expressão é da Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo n. 31-92.

<sup>616</sup> OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e investimento estrangeiro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2000, p. B2.

O CADE<sup>617</sup>, criado em 1962, como órgão encarregado de apurar os abusos do poder econômico, não recebeu a autonomia formal e material que um órgão desta natureza exige, estando subordinado, naquela época, à Presidência da República. Esta falta de autonomia resultou no enfraquecimento do órgão, que somente foi resgatada com a edição da Constituição de 1988, onde, no *art. 170 inciso IV*, a livre concorrência foi elevada a princípio geral da atividade econômica e a atuação do Estado; no *art.173 parágrafo 4º*, a lei deverá reprimir a eliminação da concorrência e, nos termos do *art.174*, a atividade do Estado compreende sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, tendo “funções de fiscalização, incentivo e planejamento, que será obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado,” consagrando a complementaridade entre a livre iniciativa e a livre concorrência.

Portanto, a noção de mercado, onde a concorrência se desenvolve dentro de um ambiente sem um intervencionismo político exacerbado, é bastante recente no direito brasileiro, trazendo com isso as dificuldades naturais da falta de uma tradição na abordagem da matéria, seja pela falta de uma base de informações sólida, seja pela falta de prática dos envolvidos nesta tarefa.

Uma vez estabelecidas as bases para a formação de um mercado com competição, a fortificação do órgão de defesa da concorrência foi o próximo passo para a implementação deste objetivo, sendo materializado com a transformação do CADE, com a edição da lei nº8.884/94<sup>618</sup>, em autarquia, retirando a marcante influência política que até então dominava a sua estrutura, especialmente quanto a atuação do presidente, e dos conselheiros do órgão que passaram a ter mandato fixo e, portanto, as destituições dependem de processo administrativo.

Neste sentido, pode-se notar um movimento inverso à desregulamentação implementada, com o surgimento de novos valores identificados pelo equilíbrio entre a regulamentação e a desregulamentação, onde o contra movimento regulatório está

Excluído: As mudanças implementadas no

Excluído: ,

Excluído: transformando o órgão em autarquia

Excluído: ram

Excluído: marcante

Excluído: pela conotação mais técnica da

Excluído: a

Excluído: ência

Excluído: ,

Excluído: diante de um

Excluído: onde

Excluído: m

<sup>617</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica

<sup>618</sup> Como observa CARPENA, **O consumidor...**, p. 1: “até o advento da Lei n. 8.884, o Código de Defesa do consumidor figurava como o único instrumento à disposição dos cidadãos para resguardo de seus interesses e de sua posição no mercado de consumo.”

fundamentado<sup>619</sup>, entre outras, na necessidade de preservação da competição econômica, no controle dos monopólios naturais (ex: transporte ferroviário) e no uso do mercado para objetivos de médio e longo prazo<sup>620</sup>, de modo que a liberdade individual, identificada com a desregulamentação, dependa dos recursos coletivos e implique justiça social<sup>621</sup>.

O livre mercado, protegido pelo princípio da livre concorrência, proporciona competitividade, que é fator fundamental daquele e da própria concorrência, especialmente em relação à alocação dos recursos e sua consequência na formação dos preços<sup>622</sup>, o que implica na necessidade de se intensificar a sua promoção a partir da garantia de proteção à livre iniciativa, além de reprimir o abuso de poder econômico.

Cumpra observar que no plano da concorrência é possível notar a existência de dois comportamentos distintos e possíveis<sup>623</sup>. Por um lado, os agentes econômicos se qualificam como rivais, disputando cada palmo de participação nesse mercado, identificando a competitividade como essência da concorrência. Por outro lado, é possível identificar a existência de comportamentos complementares, qualificados como cooperativos<sup>624</sup>, que devem estar sempre voltados para a competitividade, na medida que uma razoável harmonia entre uma e outra é capaz de fomentar a própria concorrência.

O objeto natural de dominação<sup>625</sup>, pelo exercício das empresas do poder econômico, é o mercado onde se dá a sua *performance comercial*.

Excluído: A NOÇÃO FUNDAMENTAL. O MERCADO RELEVANTE¶ VER BLANCA VILA COSTA P.113-¶

Excluído: supra mencionado

<sup>619</sup> GIDDENS, Anthony. A terceira via em cinco dimensões. Tradução José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 fev. 1999.

<sup>620</sup> Conforme FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 32, a linha de evolução do fenômeno da concorrência identifica três passos principais: (i) as regras que objetivam eliminar distorções tóxicas, com resultados eficazes e imediatos; (ii) as regras que objetivam proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis; (iii) as regras de implementação de uma política pública, visando à condução do sistema.

<sup>621</sup> AVERITT; LANDE, **Consumer...**, p. 44 referem que: "the antitrust laws are intended to ensure that the marketplace remains competitive, so that a meaningful range of options is made available to consumers, unimpaired by practices such as price fixing or anticompetitive mergers."

<sup>622</sup> FERRAZ JÚNIOR, **Regulamentação...**, p. 96.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>624</sup> *Ibidem*.

<sup>625</sup> GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine; VOGEL, Lois. **Droit commercial européen**. 5<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 414.

A análise das práticas, potenciais ou efetivamente, atentatórias à concorrência pressupõe conhecer os efeitos, potenciais ou reais, decorrentes daquela performance, a fim de verificar os resultados nocivos gerados **exatamente** sobre determinado mercado.

### 1.1.2) O mercado relevante como noção fundamental

A determinação do mercado (relevante) alcançado real ou potencialmente por esse efeitos nocivos corresponde **ao conhecimento do** espaço no qual as empresas operam em condições de concorrência relativamente homogênea no fornecimento de mercadorias e/ou serviços que os consumidores entendem como substituíveis<sup>626</sup>.

Excluído: pressupõe conhecer o

Este critério material deve ser focado em dois planos distintos. Um primeiro, de cunho mais estático, compreendendo os substitutos pelo lado da demanda, ou seja, considerando os produtos/serviços que o consumidor entende como substituíveis. O segundo, corresponde à oferta e compreende a concorrência potencial, ou seja, a possibilidade que novos concorrentes venham a se estabelecer num mercado determinado.

Excluído: (VER ELASTICIDADE CRUZADA)

Já a noção de espaço, identifica uma componente geográfica, que corresponde à determinação do território sobre o qual se exerce a concorrência que a prática restritiva procura falsear.

Porém, estas componentes por si só não são determinantes, sendo necessário conhecer as variáveis de natureza econômica que vão se revelando de acordo com a análise tópica<sup>627</sup>, das questões que se apresentam num determinado contexto social.

<sup>626</sup> GYSELEN, Luc. Le Règlement du Conseil des Communautés Européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. **RTD com.**, n. 45, p. jan./mar. 1992, p. 28.

<sup>627</sup> SCHAPIRA, Jean. **Direito comunitário das actividades económicas**. Lisboa: Rés, 1997, p. 50.

Para alguns<sup>628</sup>, ainda, o tempo pode ser adicionado como componente na determinação do mercado relevante, sendo capaz de criar uma base tridimensional, constituída pelo bem/serviço, espaço e tempo. Na prática, passaria a existir uma relação direta entre o horizonte temporal e a amplitude das duas outras dimensões essenciais dos mercados.

Com isso, segundo Calixto Salomão<sup>629</sup>, a questão temporal é “incluída nos mercados geográfico e de produtos, permitindo restringir ambas as definições (e, portanto, potencialmente indicar no sentido de um maior poder de mercado) em caso de existência de poder na perspectiva temporal, ou seja, em presença de barreiras à entrada.”

Esta teoria transfere o foco do estudo do critério de definição do mercado em causa pela natureza do produto para o comportamento tanto dos agentes que demandam o produto quanto dos agentes ofertantes destes produtos.

A questão central passa a ser de que forma se comporta o mercado, ponto de encontro entre ofertantes e consumidores, diante das alternativas de substituição de um determinado produto por outro face a qualquer motivo criador de tal situação (aumento de preço, escassez e etc.).

As teorias baseadas no conceito de substituição tratam de considerar uma conexão concorrencial entre uns produtos diante de outros feita a partir do sentimento dos consumidores, movidos por fatores como, entre outros, preço, características do produto ou serviço e etc.

Neste sentido, Triffin<sup>630</sup> procurou especificar ainda mais o tema, criando a Teoria da Elasticidade Cruzada da Demanda, baseada na interdependência geral entre produtos ou serviços, mais especificamente, considerando a relação existente entre a variação do preço de um bem com o aumento ou diminuição na demanda de

<sup>628</sup> Neste sentido, FARIA, W. **Direito...**, p. 24, referenciando Cabanellas, escreve que “quanto maior for o período considerado para avaliar a reação da oferta e da procura, em face da conduta cujo mercado relevante se cuida de determinar, tanto maior será a amplitude do mercado”.

<sup>629</sup> SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial...**, p. 90.

<sup>630</sup> TRIFFIN, **Monopolistic competition and general equilibrium theory**. Cambridge, 1940 apud Blanca Vila Costa, ob.cit., p.131.

outro bem. Com isso, por exemplo, pode-se auferir a relação de substituição existente entre o produto “a” e o produto “b” quando o aumento do preço de um gerar o aumento do consumo de outro, indicando que os consumidores aceitaram abandonar um produto em benefício de outro.

Por outro lado, as teorias da substituição foram paulatinamente sendo estendidas ao plano da oferta. Aqui, a questão passa a ser a capacidade dos fornecedores ofertarem no mercado produtos que sejam substituíveis sob o ponto de vista da demanda.

Excluído: substituíveis

No plano da substituíbilidade da demanda, a questão é determinar que produtos (ou serviços) são suficientemente similares, considerando sua função, preço e atributos para serem considerados pelos usuários como razoavelmente substituíveis por outro para determinado uso específico.

Como bem observa Bellamy e Child<sup>631</sup>, não há um teste preciso para determinar qual deva ser um grau de suficiente intercambialidade dos produtos e é, neste sentido, questão que pressupõe a análise tópica das preferências dos compradores, suas necessidades, as variações advindas da elasticidade cruzada da demanda, além das práticas comuns de mercado

O teste de substituíbilidade da oferta corresponde à capacidade dos fornecedores de matéria prima ou serviços em passarem a ofertar no mercado produtos que sejam substituíveis sob o ponto de vista da demanda<sup>632</sup>.

A determinação da substituíbilidade da oferta considera<sup>633</sup>, basicamente, dois fatores, quais sejam, a tecnologia utilizada na fabricação do produto e o ajuste necessário na capacidade produtiva existente para que se possa passar a ofertar no mercado considerado.

<sup>631</sup> BELAMY, Christopher; CHILD, Graham. Derecho de la competencia em el Mercado Comum. Madrid: Civitas, 1992, p. 509.

<sup>632</sup> FABRIS, Concentrações..., p. 43.

<sup>633</sup> FRANK, L. Fine. Mergers and joint ventures in Europe: the law and policy of the EEC. 2.ed. Kluwer Law, p. 92.

Quanto à tecnologia, a questão é saber em que condições se dá o acesso a ela, seja em função do seu desenvolvimento<sup>634</sup>, seja em função da sua disponibilidade ou alcance aos que pretendem ingressar no mercado.

Quanto aos ajustes na capacidade produtiva existente, a questão passa a ser o grau de atratividade que a entrada no mercado desperta nos potenciais novos ofertantes. A atratividade pode ser identificada pela relação custo-benefício em substituir a oferta já existente, devendo ser analisada, entre outras coisas, questões como escala de produção e riscos do mercado.

Consideradas essas variáveis, nunca é demais observar que a identificação do mercado relevante é essencial à análise de determinado ato negocial no plano concorrencial, assim considerado como o domínio especificamente perturbado pela ação anticoncorrencial<sup>635</sup>, pois, do contrário, será impossível corrigir de uma forma efetiva e justa as distorções criadas pelas práticas condenáveis sem a possibilidade do conhecimento de seu alcance.

## 1.2) A concorrência desleal

O Direito que trata da concorrência desleal se apresenta como elemento que compõe o Direito do Mercado na medida que se destina a regular uma parte do fenômeno econômico<sup>636</sup>, onde o seu objetivo imediato e aparente é de reparar um prejuízo individual decorrente de condutas contrárias aos usos honestos<sup>637</sup>, princípios de correção profissional e de lealdade comercial que se impõem a todos os que exercem determinada atividade de natureza econômica<sup>638</sup>.

---

<sup>634</sup> FABRIS, **Concentrações...**, p. 51.

<sup>635</sup> SCHAPIRA, **Direito...**, p. 48.

<sup>636</sup> Conceituado o ato de concorrência desleal por PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**, p. 278. como: "ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, ou somente gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende à de outrem, no plano da livre concorrência."

<sup>637</sup> PAÚL, Jorge Fernando Castro Patrício. **Concorrência desleal**. Coimbra: Coimbra, 1965, p. 13.

<sup>638</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**, p. 267: "quem diz concorrência desleal procedeu a seleção de atos de concorrência, reputando-os desleais, reprováveis, sem adiantar que o sistema jurídico os considera ilícitos."

A questão, num primeiro momento, está relacionada com as condutas havidas no âmbito da atividade empresarial que possam de alguma forma prejudicar aqueles que pretendem tão somente de uma forma técnica ofertar, de um modo profissional, bens e serviços em dado mercado e, por via de consequência, se perpetuar no seu mercado de atuação.

#### 1.2.1) O mercado como elemento protegido

Porém, como observa Reich<sup>639</sup>, ultrapassa esse limite “desde el punto de vista de la disciplina antimonopolista, tendiendo al aseguramiento de la igualdad de oportunidades y con ello a la conservación de la institución de la competencia”, numa expressa ação de proteção do mercado, especificamente no âmbito da oferta ou dos operadores daquele fenômeno. O que se procura coibir não é o excesso de livre concorrência, mas as armas empregadas, os embustes as práticas desleais<sup>640</sup>, os também chamados excessos da concorrência<sup>641</sup>.

Mais do que isso, é perceptível que as regras sobre concorrência desleal também ultrapassam a exclusiva proteção dos competidores para alcançar a proteção dos interesses da coletividade e dos consumidores no seu conjunto<sup>642</sup>.

O direito da concorrência desleal protege<sup>643</sup>, ao mesmo tempo, a liberdade constitucional de empreender e os consumidores, em última instância, o próprio mercado e o conjunto de empresas e consumidores que o compõe, com a sua imensidade de intervenientes e infinidade de contratos, de modo que a permanência de um determinado ofertante ou do operador decorreria exclusivamente do mérito de suas iniciativas a fim de satisfazer a demanda<sup>644</sup>.

---

<sup>639</sup> Paz Ares apud REICH, Norbert. **Mercado y derecho**. Barcelona: Ariel, 1985, p. 13.

<sup>640</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 268.

<sup>641</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 284.

<sup>642</sup> REICH, op. cit., p. 183.

<sup>643</sup> LEYSSAC; PARLEANI, **Droit...**, p. 991.

<sup>644</sup> *Ibidem*, p.988.

Nessa perspectiva, o direito que regula a concorrência desleal tem também nos consumidores seu destinatário final<sup>645</sup>, lugar comum do direito da concorrência como um todo, sendo através da proteção da oferta e sobretudo da diversidade de ofertantes, que devem se entregar a uma concorrência baseada em méritos tendo na demanda o elemento a ser considerado, ou seja, a lei quer que exista concorrência, mas não deseja que as posições favoráveis na concorrência se obtenham mediante atos enganosos contra os consumidores<sup>646</sup>.

Esses méritos está relacionado com a reputação de uma empresa no seu mercado de atuação, compreendendo a sua trajetória e linha de conduta capaz de criar no consumidor uma imagem diferenciada<sup>647</sup>. Essa imagem diferenciada vai materializada em uma *marca*<sup>648</sup> empresarial, cuja finalidade é exatamente distinguir a empresa dos seus concorrentes.

#### 1.2.2) A caracterização da concorrência desleal

A caracterização e a quantificação do prejuízo concorrencial se revela repleto de dificuldades e imprecisões, envolvendo questões como a perda do valor de um patrimônio, a perda da clientela ou a perda da capacidade concorrencial, que representa a perda do poder de se confrontar<sup>649</sup>, com a totalidade dos recursos de

<sup>645</sup> Como observa Oliveira Ascensão: "Os actos de concorrência, em princípio livres, passam a ser proibidos como de concorrência desleal quando sejam susceptíveis de induzir em erro o consumidor ou o atinjam de outra maneira." (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 84)

<sup>646</sup> Ibidem, p. 84

<sup>647</sup> WEINGARTEN, El valor..., p. 41. A Autora observa que: "Buena información significa que el consumidor pueda conocer con mayor libertad las diferentes opciones y que le sea posible comparar entre productos y servicios que lealmente describa sus características (la optimización de la información conduce a la maximización en la libertad de elección)".

<sup>648</sup> A Lei da Propriedade Industrial (L. 9.279/96), nos seus arts. 122 e 123 constrói o conceito de marca: "art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade."

<sup>649</sup> LEYSSAC; PARLEANI, **Droit...**, p. 988.

que dispõe, pelos seus méritos, com os outros concorrentes, objetivando seduzir a clientela<sup>650</sup>.

A liberdade de concorrência, por evidente<sup>651</sup>, se revela como pressuposto da concorrência desleal, qualificando-se essa como uma forma patológica da liberdade de iniciativa econômica decorrente da tentativa de conquista do cliente, verificando-se aquela como circunstância em que um ofertante, através de uma nova oferta ou de uma modificação nas condições de oferta, “perturba<sup>652</sup> em relação a um dado mercado de procura de certos produtos idênticos ou afins, as condições de transacção que os interessados estão dispostos a aceitar, e a liberdade de escolha do interveniente com o qual essa transacção será mais vantajosa.”

Ampliando ainda mais essa relação, a tutela da concorrência desleal se apresenta como meio garantidor da livre iniciativa econômica e da liberdade de concorrência<sup>653</sup>, se justificando como meio capaz de viabilizar o atingimento do seu objetivo, evitando a confusão entre empresas na oferta de bens e serviços, com o conseqüente desvio de clientela, permitindo o triunfo das empresas que os consumidores qualifiquem como mais dignas de sucesso, recompensa natural àquele que empreendeu.

É elementar que o ato de concorrência desleal é constituído de dois elementos: um ato de concorrência e a deslealdade desse ato. Enquanto ato de concorrência, objetiva<sup>654</sup> conquistar ou conservar uma clientela, que se supõe existir e que, por existir uma situação de concorrência, essa clientela será comum com

---

<sup>650</sup> Nas palavras de PONTES MIRANDA, **Tratado...**, p. 272: “A clientela é valor, mas valor que flutua, que se vai, que pode voltar. Seria difícil criar-se direito real à clientela ou sobre a clientela”....”Ainda quando não se pode construir, ou a lei não construiu direito real sobre bem corpóreo ou incorpóreo, se ela se reflete na esfera jurídica de outrem, é ato ilícito”.

<sup>651</sup> A idéia de pluralidade decorre da própria palavra. PAÚL, **Concorrência...**, p. 35, fazendo referência ao pensamento de Carnelutti, observa que a origem da palavra concorrer (étimo latino *cumcurrere*), significa correr em conjunto para a conquista de um bem.

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>653</sup> Conforme PAÚL, **Concorrência...**, p. 42: “Assim se compreende que a proibição dos actos de concorrência desleal tenha carácter geral e respeite a todas as empresas, sem importar o ramo de actividade que elas exercem, enquanto que os limites à livre concorrência afectam apenas certos sectores de actividade, ou impõem-se apenas a certas empresas vinculadas por especiais obrigações assumidas”.

<sup>654</sup> IZORCHE, Marie-Laure. Les fondamentes de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**, Paris, v. 51, n. 1, p17-51, jan./mar. 1998, p. 20.

aquela que podemos chamar de empresa vítima. Em relação à deslealdade do ato, à obrigação positiva de prudência dirigida aos operadores econômicos é acrescida à idéia<sup>655</sup> de que todo o comerciante honesto deve fazer de modo a individualizar os seus produtos ou distinguí-los dos produtos dos concorrentes.

O referencial inicial para fundamentar o regime jurídico da concorrência desleal é, historicamente<sup>656</sup>, a responsabilidade extracontratual, pressupondo a constatação de um prejuízo como decorrência de um ato praticado culposa ou dolosamente, genericamente identificado pela violação de normas legais ou consuetudinárias.

Procurando conferir uma maior precisão na fundamentação em estudo, é possível referenciar o pensamento de Roubier<sup>657</sup>, para quem o caráter jurídico da ação de concorrência desleal é baseada no uso excessivo da liberdade civil, ou seja, que ultrapassa o que se poderia comumente esperar nas relações privadas.

Considerando a liberdade<sup>658</sup> de iniciativa da atividade econômica, as práticas leais às condições de concorrência são isentas de responsabilidade, porém, quando uma parte obrar excedendo os limites do que se poderia esperar de uma determinada relação, resta constatada não só a ofensa ao referencial de justiça, mas o sentido de ordem e segurança jurídica.

Possível, também, referenciar o pensamento de Josserand<sup>659</sup>, para quem o ato de concorrência desleal se qualifica como o abuso de direito de livre concorrência, entendida a natureza social deste e o seu necessário exercício de acordo com o espírito da instituição, as necessidades e a segurança das relações sociais.

A princípio a concorrência desleal deve ser havida somente entre concorrentes, porém se há a constatação de que os interesses do agente desleal e

---

<sup>655</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>656</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 133.

<sup>657</sup> ROUBIER, Paul. **De l'esprit des droits et leur relativité**. apud Ibidem, p. 134.

<sup>658</sup> Ibidem, p. 134.

<sup>659</sup> JOSSERAND apud PAÚL, **Concorrência...**, p. 134.

os do beneficiado são coincidentes, total ou parcialmente, o requisito da concorrência desleal compõe-se<sup>660</sup>.

No direito brasileiro, o tema está regulado na Lei (9.279/96), que trata da proteção à propriedade industrial, alcançando o plano penal, pelo que denomina “Dos crimes de concorrência desleal” (art.195)<sup>661</sup>; e o plano cível, pelo estabelecimento da possibilidade de reparação, independentemente da criminal (art.207)<sup>662</sup> e de uma cláusula geral de responsabilidade (art.209)<sup>663</sup>, cujos elementos de caracterização se identificam pela ação faltosa, o dano e o nexo de causalidade.

<sup>660</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, p. 269. O Autor refere as hipóteses em que empresas estão ocultamente ligadas ou ligadas sem fusão ou relação que juridicamente apareça.

<sup>661</sup> 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. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público

<sup>662</sup> “art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.”

<sup>663</sup> “art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.”

Nessa disposição do *art.209*<sup>664</sup> da Lei 9.279/96, se verifica que as práticas consideradas ilícitas correspondem à hipótese de atos que tragam prejuízo à reputação ou aos negócios alheios, que possam criar confusão entre estabelecimentos ou entre produtos ou serviços postos no comércio, podendo classificar-se em (i)atos de descrédito, (ii)atos de confusão, (iii)atos de apropriação e (iv) atos de desorganização.

(i) Atos de descrédito

Com relação à prática de atos que tragam prejuízo à reputação ou aos negócios alheios<sup>665</sup>, pode-se também qualificá-los como atos de descrédito na medida que objetivam desacreditar o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos concorrentes.

Nesse sentido, são destinados a fazer mal ao concorrente e não diretamente para aproveitar os elementos de sucesso da empresa alheia<sup>666</sup>, observando que qualquer afirmação, por mais gravosa que seja, não poderá ser qualificada como desleal se não houver o fim de desacreditar<sup>667</sup>.

Quanto às ações praticadas contra a pessoa do empresário, essas atacam a reputação que o empresário goza perante o público que consome os produtos ou serviços que oferta, retirando a sua credibilidade, maculando a sua seriedade<sup>668</sup>. É sabido que o crédito nas relações negociais é fundamental para o desenvolvimento de uma atividade econômica, na medida que representa um meio de facilitação das trocas, tanto em relação aos fornecedores, quanto em relação aos consumidores, pois retira a necessidade de instantaneidade entre prestação e contra-prestação nas relações obrigacionais<sup>669</sup>.

---

<sup>664</sup> ver nota 338.

<sup>665</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 168.

<sup>666</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 484.

<sup>667</sup> *Ibidem*.

<sup>668</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 168.

<sup>669</sup> *Ibidem*.

A concretização dessa prática pode ser verificada nas situações em que concorrentes colocam em dúvida a capacidade do comerciante cumprir os seus compromissos, tanto em relação a prazos quanto na qualidade do produto ou serviço contratado ou que está prestes a ingressar num processo falimentar, não existindo, necessariamente, uma relação de concorrência direta e imediata entre o autor do ato e a vítima<sup>670</sup>, mas o interesse em levar a clientela a dar preferência aos produtos análogos de uma empresa concorrente.

Cumprido ressaltar que a conduta qualificada como ilícita no *art.209*<sup>671</sup> da Lei da Propriedade Industrial corresponde aos atos tendentes a prejudicar a reputação alheia, ou seja, atos que se inclinam ou se encaminham no sentido referenciado, o que demonstra a adoção de um critério objetivo que considera a possibilidade de prejuízo, efetivamente provado a partir da apreciação das circunstâncias do caso concreto, qualificando-se como fim relevante para a tutela a prática tendente a prejudicar, desinteressando verificar se o agente tinha ou não o objetivo de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo<sup>672</sup>.

#### (ii) Atos de confusão

Com relação aos atos tendentes a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio, o que se verifica é que eles normalmente vêm associados com a usurpação dos sinais distintivos<sup>673</sup>, isso em função da tentativa de criação de uma identidade visual capaz de viabilizar a confusão pretendida, configurando-se uma dupla ilicitude, ou seja, o uso ilícito dos sinais de marca alheia conduz à confusão de estabelecimentos<sup>674</sup>.

---

<sup>670</sup> Ibidem, p.169. A hipótese corresponde ao interesse do fornecedor em desviar a clientela para o revendedor que lhe adquira maior volume de mercadoria ou oportuniza-lhe melhores margens de lucro.

<sup>671</sup> ver nota 645.

<sup>672</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 486.

<sup>673</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 160.

<sup>674</sup> Como observa ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 422, há que se separar a simples cópia de idéias e estratégias, que muitas vezes irradiam vantagens aos consumidores, dos atos de confusão.

Aqui, mais uma vez, a utilização da expressão “tendência” no preceito legal afasta a necessidade de que se concretize a confusão, mas apenas que exista o perigo dela se verificar<sup>675</sup>, estando a ênfase na eficácia do ato e não na sua efetividade.

Essa separação entre a ilicitude pelo uso de sinais distintivos de determinada marca e a prática desleal é fundamental, pois o que se pretende proteger é a confusão entre os bens postos no comércio<sup>676</sup>, e não o uso ilícito dos sinais distintivos da marca<sup>677</sup>, que tem regulação própria, o que leva à necessária comprovação da possibilidade de confusão em relação aos bens diretamente protegidos.

Na avaliação do que se pode qualificar como confundibilidade<sup>678</sup>, deverá se atentar para a semelhança resultante do conjunto de elementos que constituem o bem, não desconsiderando, mas colocando num segundo plano, aspectos que isoladamente poderiam configurar a diferença. Essa premissa decorre da possibilidade de que possa haver semelhança de elementos isolados e o conjunto tenha completa individualidade, de modo que, realmente, é a impressão do conjunto que configurará, ou não, a possibilidade de confusão<sup>679</sup>

A confusão pode ser qualificada como uma figura mista, já que simultaneamente concretiza uma lesão aos interesses de concorrentes<sup>680</sup>, pelo conseqüente desvio de clientela em função do aproveitamento dos elementos empresariais alheios, e aos interesses dos consumidores, na forma de indução ao erro, pela qualificarem-se como vítimas presumidas<sup>681</sup>.

---

<sup>675</sup> PAÚL, op. cit., p. 160.

<sup>676</sup> Conforme ASCENSÃO, op. cit., p. 417, a lei quer que os elementos empresariais se distingam claramente uns dos outros.

<sup>677</sup> Como referencia PAÚL, op. cit., p.161: “a proteção do sinal distintivo respeita directamente ao sinal autónomamente considerado, prescindindo da probabilidade de prejuízo; a disciplina da concorrência desleal requiere a possibilidade de confusão em relação aos bens directamente protegidos, a qual constitui exactamente a causa da verificação muito provável dum prejuízo.”

<sup>678</sup> Ibidem, p. 161.

<sup>679</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 425.

<sup>680</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 417.

<sup>681</sup> Ibidem.

Por isso, a base de referência é o juízo do consumidor médio<sup>682</sup>, assim identificado como aquele que sem conhecimentos específicos de determinado ramo de atividade será provavelmente enganado pela confusão que o ato de concorrência desleal provoca. A *tendência* a criar confusão será medida pela capacidade que a média dos consumidores os bens do mesmo gênero<sup>683</sup>, objeto do seu desejo, conforme os elementos que mais facilmente sejam passíveis de fixação, normalmente aqueles vinculados à apresentação exterior do produto.

(iii) Atos de apropriação

Os atos de apropriação violam o interesse do empresário em relação à sua reputação na medida que objetivam a apropriação ilícita de todos os elementos que possam constituir fatores de crédito e reputação para seu autor<sup>684</sup>, estando na origem desta figura o prestígio alheios em especial quanto à representação ou imagem que deles se faz<sup>685</sup>.

A obtenção desse intento ilícito decorre da utilização de elementos já acreditados ou pela indicação de motivos de crédito próprio que, porém, não existem na realidade, consubstanciando um efeito negativo na reputação de um empresário em favor do concorrente que se aproveita do nome, do estabelecimento ou da marca alheia construídos no tempo, sem os custos inerentes a esse processo<sup>686</sup>.

Resta, assim, configurada uma situação de perturbação ao sistema da livre concorrência, suscetível de prejudicar a obtenção do resultado econômico naturalmente considerado legítimo em decorrência das posições conquistadas durante o desenvolvimento da atividade comercial<sup>687</sup>, que potencialmente poderá alcançar um determinado ofertante ou uma pluralidade deles, já que a apropriação de créditos indevidos pode ser em relação a pessoa do ofertante, coincidindo com a primeira hipótese, ou com bens/serviços ofertados, coincidindo com a segunda.

---

<sup>682</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 161.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p.162.

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>685</sup> ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 449.

<sup>686</sup> PAÚL, *op.cit.*, p. 174.

<sup>687</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 175.

(iii) Atos de desorganização

Os atos de desorganização, enquanto atos de concorrência desleal, correspondem a ataques à organização interna das empresas concorrentes de modo a prejudicar o fluxo normal de clientes<sup>688</sup>, alcançando diretamente um determinado concorrente e, indiretamente, outros concorrentes em decorrência do desequilíbrio gerado no mercado de determinado produto ou serviço<sup>689</sup>.

A prática de tal conduta envolve um elemento de subjetividade na qualificação da sua ilicitude que corresponde à finalidade de desorganizar a empresa alheia<sup>690</sup>, especialmente por não haver a previsão expressa em lei das hipóteses que configurariam tal comportamento ilícito.

Tal prática ilícita pode ser verificada, por exemplo, em relação à expertise adquirida pelo agente econômico no decorrer de sua atividade ou a base de dados elaborada com base no relacionamento com seus clientes ou fornecedores, que representam elementos fundamentais para a prática da empresa. Além disso, a revelação de determinado segredo comercial pode implicar na perda de competitividade de determinado ofertante, podendo causar danos que afastem o competidor de determinado mercado de produtos ou serviços.

Muitas vezes a linha entre a prática lícita e a ilícita é bastante tênue e de difícil apreciação. Um exemplo concreto disso é o caso do colaborador que, após anos de vínculo com determinada empresa, se transfere para um concorrente.

Portanto, o acesso a livre concorrência está ao alcance de qualquer empresa, liberdade que deve ser exercida respeitando-se regras comuns de conduta com a finalidade de manter uma concorrência leal entre as empresas, além de um mercado transparente<sup>691</sup>. Essas condicionantes refletem tanto na diretamente entre

---

<sup>688</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 501.

<sup>689</sup> PAÚL, *op. cit.*, p. 183.

<sup>690</sup> ASCENSÃO, *op.cit.*, p. 502.

<sup>691</sup> WEINGARTEN, *El valor...*, p. 42. A autora afirma que: "De manera que este libre juego de la competencia tampoco esta exento de reglas y valores y es necesario una conducta que no infrinja la buena fe, de que todos respenten una conducta leal, ética, que introduzca la noción de confianza en la economía como regla de conducta para las relaciones de las empresas que concurran en el

concorrentes de dado mercado, quanto indiretamente, nesse caso como decorrência de práticas lesivas aos consumidores.

Essas práticas lesivas aos consumidores, decorrentes de fatos como publicidade inadequada sobre serviços ou produtos objetivando captar clientela, acabam por criar uma desvantagem para aquele que respeita as regras atinentes às relações de consumo face àquele que adota práticas adequadas, e provavelmente dispendiosas, para se comunicar com o mercado, restando não somente os competidores prejudicados mas também os consumidores<sup>692</sup>.

### 1.2.3) Meios de Tutela

Cumprir observar que no plano das medidas para enfrentamento dessas circunstâncias é possível, inicialmente, referenciar três elementos fundamentais<sup>693</sup>: a proibição de continuação dos atos de concorrência qualificados como desleais; a ação de remoção ou eliminação das causas do dano e a reparação do dano, elemento próprio da responsabilidade civil.

Em relação à proibição de continuação dos atos de concorrência qualificados como desleal, é possível considerar como modalidades de meios jurídicos repressivos as ações inibitórias ou de cessação, onde a sua finalidade além de repressiva pretende fazer cessar a violação realizada<sup>694</sup>, possibilidade recepcionada pelo legislador pátrio quando admite que (art.209, § 1º da LPI) “poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da

---

mercado con sus bienes y servicios, respetando frente a los demás una exigencia de mínima corrección o de juego limpio.”

<sup>692</sup> Ibidem, p.43. Aqui suas palavras são esclarecedoras: “Porque es de destacar que la normativa relacionada con la competencia desleal si bien en sus inicios fue formulada para proteger a los intereses de los empresarios que resultaban perjudicados por este tipo de actos desleales, indirectamente resguarda los intereses colectivos de los consumidores, cuya protección esta indisolublemente unida al *modo en que se organiza el mercado*.”

<sup>693</sup> PAÚL, **Concorrência...**, p. 17. O autor faz referência aos artigos 2.598 a 2601 do Código Civil italiano de 1942.

<sup>694</sup> ASCENSÃO, **Concorrência...**, p. 262.

citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.”

Em relação à remoção das causas do dano é possível considerar como modalidades de meios jurídicos profiláticos as ações de eliminação ou reconstrução, complementares às anteriores, que pretendem eliminar do mundo jurídico os efeitos da violação que permaneceram após a sua cessação<sup>695</sup>, alternativa também tutelada no sistema pátrio (art.209 § 2º da LPI) para os casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, quando o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

Em relação à reparação do dano, a sanção, nos casos de concorrência desleal, apresenta<sup>696</sup> pouca originalidade, já que se revela como uma aplicação da responsabilidade civil. Porém, a principal dificuldade, inerente às questões de concorrência, é avaliar os danos, pois não há bases para calcular o desenvolvimento hipotético das circunstâncias se não fosse a intervenção do agente<sup>697</sup>. Cumpre observar que a relação entre os que concorrem não é jurídica<sup>698</sup>, não se verificando aí qualquer irradiação de direitos, deveres, pretensões e obrigações, que somente surgirão com a constatação do dano ou da ameaça de dano identificado como o fato da concorrência desleal<sup>699</sup>.

O critério adotados pelo legislador nacional no âmbito da Lei da Propriedade Industrial estabelece que (art.208) “a indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”.

Como já referenciado supra, essa opção apresenta alguma dificuldade na sua quantificação pela falta de dados objetivos na sua apuração. Na tentativa de superação dessa dificuldade, o legislador criou alternativas objetivas para quantificar tal obrigação, determinando que (art.210) os lucros cessantes serão determinados

---

<sup>695</sup> Ibidem.

<sup>696</sup> LEYSSAC; PARLEANI, **Droit...**, p. 984.

<sup>697</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 270.

<sup>698</sup> PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**, p. 273.

<sup>699</sup> PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**

pelo critério mais favorável ao prejudicado, considerando (*inciso I*) os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; (*inciso II*) os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito ou (*inciso III*) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Essa última alternativa parece a mais factível de todas na medida que a valoração de licenças é prática mais acessível já que é mais corriqueira tanto em transações internas quanto internacionais.

## 2) O mercado e o consumidor

### 2.1) A defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica

A relação inicial entre o mercado e o consumidor encontra referência no processo de circulação econômica, levado ao seu destino final pela apropriação das mercadorias na sua utilização ou satisfação pessoal<sup>700</sup>, sem que sejam novamente introduzidas no sistema<sup>701</sup>, através da agregação de valor, característica própria das cadeias produtivas, representando o consumo o último estágio de um sistema de produção e circulação baseado na divisão do trabalho<sup>702</sup>.

Diferente do empresário que encontra na circulação de mercadorias a possibilidade de aumento dos seus lucros, no consumidor se encontra uma outra dimensão, na qual o valor inerente aos bens é o uso e não o lucro<sup>703</sup>, como para

<sup>700</sup> MARQUES, Diálogo ....., p. 92 refere que: "a entrada em vigor do NCC/2002 com normas voltadas justamente para regular com boa-fé e conforme a função social destes contratos as relações inter-empresários levará a uma necessária redefinição do campo de aplicação do CDC, a beneficiar a teoria finalista em uma adaptação do sistema ao diálogo destas duas leis.

<sup>701</sup> REICH, **Mercado...**, p. 158.

<sup>702</sup> O que justifica a inserção da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica "a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia da vontade" (MARQUES, **Comentários...**, p. 123)

<sup>703</sup> REICH, op. cit., p. 159.

aquele, constatação que invariavelmente redundará numa posição conflitual entre a parte ofertante e os consumidores.

É possível afirmar, então, que a existência do mercado está relacionada com a satisfação das necessidades do consumidor<sup>704</sup>, já que o consumo é o único objetivo da produção e, conseqüentemente, o interesse do produtor em produzir termina no exato momento que as necessidades do consumidor são atendidas<sup>705</sup>.

Nessa relação de interesses pontualmente opostos, é perceptível a dificuldade do consumidor em exercer o poder no mercado<sup>706</sup>, especialmente diante de fatores tais como a estrutura atomizada do consumo<sup>707</sup>; a pontual cobertura ou satisfação das necessidades que afetam o consumidor individual e, por fim, a impossibilidade de organização de forma duradoura dos interesses dos consumidores, o que leva à conclusão que a pretensa posição soberana do consumidor possivelmente mereça ser vista como mera liberdade de decisão<sup>708</sup>.

Na esfera da iniciativa empresarial, os princípios da autonomia privada, da responsabilidade, da tutela da propriedade e da livre concorrência estão a serviço da atuação e do comportamento do empresário frente ao consumidor ensejando o estabelecimento pelo Estado da padronização de condições gerais como limite inferior do equilíbrio contratual<sup>709</sup>, elemento que se estende além das relações de consumo, alcançando as relações entre concorrentes, fornecedores e provedores.

<sup>704</sup> MARTINEZ, A proteção..., p. 8.

<sup>705</sup> Como observa LANDE, Una teoría..., p. 43: "El consumidor es el rey de una economía capitalista, él es el que puede escoger lo que quiere sin restricción de ningún tipo, salvo la de su propia toma de decisiones.

<sup>706</sup> REICH, op. cit., p.160.

<sup>707</sup> Nesse sentido a referência que REICH, op. cit., p. 162 faz ao pensamento de Marx (Das Kapital, I, p.50, n.5), para quem, "na sociedade burguesa prevalece a *factio iuris* de que cada indivíduo possui, como comprador, um conhecimento enciclopédico da mercadoria que deseja comprar", o que de outra forma foi posto por Calixto Salomão, ao mencionar o pensamento de Hayek (The use of knowledge in society in *Individualism and economic order*, Londres, 1949, pp.77-78.), para quem nenhum cérebro único, individual ou coletivo, é capaz de conhecer todos os fatores relevantes para as decisões econômicas que possa vir a tomar, uma autoridade única não pode centralizar, com eficácia ou eficiência, o conhecimento econômicos dos indivíduos.(SALOMÃO FILHO, **O novo...**, p. 17).

<sup>708</sup> SALOMÃO FILHO, **O novo...**

<sup>709</sup> REICH, **Mercado...**, p. 162.

Essa atuação consciente do Estado através do estabelecimento de políticas públicas na proteção do consumidor relaciona elementos como o direito à *segurança, à informação, de escolha* e de *ser ouvido* como referenciais importantes na tentativa de amenizar a falta de conhecimento do consumidor em relação ao produto ou serviço do seu interesse<sup>710</sup>.

Mais do que isso, deve-se procurar ampliar a legitimação ativa dos cidadãos<sup>711</sup>, individualmente ou através de entes coletivos, para questionar decisões e atividades empresariais, velando, em última instância, para que a produção esteja a serviço do consumo, e não este a serviço daquela<sup>712</sup>.

Assim, a tutela do consumidor relacionada a questões de natureza jurídica pressupõe a implementação de medidas objetivando facilitar as possibilidades de informação do consumidor<sup>713</sup> e, conseqüentemente, a sua liberdade de decisão, que passa a enfrentar alguns problemas através dos chamados prejuízos indiretos decorrentes de certos movimentos concorrenciais<sup>714</sup>, como as práticas concertadas, tendentes a majorar preços ou condições da oferta, não obstante a referência que essa tutela possa ter caráter relativo, especialmente diante de um consumidor esclarecido o suficiente para valorar adequadamente o risco da sua atuação.

No avançar da proteção do consumidor, vale lembrar que o conceito<sup>715</sup> deste, parte, originalmente, de premissas sócio-econômicas, o que redundava numa necessária percepção da sua base informativa a fim de empreender a análise jurídica que especifique a sua função no processo econômico de circulação de bens

---

<sup>710</sup> Reich atribui historicamente à Kennedy a menção desses quatro direitos como sendo fundamentais aos consumidores na proteção dos seus interesses. (Ibidem, p. 164). Mais adiante refere que em nível de Comunidade Econômica Européia tal proteção partiu de uma resolução do Conselho de 14 de abril de 1975, referindo cinco direitos considerados fundamentais: proteção à saúde e segurança, proteção dos direitos econômicos, ressarcimento por danos sofridos, instrução e formação e de direito de ser ouvido.

<sup>711</sup> JUSTEN FILHO, *Empresa...*, p. 131.

<sup>712</sup> BARROSO, *A ordem...*, p. 716.

<sup>713</sup> CARPENA, **O consumidor...**, p. 2 refere que: "esses direitos de informação não constituem um fim em si mesmos, porém foram criados para garantia de um outro direito básico do consumidor: o direito de escolha.

<sup>714</sup> Conforme relata FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 293, em situação como essa identifica-se a ocorrência do mesmo suporte fático que desencadeia a incidência de normas de defesa do consumidor e de normas antitruste.

<sup>715</sup> REICH, **Mercado...**, p. 170.

ou serviços<sup>716</sup>, onde se qualifica como operador desse para a aquisição e utilização de valores de uso, como ponto final da cadeia.

O processo econômico de circulação, no âmbito da esfera privada de interesses, poderia, metodologicamente, ser dividido em quatro planos distintos<sup>717</sup>: a esfera da vida privada em sentido estrito, o âmbito da produção e distribuição de bens, o âmbito do tráfico econômico e, finalmente, o âmbito da grande organização econômica.

Desses planos pode-se observar que naquele que alcança a produção e distribuição de bens(ou serviços) se encontra a categoria dos consumidores e, ainda, que desta classificação se identifica “una progresiva referenciabilidad pública del primitivo tráfico jurídico privado”<sup>718</sup> refletindo em uma elaboração política com referenciais na crítica ideológica do modelo de legitimação do direito privado, especialmente em relação ao binômio liberdade/igualdade.

Desde essa perspectiva, o direito do consumidor se destina a regular relações de mercado, especificamente entre empresários e consumidores, a fim de compensar determinadas deficiências funcionais do mercado na ordenação da economia<sup>719</sup>, proteção essa decorrente do desequilíbrio estrutural que não pode ser compensado através de política econômica, mas, sim, de política jurídica.

---

<sup>716</sup> Essa necessária contextualização pode ser identificada pelo que dispõe o *inciso III do art. 4º* da Lei 8.078/90, dispondo que as relações de consumo devem obedecer ao princípio da “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

<sup>717</sup> REICH, **Mercado...**, p. 173) fazendo referência ao pensamento de Ludwig Raiser. Observa Reich que: “essa diferença pode precisar-se melhor ao se dar atenção à distinção entre direito das empresas, direito dos consumidores e direito civil.” “O setor da empresa compreenderia o tráfico de mercadorias(em sentido amplo) entre empresários e consumidores finais, entre os quais existem distintas relações do valor atribuído às coisas e diante aos que se alçam diversas estruturas de propriedade.” “Finalmente, o direito civil viria caracterizado pela referência ao tráfico jurídico provado e também à prova da posição jurídica dos cidadãos em suas relações recíprocas, e estaria destinado à ordenação da propriedade dos meios de consumo e de um processo de intercâmbio”(tradução livre)

<sup>718</sup> REICH, **Mercado...**, p. 173.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 175.

O próprio advento do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90) foi capaz de impingir aos contratos um maior controle sobre o seu equilíbrio, conteúdo e equidade, valorizando-se o seu sinalagma<sup>720</sup>, que deixa de ser entendido tão somente como *bilateralidade* para ser entendido como convenção, como modelo de organização das relações privadas<sup>721</sup>, que pretende em última instância, a partir da noção de equidade, manter e proteger as expectativas legítimas das partes, consideradas a base funcional que origina a troca econômica<sup>722</sup>.

Concretamente, em hipóteses como as dos contratos de adesão, em que se afasta a possibilidade da avença ser afetada por distorções inerentes a faculdade de dominação de uma parte em relação a outra, o conteúdo típico do negócio será determinado pelo mercado e não em função do dinamismo do processo negocial<sup>723</sup>.

Na relação entre a livre iniciativa, própria da atividade empresarial e tutelada constitucionalmente, e os limites impostos pela proteção do consumidor, igualmente referenciada na Carta Magna, há que se perceber que esta é imanente ao exercício daquela<sup>724</sup>, especialmente pela percepção de que aquela deve afetar ambas as partes da relação negocial.

A proteção ou, mais precisamente, a satisfação das necessidades do consumidor pressupõe o mercado como um dado pré-ordenado que tem como premissa necessária evitar-se abusos, assegurando a concretização do sistema econômico conhecido como *economia de mercado* frente a possíveis defeitos de funcionamento ou excessos<sup>725</sup>, individualmente considerados, configurando-se a concorrência efetiva como um meio capaz de satisfazer as necessidades do consumidor.

Nesse sentido, a proteção ao consumidor, concedida pelo Estado, acaba incentivando a circulação mercantil e a fluência das relações de intercâmbio<sup>726</sup>, pois

---

<sup>720</sup> MARQUES, **Contratos ...**, p.240.

<sup>721</sup> Ibidem.

<sup>722</sup> Ibidem, p.241.

<sup>723</sup> GRAU; FORGIONI, *O estado ...*, p. 50.

<sup>724</sup> REICH, *op.cit.*, p. 177.

<sup>725</sup> REICH, **Mercado...**, p. 178.

<sup>726</sup> GRAU; FORGIONI, *O estado ...*, p. 22.

do contrário, a sua exploração desestimularia o tráfico mercantil na medida que impingiria nesse um desinteresse numa relação que não lhe se apresenta satisfatória.

A soberania do consumidor no exercício dessa condição se verifica a partir da existência de dois elementos fundamentais, quais sejam, a existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência e a possibilidade dos consumidores escolherem livremente entre essas opções<sup>727</sup>.

A essência da soberania do consumidor num sistema de economia de mercado está relacionada com o exercício da escolha, da opção<sup>728</sup>. A escolha de algum bem ou uma opção em detrimento de outras, implica na sua satisfação, além de enviar sinais à economia sobre a efetiva existência de opções no mercado e a sua condição de escolher livremente entre elas<sup>729</sup>.

A questão toma corpo, inclusive, na legislação antitruste, onde se percebe a preocupação direta do legislador com a proteção do consumidor. O *inciso III do art.20*<sup>730</sup> da Lei 8.884/94, que qualifica como infração da ordem econômica o aumento arbitrário de lucros do agente econômico, não importando a posição que ele desfruta no mercado em questão<sup>731</sup>, transfere o foco da questão do eventual comportamento anticompetitivo para os prejuízos que o consumidor terá com tal prática.

Vale dizer que uma maior lucratividade, não importando a sua natureza, “convida” os demais competidores a ingressarem no mercado de um determinado

<sup>727</sup> MARTINEZ, A proteção..., p. 12.

<sup>728</sup> AVERITT; LANDE, Consumer..., p. 46.

<sup>729</sup> Idem, ibidem. Os autores, inclusive, referem que: “To turn this conceptual paradigm into operational policy, at least some rough degree of quantification is required. Just how many options must be present in the market? Just how free from external influences must consumers be? In an imperfect world, of course the answers to these questions must be standards of sufficiency rather than standards of perfection.” No mesmo sentido CARPENA, **O consumidor...**, p. 2 quando refere que: “Considerando-se que é através de suas escolhas que o consumidor envia mensagens ao mercado, e participa como agente econômico de sua estrutura, logo se percebe que sua ação consciente é extremamente relevante do ponto de vista da concorrência.”

<sup>730</sup> art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] III - aumentar arbitrariamente os lucros;

<sup>731</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**, p. 279.

produto ou serviço<sup>732</sup>, o que, invariavelmente, num determinado prazo, considerando as barreiras de entrada, transformará a concorrência potencial em efetiva.

Em relação aos prejuízos pelo aumento arbitrário dos lucros é possível observar que no plano individual, isso significará uma maior limitação ao poder de compra do consumidor e a satisfação das suas necessidades, considerando que os seus recursos permanecem os mesmos<sup>733</sup>. No plano social, essa prática gera a concentração de renda em favor do ofertante, o que se revela pernicioso ao sistema capitalista de mercado, na medida que inviabiliza o direcionamento dos recursos decorrentes da majoração dos lucros para a aquisição de outros bens ou serviços.

A eventual intervenção para correção das distorções daí decorrentes pressupõe uma análise casuística, não sendo a sua finalidade disciplinar preços, de um modo geral, em determinada categoria de produto ou serviço, mas coibir o aumento arbitrário de lucros no caso concreto<sup>734</sup>.

A concretização disso pode ser sentida no âmbito da concorrência vertical<sup>735</sup>, em que pode-se identificar três tendências relevantes no comportamento dos agentes econômicos. A primeira delas diz respeito ao sistema de preços recomendados entre intermediários e distribuidores<sup>736</sup> ou outra prática que possa diminuir o grau de competição entre os distribuidores, garantindo-lhes um maior lucro, fato que leva o ponto de venda a privilegiar determinada marca, através de expedientes como um maior grau de exposição do produto incentivado na loja, numa manifesta interrupção dos efeitos da concorrência, prejudicando o consumidor<sup>737</sup>.

A segunda tendência diz respeito aos chamados sistemas de distribuição seletiva, onde o produtor reduz seus canais de distribuição a fim de otimizar ou, até

---

<sup>732</sup> Ibidem.

<sup>733</sup> DANTAS, Sant Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 97) identifica esse alcance individual e coletivo: "Todas as vezes que se configura, na economia de um país, uma situação de monopólio natural, a intervenção econômica é inevitável para que a função reguladora de preços e fornecimentos, entregue pela ação dos fatores naturais e circunstanciais ao grupo dos monopolistas, não seja exercida em proveito exclusivo desse grupo, com prejuízo aos consumidores e da sociedade em geral."

<sup>734</sup> MOREIRA NETO, Reinstucionalização..., p. 94.

<sup>735</sup> REICH, **Mercado...**, p. 180.

<sup>736</sup> Ibidem.

<sup>737</sup> FORGIONI, **Fundamentos...**, p.458.

mesmo, viabilizar a circulação do produto ou serviço, quer pela sua natureza, quer pela sua escala de circulação<sup>738</sup>, o que pode servir como meio facilitador de conluio<sup>739</sup>, já que permite o acordo de preço a fim de garantir melhores margens de lucro.

A terceira tendência corresponde ao que se identifica como poder de demanda, especificamente, aqui, em relação ao poder dos canais de distribuição, situação onde o retalhista tem condições de elevar os preços de produtos concorrentes mais baratos que aquele em que obtém maior margem de comercialização<sup>740</sup>, estimulando o consumo do produto cuja venda lhe traz maiores lucros, prática condenada por não repassar aos consumidores as vantagens decorrentes do seu poder de negociação<sup>741</sup>.

No controle pelo Estado dos efeitos dessas tendências, é possível lançar mão de duas alternativas elementares. A primeira delas, entende a concepção de defesa do consumidor como complementaria do mercado<sup>742</sup>, devendo o controle dos abusos nos preços limitar-se à análise tópica; a outra, com uma ênfase no plano preventivo, surge a possibilidade de criar instrumentos que objetivem uma otimização das estruturas competitivas, evitando as práticas concertadas ou o abuso de preços.

As regras de defesa do consumidor vêm conformadas<sup>743</sup>, então, como uma espécie de direito de polícia ou de defesa objetivando combater os abusos ou disfuncionalidades do sistema<sup>744</sup>, deixando intactas as premissas sobre as quais se assenta, descaracterizando, com isso, qualquer intervencionismo indesejado que desconfigure o sistema econômico adotado<sup>745</sup>. Os interesses do consumidor ou os

---

<sup>738</sup> REICH, op. cit., p. 180.

<sup>739</sup> FORGIONI, op. cit., p. 456.

<sup>740</sup> Ibidem, p.460.

<sup>741</sup> REICH, op. cit., p. 180.

<sup>742</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>743</sup> REICH, **Mercado...**, p.197.

<sup>744</sup> Conforme REICH, **Mercado...**, p. 198: “ Desde um punto de vista de la política constitucional, la legitimación de esta concepción parece deducirse de principio del Estado social, correctamente entendido, lo cual implica, como ya antes há sido señalado, una restricción dialéctica a la autonomía privada, a las libertades de competencia y de ejercicio profesional así como la garantía de la propiedad de las empresas que concurren em el mercado.”

<sup>745</sup> No comentário de AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 364) sobre a atuação do Estado na limitação da liberdade de iniciativa, tendo como premissa o pensamento de Washington Peluso Albino de Souza, tem-se que: “sendo que o

resultados alcançados por ele enquanto tal, passam a representar a melhor referência na aplicação das alternativas possíveis do direito concorrencial, elemento que representa o referencial valorativo do sistema para determinar a presença do Estado quando a concorrência perdeu sua função elementar<sup>746</sup>.

Ainda no âmbito da concepção de um direito do consumidor compensatório do mercado, há que se fazer referência à possibilidade do fomento do que pode ser qualificado como um contrapoder ao cargo dos consumidores capaz de obter um reconhecimento institucional legitimador de as ações dessa natureza<sup>747</sup>.

Essa prática pode ser concretizada de diversas formas, identificável pela criação espontânea de um boicote contra os sujeitos ofertantes que não contará com a mesma organização e eficácia institucional das associações de defesa do consumidor, outra alternativa que, muitas vezes<sup>748</sup>, estão legitimadas juridicamente para figurar no pólo ativo de ações que tenham por objetivo a proteção do consumidor em juízo.

Não se pode desconsiderar que o modelo adotado para a atuação das associações de consumidores se orienta pelo mesmo espírito das organizações sindicais<sup>749</sup>, que, embora tenham uma atuação mais ampla, muitas vezes criam

---

intervencionismo neoliberal não se opõe à liberdade contratual nem à livre concorrência, apenas visa evitar a que for desleal e a proteger o consumidor, enquanto que o dirigismo, opondo-se à liberdade contratual, submete-se às exigências da planificação econômica, imperativa ou indicativa.”

<sup>746</sup> Segundo REICH, op. cit., p. 199: “Los criterios de intervención suministrados por el derecho de la competencia, que hacen posible el ejercicio del citado control(GWB, §22), deben ser valorados, según esto, desde la perspectiva del consumidor, dejando de lado el interés del competidor. Así, por ejemplo, la noción de mercado relevante(concepto de mercado para la satisfacción de necesidades del consumo), la estructura de mercado y el propio concepto de los abusos que hay que combatir.”

<sup>747</sup> Nesse sentido, AVERITT; LANDE, Consumer..., p. 46 explicam que: “Consumer protection law ensures that buyers are protected from coercion, deception, and other influences that are difficult to evade or to guard against , but it does not protect buyers from the milder, knowable influences of things like “image” advertising, which they could set aside if they desired.”....” that, in turn, will tend to produce an environment offering the lowest prices, the best product quakity and variety, the highest degree of consumer surplus, optimal levels of innovation, and all the others benefits of a competitive economy.”

<sup>748</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078 de 11-9-1990) ao dispor sobre a defesa do consumidor em juízo de forma coletiva(art.81, parágrafo único) expressamente refere que: “ art.82. Para fins do art.81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:...IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

<sup>749</sup> REICH, Mercado..., p. 205.

zonas de intersecção com a natureza daquelas, atuando na defesa dos trabalhadores, enquanto esses atuam como consumidores<sup>750</sup>.

## 2.2) A proteção do mercado a partir do consumidor. O caso da fusão de empresas

A concretização da tutela do mercado instituída a partir da postura do consumidor diante da atuação dos agentes ofertantes encontra naturalmente na maximização do bem-estar daqueles um referencial fundamental para a atuação do Estado no desempenho da sua função reguladora<sup>751</sup>, pois como já visto supra, isso representa um elemento fundamental da materialização da economia de mercado e da justiça social por encampar tanto o sentido de eficiência econômica quanto a garantia da liberdade de escolha, não desconsiderando o necessário equilíbrio entre um e outro<sup>752</sup>.

Para perceber de uma forma mais precisa essa relação, vale contextualizá-la no plano da fusão de empresas, que revela um elemento paradoxal, já que pode ser extremamente benéfica para o consumidor, por permitir a formação de economias de

---

<sup>750</sup> Um exemplo disso é a Lei nº10.820/2003 que, objetivando a baixa de juros nos empréstimos bancários, dispôs sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, inserindo as organizações sindicais nas relações entre correntistas/trabalhadores e bancos. "Art. 4º. A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária, sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento. § 2º Poderão as entidades e centrais sindicais, sem ônus para os empregados, firmar, com instituições consignatárias, acordo que defina condições gerais e demais critérios a serem observados nos empréstimos, financiamentos ou arrendamentos que venham a ser realizados com seus representados.

<sup>751</sup> Como observa BORK, Richard H. **The antitrust paradox**. 2. ed. New York: The Free, 1993, p. 51): "The antitrust laws, as they now stand, have only one legitimate goal, and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics (i) The only legitimate goal of American antitrust laws is the maximalization of consumer welfare."

<sup>752</sup> BULGARELLI, **Questões...**, p. 15 ao comentar a relação entre a tutela da concorrência e a do consumidor observa que: "Tanto que, ao levar a efeito meu curso de Pós-Graduação, na Faculdade de Direito da USP, sobre a responsabilidade da empresa, tornou-se inegável que a sua contrapartida encontrava-se na proteção do consumidor. Mesmo através de intermediários, a cadeia de distribuição acabava sempre na relação final, aí encontrando o consumidor, chamado por Tullio Ascarelli de *sujeito indiferenciado* e tomado por ele como o sujeito maior, alvo da teoria da concorrência."

escala, as quais reduzem custos de produção, e ao mesmo tempo produz efeitos deletérios<sup>753</sup>, quando reduz ou mesmo elimina as opções no mercado.

Como decorrência do cenário empresarial contemporâneo delineado dentro do chamado fenômeno da globalização<sup>754</sup>, surgiu a possibilidade da empresa, que tinha um mercado relativamente protegido, na medida que o seu crescimento era previsível, deparar-se com concorrentes de uma maior envergadura ou tamanho, capazes de ameaçar sua posição ou existência, como decorrência de uma maior pressão competitiva<sup>755</sup>.

Este processo requer, muitas vezes, uma reorganização estrutural da empresa, através de fusões e aquisições, que antecipa o surgimento de um novo ambiente competitivo e permite o pleno aproveitamento decorrente de uma melhor eficiência face à economia de escala, numa relação direta de causa e efeito.

O chamado fenômeno concentracionista<sup>756757</sup>, materializado nestas fusões e aquisições, não é novo<sup>758</sup>, tendo suas raízes na constante revolução tecnológica que atingiu, inicialmente, a Europa para depois alcançar, pela ordem, os Estados Unidos e o Japão, com o objetivo de agregar capital e conhecimento para fazer frente às exigências de produção e produtividade inerentes à evolução do capitalismo.

<sup>753</sup> CARPENA, **O consumidor...**, p. 251.

<sup>754</sup> Que se caracteriza pela intensificação das transações de mercadorias, serviços e informação que reduz a importância das fronteiras políticas entre países, retirando a sua significação econômica e gerando, de uma certa forma, uma justaposição de realidades, de experiências, materializada no encontro dos valores culturais envolvidos. (FABRIS, **Concentrações...**)

<sup>755</sup> “A sofisticação e complexidade de produtos e serviços, somada ao grande crescimento do mercado, cada vez mais globalizado, aponta ao contrário, para a valorização da grande empresa ou dos grandes conglomerados.” “ Não se sabe qual é o tamanho ideal das empresas. Dessa forma, constata-se que a questão da concentração empresarial é um ponto delicado, no qual se manifesta a possibilidade de conflito entre os interesses dos concorrentes, do mercado e dos consumidores.” (CARPENA, op. cit., p. 4).

<sup>756</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 19.

<sup>757</sup> Conforme PAIS, Sofia Oliveria. **O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 15, “uma definição de concentração de empresas unidimensional afigurara-se-nos como uma tarefa difícil face à multiplicidade de formas com que o fenômeno pode revestir e a variedade de técnicas jurídicas a que pode recorrer.”

<sup>758</sup> Segundo BULGARELLI, op. cit., p. 20, “[...] o movimento concentracionista moderno tem sua origem perfeitamente identificada na Revolução Industrial não obstante tivesse permanecido como que obscurecido pelos progressos técnicos que a revolução trouxe. É a partir, portanto, da segunda metade do século passado que o movimento se instaura com vigor...”.

A identificação dos atos de concentração pressupõe a percepção dos contornos ou das diversas formas e técnicas jurídicas<sup>759</sup> através das quais o fenômeno jurídico se materializa.

Para tanto, podemos balizá-lo por premissas econômicas ou jurídicas. Utilizando premissas econômicas, identifica-se a concentração como horizontal quando se opera entre empresas de um mesmo nível na cadeia produtiva de determinada atividade econômica; vertical, quando se opera entre empresas de níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva e conglomerada, aquela que se opera entre empresas de diferentes setores da atividade econômica.

Considerando premissas jurídicas, as concentrações poderiam ser identificadas pela perda, ou não, da personalidade jurídica<sup>760</sup> das partes envolvidas. Neste caso, a classificação estaria vinculada ao modelo de estruturação societária determinada por aquelas, onde a hipótese de perda da personalidade pode ser identificada no caso de fusões, ficando, nas demais situações, garantida a manutenção da personalidade das empresas envolvidas.

No estudo dos efeitos gerados pelos atos de concentração, a questão central vincula-se à análise do exercício do aumento do poder inerente ao movimento societário agregador de forças e os potenciais efeitos gerados sobre determinado mercado de atuação<sup>761</sup>. Este poder poderá, na medida que limita aos consumidores a sua liberdade de escolha de produtos ou serviços, representar uma afronta aos princípios do Direito Concorrencial e, indiretamente, aos interesses do consumidor.

Com isso, a perspectiva de efeitos negativos sobre o mercado pode ser considerado como elemento de conexão para a aplicação do direito da concorrência<sup>762</sup>, na medida que gerar um prejuízo potencial no mercado.

---

<sup>759</sup> PAIS, op. cit., p. 15.

<sup>760</sup> Ibidem.

<sup>761</sup> FABRIS, **Concentrações...**, p. 18.

<sup>762</sup> HECKE, Georges Van O efeito sobre o mercado como elemento de conexão do direito da concorrência In: CASELLA, Paulo de Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 1996, p. 363-371.

### 2.2.1) A demanda como premissa necessária para o controle das concentrações empresariais

Importante repisar a idéia de que, não obstante a estreita vinculação entre o direito da concorrência e o direito do consumidor, a lógica estrutural de ambos é diferente, onde o primeiro visa o coletivo, considerando o consumidor como destinatário final do mercado<sup>763</sup> e o segundo visa o particular, tendo o consumidor como sujeito passivo.

A questão central passa a ser de que forma se comporta o mercado, ponto de encontro entre ofertantes e consumidores, diante das alternativas de substituição de um determinado produto por outro face a qualquer motivo criador de tal situação (aumento de preço, escassez e etc.).

As teorias baseadas no conceito de substituição tratam de considerar uma conexão concorrencial entre uns produtos diante de outros feita a partir do sentimento dos consumidores, movidos por fatores como, entre outros, preço, características do produto ou serviço e etc.<sup>764</sup>, sendo os hábitos dos consumidores referencial importante a ser considerado na perfeita delimitação do mercado relevante objeto da profilaxia no plano concorrencial diante das distorções passíveis de ser constadas.

### 2.2.2) A concretização do controle da concorrência a partir da demanda. Os casos da água mineral

Na análise da concretização do controle das concentrações, partindo da demanda, podemos verificar construção das soluções aplicadas considerando os hábitos do consumidores em mercados das mais diversas naturezas.

---

<sup>763</sup> ver nota 605.

<sup>764</sup> FABRIS, op. cit., p. 64 et seq.

### 2.2.2.1) O caso Nestlé-Perrier

O caso Nestlé-Perrier( IV/M 190<sup>765</sup>) é referencial em função da sua condição de pioneiro na aplicação do Regulamento nº4.064/89 que trata das concentrações em nível comunitário europeu.

O ato de concentração decorreu do movimento societário em que um grupo liderado pela Nestlé, a saber uma das maiores empresas de alimentos do mundo e, especificamente, detentora de uma participação no mercado francês de água mineral, pretendia adquirir o controle da Perrier S/A, sua concorrente naquele mercado.

Objetivando evitar a imposição de qualquer limitação a este negócio por parte da Comissão<sup>766</sup>, a Nestlé firmou um acordo com a BSN, naquele momento o maior grupo francês no setor de alimentos e também detentor de uma participação no mercado francês de água mineral, onde estabeleceram que a Nestlé, tendo adquirido a Perrier, venderia para a BSN uma parte da empresa adquirida, especificamente a marca Volvic<sup>767</sup>.

A participações naquele mercado de águas das empresas referenciadas, antes da apreciação da concentração, eram as seguintes: Nestlé 14%(marcas:Vittel e Hepar), BSN 21%(marcas:Evian e Badoic) e Perrier 41%(Eau de Vergése, Volvic, Contrexeville, Vichy, Saint-Yorre e Celestin).

O desenvolvimento do processo junto à Comissão se iniciou com a notificação em 25/03/1992, tendo a decisão sido proferida pela Comissão em 22/07/1992.

---

<sup>765</sup> disponível no site [www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by\\_cy](http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_cy).

<sup>766</sup> MORAIS, Luís de. La politique communautaire de controle des concentrations et la dominance oligopolistique: le cas Nestlé-Perrier. **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal**, Lisboa, n. 75/76, p. 11-56, data, p. 30.

<sup>767</sup> MORAIS, Lepolitique....

No tocante ao mercado de produtos em referência, a posição da Nestlé era de que se tratava do mercado de bebidas refrescantes sem álcool, inclusive água, centrando-se no argumento de que todas servem para matar a sede do consumidor.

Com tal enfoque, a Nestlé pretendia diminuir a sua participação relativa no mercado através da inclusão, na análise deste, de produtos como refrigerantes e chás, que possuem vendas significativas em qualquer mercado.

A Comissão não acolheu tais argumentos, declarando que somente as águas engarrafadas provenientes de uma fonte natural deveriam constituir o mercado relevante do produto.

Esta conclusão foi construída a partir da análise do comportamento do consumidor frente aos líquidos que ingere no seu cotidiano. Constatou-se que os consumidores compravam água mineral pela imagem (pureza, propriedades, saúde) devido a sua característica natural, enquanto que o refrigerante não tem esta demanda "saúde". Além disso, a água responde a uma demanda fundamental e geral, refrigerantes satisfazem um prazer gustativo particular<sup>768</sup>.

Finalmente, a elasticidade preço da demanda apresentava três características: (a) refrigerantes custam de duas a três vezes mais que a água mineral; (b) o mercado francês de água mineral é intensivo em marketing e fidelização do consumidor por sua imagem e (c) nos últimos cinco anos, desde aquela data, o preço da água mineral aumentou e dos refrigerantes diminuiu e as participações no mercado não se modificaram demonstrando uma falta de elasticidade.

A comissão autorizou a aquisição, impondo as seguintes condições:

a) a necessidade do ingresso de um terceiro concorrente no mercado de águas capaz de rivalizar com as participantes que atuassem no mercado.

---

<sup>768</sup> Ibidem.

b) o ingresso se realizaria pela venda de marcas que a Nestlé detivesse no seu portfólio;

c) caso não houvesse o ingresso de um terceiro competidor, a Nestlé deveria gerir a Perrier de forma independente, nem modificando a estrutura organizacional sem o consentimento da Comissão;

d) a Volvic somente poderia ser vendida para a BSN quando do ingresso do terceiro concorrente, conforme supra referenciado;

e) o prazo determinado pela Comissão para a realização da venda referenciada em (b) não foi divulgado, faz a falta de cumprimento determinaria a revogação da decisão que autorizou a compra da Perrier pela Nestlé.

Cumprir observar que em 1993 a Castel adquiriu da Nestlé algumas marcas do seu portfólio, satisfazendo as condições estabelecidas pela Comissão.

#### 2.2.2.2) O caso AMBEV

O caso Ambev<sup>769</sup> representa um referencial importante no âmbito das decisões proferidas pelo CADE<sup>770</sup> a cerca do controle das fusões e aquisições com efeitos no mercado brasileiro na medida que envolvia a fusão das empresas Brahma

---

<sup>769</sup> BRASIL. Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº08012.005846/99-12 – Rel. Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Da fusão entre Antártica e Brahma resultaria a Ambev – Companhia de Bebidas das Américas(American Beverage Co.).

<sup>770</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica

e Antártica que eram detentoras de uma participação<sup>771</sup> relevante no mercado de cervejas.

A notificação ao CADE por parte das empresas que estavam se fusionando, na conformidade do art.54 da lei 8.884/94, seu deu em 02/07/1999, tendo o órgão proferido a sua decisão em 30/03/2000.

No tocante ao mercado de produtos em referência, as empresas notificantes indicaram o mercado de bebidas em geral como aquele que deveria se considerado na análise dos efeitos potenciais no negócio que se estruturava.

Para fundamentar tal posição, afirmavam que a distribuição representava o aspecto preponderante na análise em curso na medida que venda dos produtos era do tipo “casada”, ou seja, a operação com bebidas significava a oferta de um conjunto de produtos alcoólicos e não alcoólicos.

Não desconsiderando tal premissa, a posição da Ambev foi construída no sentido de não restringir ao mercado de cervejas a análise do órgão regulador, onde a sua participação de mercado seria por demais preponderante frente à concorrência, para alcançar, também, o mercado de bebidas sem álcool (refrigerantes, isotônicos, chás) onde o porte empresarial da Coca-Cola seria capaz de fazer frente ao da Ambev.

A posição da Relatoria teve como ponto de partida o comportamento do consumidor, ao estabelecer que “a análise do processo de fusão, em relação aos produtos objeto do negócio, demonstra que tais produtos têm características distintas e tais características vão refletindo de modo que, tanto as empresas fusionadas quanto qualquer outra participante do mesmo negócio de bebidas necessita de estratégias diferenciadas para, no final, atingir o consumidor, que também consome os diversos produtos do negócio de bebidas, de forma diferenciada.”

---

<sup>771</sup> Aproximadamente 76% (Brahma/Skol – 50%, Antártica – 26%), a outra concorrente com uma participação relevante era a Kaiser que detinha 15%.

Portanto, revela a relatora, “consumidor de refrigerante pode não ser o mesmo de cerveja, do mesmo modo que o consumidor do isotônico pode não ser o mesmo do refrigerante e o da cerveja, e assim, sucessivamente.”

Mais adiante, ratificando a posição aqui referenciada supra, afirmou que valia registrar que a definição clássica de mercado relevante direciona a análise para os critérios de preferência do consumidor e as evidências de substituíbilidade entre os produtos ofertados, prevalecendo, assim, a jurisprudência adotada pelo CADE.

Concretamente, considerou que do ponto de vista do consumidor, a operação envolveu os seguintes produtos: - cervejas, refrigerantes, águas, chás, isotônicos e sucos. São produtos diferentes e dão ao consumidor condições de opção de acordo com a sua preferência.

Em relação à substituíbilidade do produto, verificou-se que cada produto é percebido pelo consumidor de forma distinta em momentos específicos, possuindo públicos diferentes conforme o caso e o momento. Tem-se portanto, que a substituíbilidade entre os produtos é muito baixa e que conforme o público, é nenhuma, principalmente quando se trata da substituição entre bebida alcoólica e não alcoólica.

Neste campo, a definição do mercado relevante da operação classificou os produtos de um modo distinto, a saber: cervejas, refrigerantes, águas, chás, isotônicos e sucos.

No mercado de águas, que aqui interessa a fim de se fazer uma comparação com o caso anterior, a posição do CADE observou que as águas produzidas pelas empresas que se fundiam tinham duas classificações: (a) mineral, gaseificada ou não, e (b) mineralizada, gaseificada ou não. Levando-se em conta a metodologia adotada pelo CADE, no que concerne à percepção do consumidor e à substituíbilidade de produtos, verificou-se que não há diferença a ser considerada, pois o mercado relevante deste produto é o de águas engarrafadas, já que o consumidor não faz diferença entre um produto e outro, concluindo-se pela falta de necessidade do estabelecimento de medidas corretivas na medida que, pela

multiplicidade de ofertantes nesse mercado, não haveria restrição à escolha do consumidor.

O cotejo analítico entre o tratamento dado pela autoridades concorrenciais na fusão Nestlé/Perrier em relação ao caso AMBEV demonstra bem a multiplicidade de alternativas na conformação de dado mercado que surgem a partir do comportamento do consumidor diante de um mesmo produto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consideração do mercado como instituto jurídico no Direito Brasileiro, assim identificado a partir do disposto no *art.219* da Constituição Federal, materializou a relação umbilical existente entre o Estado e o mercado, passando esse a ser parte integrante do patrimônio daquele, o que terminou por aproximar o que por muito tempo foi considerada como uma relação de coexistência difícil ou quase incompatível.

Tendo o Estado, com um papel renovado na regulação da atividade econômica a partir da Constituição de 1988, abandonado a sua condição de agente, titular de iniciativa econômica, para assumir o papel de fiscalizador e incentivador da atividade econômica, restou aos entes privados a quase exclusividade na iniciativa de concretizar a produção e a circulação de bens ou serviços.

Essa condição de fiscalizador e incentivador da atividade econômica que passou a ser desempenhada pelo Estado passou a ressaltar uma postura de valorização da pessoa humana enquanto elemento fundamental na circulação de riquezas, migrando de uma concepção assistencialista de Estado para uma postura no sentido de maximizar as oportunidades de que usufruem todos os membros da sociedade como meio de alcançar o desenvolvimento econômico e social.

Essa mudança de paradigma é extremamente relevante na concretização da noção jurídica de mercado representa impingir à pessoa humana uma condição de elemento fundamental no círculo virtuoso do crescimento das trocas e não tão somente alguém que precisa de proteção.

A criação de um ambiente, num contexto jurídico, de maximização de oportunidades nasce e se desenvolve no âmbito das relações contratuais ou, mais precisamente, das diversas relações contratuais que compõe dado mercado de bens ou de serviços.

A livre iniciativa passa a ter um papel fundamental na implementação do sistema econômico chamado “economia de mercado”, pois a livre apropriação dos fatores de produção pelos entes privado representa o elemento preponderante na busca pelo indivíduo da satisfação das suas necessidades materiais.

Essa condição de elemento preponderante não pode ser confundida com a idéia de um Estado mínimo, no qual todo o desenvolvimento de oportunidades estaria impulsionado exclusivamente pela iniciativa privada.

A noção de coletividade, considerada inclusive como elemento formador do Estado, impõe a esse uma ativa atuação no âmbito das relações de natureza econômica a fim de concretizar a justiça social, noção essa que está integralmente ligada à própria finalidade que justifica a existência do Estado, em outras palavras, o bem comum.

A justiça social ou a consideração dos interesses da coletividade no âmbito das relações econômicas passa a representar um referencial limitador à livre iniciativa, pois a noção de acumulação que não deixa de ser natural para boa parcela da sociedade não pode inviabilizar a satisfação das necessidades ou a expectativa que o indivíduo tem quando procura outro com tal intento.

Partindo dessa base conceitual, o contrato, entendido como instrumentos para a realização do intercâmbio que propiciará não só ao indivíduo a satisfação das suas necessidades mas também a concretização da opção constitucional pelo sistema de “economia de mercado”, tem a sua tutela ampliada em razão da sua funcionalização, que encontra bases filosóficas em sociedades marcadas pela relevância imputada ao indivíduo na implementação do sistema econômico escolhido pela sociedade.

No Direito Brasileiro, essa funcionalização dos contratos restou tipificada no Código Civil de 2002 (art.421) para servir como perfil modelador da autonomia privada e de seus efeitos, tanto intrinsecamente, pela representação que a satisfação das expectativas do indivíduo tem nas suas relações contratuais para o desenvolvimento do capitalismo de mercado; quanto extrinsecamente, pela representação que os efeitos que cada relação contratual tem para o equilíbrio das demais relações que se desenvolvem em dado mercado

Para ilustrar essas representações, a análise da formação e do desenvolvimento das chamadas “redes contratuais” demonstra a relevância que a funcionalização dos contratos tem na formação do mercado, transbordando da constatação, ou não, da mera satisfação pessoal das relações dessa natureza para a imbricação lógica que têm na construção de uma “economia de mercado”.

O caso das Petroquímicas, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ilustra bem as implicações que os contratos têm na viabilização do mercado (petroquímico), que por sua natureza revelou a necessidade da formação de uma “rede de contratos” que no caso comentado, pela sua relevância econômica, os efeitos dela nos demais participantes do mercado e, indiretamente, os prejuízos causados aos consumidores, levou à apreciação do órgão de defesa da concorrência.

A funcionalização dos contratos e, concretamente, os seus reflexos sobre a oferta e a demanda na formação do preço dos bens e serviços, elemento referencial do sistema econômico por nós adotado, implicou na necessária reunião dos sistemas jurídicos de controle das relações havidas tanto no âmbito da oferta quanto da demanda no que se pode qualificar como Direito do Mercado.

Na conformação e na interpretação dos dispositivos legais que regulam o mercado (oferta e demanda), um referencial revela-se essencial nesse duplo intento, qual seja, a relação direta entre a economia de mercado e a materialização da justiça social.

Tal relação parte de uma premissa básica que a necessidade da existência da mais ampla faixa de ofertantes e da mais ampla faixa de demandantes, respeitadas a natureza e características de cada mercado, para que se implemente da forma mais perfeita o sistema da “economia de mercado”, em outras palavras, quanto maior for a inclusão social, maior será o desenvolvimento econômico de dada sociedade pelo crescimento e aceleração das relações de troca.

Como a inclusão social, num sistema capitalista de mercado, decorre da inserção do indivíduo nas relações de troca, a sua concretização materializa a justiça social e representa tarefa, como já referido antes, inerente à própria finalidade do Estado.

O Estado passa então a ter um papel de agente regulador das relações de troca, tanto no âmbito da oferta quanto da demanda, mais precisamente, tanto no âmbito da concorrência quanto no do consumo, conformando o mercado de acordo com as exigências da livre iniciativa e da justiça social.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A.. **Social justice in the liberal state**. New Haven and London, Yale University, 1980.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale**, Milano, v. 79 N.7/12, p.205-229, lugl./dic. 1981.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.  
ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Cícero. A couraça do Leviatã. **Revista República**, set. 2000.

ARISTÓTELES. **A ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro 2002.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. **Loyola Consumer Law Review**, New Orleans, v. 10, n. 1, p. 44–63, data 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 114-120, abr.1998.

AZZARITI, Gaetano. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 1999.

BANCO MUNDIAL. **Equity and development**. Disponível em: <http://www.sitesources.worldbank.org>> Acesso em: 23 set. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Fórum Administrativo**, São Paulo, n. 6, p. 711-733, ago. 2001.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 28, p. 109-146, 2003.

BELAMY, Christopher; CHILD, Graham. **Derecho de la competencia em el Mercado Comum**. Madrid: Civitas, 1992.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.) **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. Traducción A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BOBBIO Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna**: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. São Paulo: Campus, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORK, Richard H. **The antitrust paradox**. 2. ed. New York: The Free, 1993.

BOYER, Robert. State and Market. a new engagement for the twenty-first century? In: STATES against markets: the limits of globalization. London: Routledge, 1996. p.84 - 114.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. São Paulo: Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. **Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.19, p. 83- 129, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder A organização constitucional da função planejadora. In: DESENVOLVIMENTO econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Fabris, 1995.

COOTER R. et al. **Il mercato delle regole**. Bologna: Il Mulino, 1999.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional econômico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

DANTAS, Sant Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DROMI, Roberto. **Competência y monopólio**. Buenos Aires: [s.n.], 1999.

DUTRA, Pedro. **A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 2.

\_\_\_\_\_. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do Art. 54, da Lei nº8.884/94. In: BASTOS, Aurélio Wander (Org.) **Estudos introdutórios de direito econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

ELIA, Leopoldo. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 1999.

FABRIS, Fernando Smith. **Concentrações empresariais e o mercado relevante**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Ângelo Estrella. **Mercosul: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção**, Brasília: Mre/Sgie/Nat, 1993.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FARINA, Elizabeth. Globalização e concentração econômica. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 3, n. 6, P. 60-68, jun. 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 18, jan./mar. 1997.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: O NOVO Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRI, Giovanni B. La cultura del contratto e le strutture del mercato. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, Milano, p. 843-870, nov./dic. 1997.

FILIPPONIO, Angiola. Struttura, funzione, scopo nel diritto. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, v. 75, p. 12-45, gen./mar. 1998.

FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[FRANK, L Fine. \*\*Mergers and joint ventures in Europe: the law and policy of the EEC\*\*. 2.ed. \*\*Kluwer Law\*\*](#)

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Free, 1992.

GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2005.

GALVES, Carlos. **Manual de economia política atual**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

GIDDENS, Anthony. A terceira via em cinco dimensões. Tradução José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 fev. 1999.

GOLDBERG, Daniel K.. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 23, jan./mar. 2004.

GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine; VOGEL, Lois. **Droit commercial européen**. 5<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 1994.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: DESENVOLVIMENTO econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Fabris, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, n. 8, p. 51-77, abr./jul. 2000.

\_\_\_\_\_. **O estado, a empresa, o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GYSELEN, Luc. Le Règlement du Conseil des Communautés Européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. **RTD com.**, n. 45, jan./mar. 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo, Visão, 1985.

HECKE, Georges Van O efeito sobre o mercado como elemento de conexão do direito da concorrência In: CASELLA, Paulo de Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 1996.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Traducción Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 45, p. 142, 1983.

IRTI, Natalino. Diritto e mercato. In: IL DIBATTITO sull'ordine giuridico del mercato. Roma: Laterza, 1999.

\_\_\_\_\_. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2001.

IZORCHE, Marie-Laure. Les fondamentes de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**, Paris, v. 51, n. 1, p17-51, jan./mar. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998.  
KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LANDE, Robert. Una teoría de la soberanía del consumidor: la combinación de la ley antimonopolio y la de protección al consumidor. In: POLÍTICAS de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina. [s.l.]: Indecopi, 1998. p. 43-47.

LEITE, Flamarion Tavares. **Conceito de direito em Kant**. São Paulo: Ícone, 1996.

LEYSSAC, Claude Lucas de; PARLEANI, Gilbert. **Droit du marche**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p.79-87, abr./jul. 2000.

\_\_\_\_\_. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 8, p. 137-170, out./dez 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts southern. **California Law Review**, v. 47, n. 688, 1974.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 753, p.24-48, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: DIRETRIZES teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**, v. 1, n. 11, p. 41-66, maio 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v 21, p. 101-112, 2002.

MILL, John Stuart. **Bentham(1838)**. Traducción Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 1993

\_\_\_\_\_. **A liberdade**: utilitarismo. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Luís de. La politique communautaire de controle des concentrations et la dominance oligopolistique: le cas Nestlé-Perrier. **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal**, Lisboa, n. 75/76, p. 11-56, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Re institucionalização da ordem econômica no processo de globalização. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 87-95, jan./mar. 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSDEO, Fabio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e investimento estrangeiro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2000.

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

PAIS, Sofia Oliveria. **O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência**. Coimbra: Almedina, 1996.

PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional law and economics: the search for value-neutral principles of lawmaking. **Chicago-Kent Law Review**, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441941>>

PAÚL, Jorge Fernando Castro Patrício. **Concorrência desleal**. Coimbra: Coimbra, 1965.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 17: Parte especial.

POSNER, Richard A. The law and economics movement. **Law and Economics**, Volume I, Theoretical and Methodological Foundations, An Elgar Reference Collection, Lyme, US.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

RAPHAEL, D.D. Utilitarismo e giustizia. **Rivista Internazionale di Filosofia de Diritto**, Milano, p. 875-886, ott./dic. 1977.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Bastos, 1997.

REALE, Miguel. Abuso de poder econômico e garantias individuais. In: **QUESTÕES de direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio econômico do contrato e a onerosidade excessiva. In: **QUESTÕES de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

REICH, Norbert. **Mercado y derecho**. Barcelona: Ariel, 1985.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Coimbra: Almedina, 2003.  
ROE, Mark J. Chaos and evolution in law and economics. **Harvard Law Review**, v. 109, n. 3, p., jan. 1996.

ROPPO, Enzo. **Il contratto**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 1, p. 15-44, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 823, p. 67-86, maio 2004.

\_\_\_\_\_. **O novo direito societário**. 2. ed. São paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La transición postmoderna: derecho y política. **DOXA**, Madrid, n. 6, p. 223-264, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHAPIRA, Jean. **Direito comunitário das actividades económicas**. Lisboa: Rés.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

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

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**, II-II, q.60, a. 3.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 101, p. 9-21, mar. 2006.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

\_\_\_\_\_. **Economie et société**. Paris: Librairie Plon, 1971. v. 1.

\_\_\_\_\_. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WEINGARTEN, Célia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 33, p.33-46, jan./mar. 2000.