

(10 a 12 setembro 2019, Joinville, Santa Catarina, Brasil)

Livre iniciativa privada e direito da concorrência: um olhar Luso-Brasileiro

Free private initiative and antitrust law: a Luso-Brazilian look

Ruben Bahamonde*

Resumo: O presente trabalho realiza uma análise crítica e comparativa da iniciativa privada enquanto elemento estruturante na constituição portuguesa e brasileira para a conformação de uma economia social e de mercado. Num segundo memento, estudar-se-á a relevância da tutela da livre concorrência nos textos constitucionais para a manutenção de um mercado aberto, e a sua fricção com a liberdade de iniciativa privada. Por fim, concluiremos o estudo analisando as diversas limitações da iniciativa privada determinadas pelo direito da concorrência para a manutenção do mercado, salientando e analisando criticamente as diferentes abordagens do ordenamento jurídico luso e brasileiro.

Abstract: The present paper undertakes a comparative and critical analysis of private initiative as a land mark, stablishing a social and market economy, in the Portuguese and the Brazilian constitutions. Secondly, we will focus on the relevance of antitrust concerns at constitutional level in order to keep the market open and how this concern can, in practice imply private initiative limitations. Finally, our study will end up analysing different private initiative limitations set by antitrust law and conceived to keep the market open, pointing out the most relevant differences between the Portuguese and Brazilian legal system.

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de A Corunha, Espanha; Professor Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Portugal; Adjunto do Diretor do Departamento de Direito da UAL; Diretor do Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas (Ratio Legis), Lisboa, Portugal; Diretor da Revista Galileu de Direito e Economia; Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior das Ciências do Trabalho e da Empresa – Instituto Universitário de Lisboa, (ISCTE-IUL), Docente em diversos cursos de pós-graduação e mestrado na UAL, no ISCTE-IUL, na Autónoma Academy e na Universidade Internacional de la Rioja (UNIR), Espanha árbitro e advogado. rbahamonde@autonoma.pt

Palavras-Chave: Constituição, liberdade de iniciativa privada, livre concorrência.

Key-Words: Constitution, private initiative, antitrust.

I. Introdução.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra inequivocamente uma economia de mercado alicerçada em três pilares fundamentais: o direito de propriedade privada (62º CRP), a liberdade de iniciativa privada, cooperativa e autogestionária (61º CRP) e a livre concorrência (81. f. CRP)¹. Por sua vez, e em moldes muito semelhantes a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), logo no inciso IV do artigo 1º consagra a livre iniciativa sendo esta posteriormente complementada na sua densificação pelo artigo 170º (CRFB) do primeiro capítulo relativo à ordem económica e financeira, estabelecendo os princípios gerais da atividade económica, entre eles, o direito de propriedade privada (inciso II), a livre concorrência (inciso IV) e a liberdade de iniciativa privada (parágrafo único)². Assim, resulta claro que quer a Carta Magna portuguesa quer a brasileira consagraram expressamente uma economia social e de mercado baseada na propriedade privada, a liberdade de iniciativa privada e na livre concorrência, que será atemperada por preocupações de ordem social e de interesse geral.

Com o presente trabalho pretende-se realizar um estudo comparado da conceitualização constitucional da liberdade de iniciativa privada como elemento essencial estruturante da economia de mercado luso-brasileira traçando os limites a esta liberdade decorrentes da tutela de uma livre e efetiva concorrência. Neste desiderato, comprovar-se-á o relevante papel da figura do Estado regulador como meio mais adequado para garantir um justo equilíbrio entre ambas liberdades, permitindo a mitigação da liberdade de iniciativa privada sob a égide da livre concorrência, mas sem por isso cercear a plenitude da liberdade de iniciativa privada³.

II. A constituição económica luso-brasileira.

¹ Portugal. Constituição de 1976.

² Brasil. Constituição de 1988.

³ Conforme refere MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, 6ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 56, a regulação traduz a diferença essencial entre uma economia livre de mercado e uma economia social de mercado ao afirmar que “*Nesta, o mercado não é um fim em si, é apenas um meio de racionalizar a decisão económica, mas o fim transcende-a, sendo social ou seja, requer um nível adequado de satisfação de necessidades básicas e coloca limites precisos às consequências inconvenientes da ordem privada da economia, ou seja, ao poder económico privado*”.

O estabelecimento e definição constitucional do modelo económico de mercado adotado pelos estados assume uma grande relevância não apenas como fim próprio, mas como meio para concretizar outros princípios, direitos e liberdades do Estado, da coletividade e do indivíduo. Neste contexto, quer em Portugal quer no Brasil pode-se distinguir entre uma Constituição económica formal⁴, que compreende as normas que definem um quadro geral da atividade económica, e uma Constituição económica material, conformada pelo conjunto de princípios e normas constitucionais relativos à economia desde o ponto de vista da atividade desenvolvida pelos indivíduos, as pessoas coletivas ou o próprio Estado⁵.

O atual modelo de Constituição Económica consagra diversos direitos e liberdades impondo, ao mesmo tempo, aos agentes que intervêm no plano económico determinados limites⁶, mas permite uma ampla margem de atuação do legislador no que concerne, por exemplo, à definição e desenvolvimento do direito dos consumidores, dos ilícitos concorrenciais, etc., complementando assim o legislador por esta via a ordem constitucional económica para conformar, em sentido mais amplo, a ordem jurídico económica que nestes moldes melhor e mais prontamente se adaptará às realidades visadas⁷.

Assim, em termos gerais e seguindo a sistematização da CRP podemos identificar como conformadoras da Constituição Económica uma primeira parte destinada aos princípios⁸, uma segunda parte onde se consagram os direitos e deveres fundamentais, que por sua vez se podem subdividir, no que concerne à matéria

⁴ Neste sentido Vid., FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da Economia, AAFDL, Lisboa 2001, pp. 62 e 63. Sobre esta matéria, e desvalorizando a utilidade prática desta diferenciação, Vid. MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica, Boletim de Ciências Económicas. Suplemento ao Suplemento da Faculdade de Direito, Vol. XVIII, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975, pp. 106-110, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/25917>.

⁵ FRANCO, António L. Sousa, MARTINS, Guilherme D'Oliveira. A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo, Almedina, Coimbra, 1993, p. 94., consideram que sempre se poderá falar “da existência de uma Constituição implícita em todas as ordens jurídicas da economia, em coerência, quer com a realidade que determina o sistema, quer com o enquadramento da Constituição.

⁶ Com efeito, como se verá mais adiante, a liberdade de iniciativa privada não é um direito absoluto sofrendo diversas restrições justificadas por motivos de ordem social, direito do trabalho, direito do ambiente, para tutela de terceiros, como seria o caso da concorrência desleal, e por motivos de interesse público, como sucede com as limitações imposta pelo direito da concorrência. Vid. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 339 e 340.

⁷ Vid., SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico, 7ª Ed., Almedina, Coimbra/Lisboa, 2018, p. 38;

⁸ Artigo 2º CRP, relativo à democracia económica ou artigo 9º CRP relativo às tarefas fundamentais do Estado no que respeita à efetivação dos direitos económicos.

económica, em direitos liberdades e garantias dos trabalhadores⁹ e em direitos e deveres económicos¹⁰, uma terceira parte relativa à organização económica¹¹, uma quarta parte relativa à distribuição de competências para a definição da política económica pelos órgãos de soberania¹² e por último, os limites materiais de revisão constitucional quanto à organização económica¹³.

A sistematização da CRFB é sensivelmente diferente da prevista na CRP, encontrando-se consagradas as bases do sistema económico nos artigos 170º a 192º da CRFB e do papel do Estado em matéria económica¹⁴. Concretamente, o artigo 170º consagra os princípios basilares da ordem económica brasileira norteados pela prossecução da justiça social e baseados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa¹⁵. Neste preceito, faz-se especial referência, entre outros, aos princípios da propriedade privada, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do livre exercício de qualquer atividade económica. Nos artigos 172º a 181º consagra-se o papel do Estado no domínio económico, fazendo especial referência à disciplinação dos investimentos de capital estrangeiro e ao papel secundário do Estado na exploração direta da atividade económica o que, por sua vez, está intimamente relacionado com a consagração do Estado como agente normativo e regulador da atividade económica¹⁶. As matérias relativas à política urbana estão previstas nos artigos 182º e 183º. A definição da política agrícola, fundiária e a reforma agrária encontram-se definidas nos artigos 184º a 191º. Por fim, o artigo 192º versa sobre o sistema financeiro nacional. Conforme é referido pela doutrina, a Constituição Económica brasileira não se confina exclusivamente a este conjunto de preceitos constitucionais, pese embora constituam o seu eixo central, podendo encontrar-se muitos outros disseminados pela Carta Magna.¹⁷

⁹ Artigos 53º a 57º CRP onde se consagra a segurança no emprego, a liberdade sindical e o direito à greve entre outros.

¹⁰ Artigos 58º a 62º CRP, onde se insere o direito ao trabalho, a propriedade privada, a livre iniciativa e o direito dos consumidores.

¹¹ Artigos 80º a 107º CRP.

¹² Parte III da Constituição.

¹³ Artigo 288º CRP.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, Brasil, 2005, pp. 785 e ss.

¹⁵ Ibidem, p. 785. Adota-se a consideração destes princípios não apenas como “normas-síntese informadoras do sistema”, mas “no sentido de fundamentos da ordem económica”.

¹⁶ Vid. especificamente os artigos 172º, 173º e 174º da CRFB.

¹⁷ Vid. GRAU, Eros Roberto. A ordem económica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, 14ª Ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2010, pp. 86 e 176; BERCOVICI, Gilberto. Constituição económica e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 30-31. Com efeito, no inciso IV do artigo 1º consagra-se já o princípio da livre iniciativa, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII estabelece-se a garantia

Resulta assim que a Constituição Económica, quer em Portugal quer no Brasil, está fortemente norteadada pela tutela do interesse social ou justiça social, afastando-se amplamente de preocupações puramente económico-liberais, o que faz com que exista um complexo sistema de contrapesos no tocante ao exercício de direitos económicos por parte dos diversos operadores, incluído o Estado, e a tutela da referida justiça social em termos de direitos dos trabalhadores, dos consumidores, do próprio mercado etc.¹⁸ Neste contexto, quer a Carta Magna portuguesa quer a brasileira optaram por atribuir uma função ao Estado, eminentemente reguladora, limitando significativamente a sua intervenção direta na economia, em favor de um claro favorecimento da iniciativa económica privada, cooperativa e autogestionária¹⁹.

Chegados a este ponto, e tendo em atenção o propósito deste trabalho, dedicaremos de seguida a nossa análise ao princípio/direito²⁰ de livre iniciativa, abundando na sua densificação jurídica, para posteriormente e após a conceitualização do princípio/incumbência da livre concorrência, determinar o contexto em que ambos interatuam limitando-se ou complementando-se.

III. O direito de livre iniciativa privada.

a. Em Portugal.

O artigo 61º da CRP, versa sobre a iniciativa privada, cooperativa e autogestionária. No que diz respeito à iniciativa privada, o n.º 1 do mencionado preceito estabelece que “*a iniciativa privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*”, estando-se perante a consagração expressa de um direito económico e não apenas de um princípio de organização económica²¹. Esta realidade torna-se tanto mais evidente ao se verificar que

da propriedade e da função social da propriedade, no inciso XXXII estabelece-se a defesa do consumidor, o direito dos trabalhadores está previsto no artigo 7º, os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, encontram acolhimento no inciso IV artigo 58º, a repartição das receitas tributárias encontrámo-la nos artigos 157º a 162º etc.

¹⁸ Sobre as diversas funções das constituições económicas Vid. FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. A Constituição Económica p. 96.

¹⁹ Sobre Portugal Vid. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 515; sobre o Brasil Vid. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Económico, 7ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, Cap. 6.

²⁰ No ordenamento jurídico português existe uma consagração expressa da iniciativa privada como direito ao contrário do que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, onde esta se concebe formalmente como um princípio orientador da ordem económica constitucional.

²¹ Vid., SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico, 7ª Ed., Almedina, Coimbra/Lisboa, 2018, p. 51

este direito goza de igual proteção à dos direitos liberdades e garantias consagrados no Título II da CRP, sendo considerado como um direito fundamental de natureza análoga²² e beneficiando assim de um regime jurídico específico no tocante à sua restrição, exigindo-se que tais sejam concretizadas por lei e devam limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.²³

A liberdade de iniciativa privada consubstancia, de forma genérica, a prática de atos conducentes ao exercício ou ao próprio exercício de qualquer atividade de natureza económica por parte de pessoas privadas, singulares ou coletivas. Neste ponto, existirá uma clara diferenciação em relação a outras modalidades de iniciativa, como a cooperativa ou autogestionária²⁴, e a iniciativa pública, marcadas não apenas por um carater subjetivo, i.e., o titular da iniciativa, como também da delimitação subjetiva dessa iniciativa, que se concretiza por diversos moldes.

Com efeito, a existência de um setor privado, público e cooperativo constitui um rasgo caracterizador da economia mista constitucionalmente consagrada ao garantir-se a coexistência desses três setores, conforme prescreve o artigo 82º da CRP.²⁵ No que tange às cooperativas, o seu desenvolvimento infraconstitucional encontra-se no Código Cooperativo²⁶, onde são definidas, para o que ao caso importa, como pessoas coletivas autónomas de livre constituição que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p 374.

²³ Cfr. Artigos 17º e 18º da CRP. Vid. SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. Constituição da República Portuguesa Comentada, Lex, Lisboa 2000, pp. 167 e 168. Com mais pormenor MENDES, Evaristo Ferreira. Artigo 61º, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1183, considera que se está perante “*uma liberdade económico-produtiva fundamental, pertencente ao domínio dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e respetivas organizações, embora, (...) ela também corresponda a um princípio de organização económica*.”. Complementando esta posição refere MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito ... p. 151, esta foi uma das modificações assinaláveis da revisão constitucional de 82 deixando assim a iniciativa privada de ser encarado como “*mero princípio de organização económica*”.

²⁴ Por não existir grande interesse prático na análise desta figura, não se fará neste trabalho mais do que a presente referência, sem posterior desenvolvimento. Para maior tratamento da figura Vid. FRANCO, António L. Sousa. Noções de Direito da Economia, Vol. I, Ed. AAFDL, Lisboa, 1982-1983, pp. 232 – 236; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da ..., pp. 794 -797 e MENDES, Evaristo Ferreira. Artigo 61º, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição ... pp. 1235-1238.

²⁵ Conforme resulta do preceituado na alínea f) do artigo 288º CRP, mesmo eventuais revisões constitucionais terão de respeitar a coexistência do setor público, privado e cooperativo e social de propriedade dos meios de produção.

²⁶ Portugal, Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto que aprovou o Código Cooperativo e revogou a Lei n.º 51/96, de 7 de setembro.

Estas entidades beneficiam de um regime constitucional específico, estando o Estado incumbido da sua estimulação, definindo para elas benefícios fiscais e financeiros, assim como condições mais favoráveis para a obtenção de crédito²⁷. Por fim, conforme denota a doutrina, não resulta claro que seja extensível a esta figura a vedação de acesso aos setores básicos prevista no n.º 3 do artigo 86º da CRP²⁸.

Relativamente à iniciativa pública, e como resultado dos princípios fundamentais orientadores da organização económica, impõe-se constitucionalmente a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social dos meios de produção²⁹. Assim o setor público vem definido no n.º 2 do artigo 82º CRP, como sendo aquele constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou outras entidades públicas. Neste contexto, verifica-se uma atividade estadual, *lato senso*, económica, que não se circunscreve a incumbências políticas ou administrativas do Estado, i.e., estamos perante o Estado como agente económico³⁰. A iniciativa pública terá como âmbito de atuação preferencial aqueles setores básicos que sejam vedados às empresas privadas, mas a sua abrangência é mais ampla, podendo atuar como agente económico produzindo e/ou distribuindo bens ou prestando serviços em concorrência com os restantes operadores económicos.³¹

Uma vez gizadas as características diferenciadoras da iniciativa privada com as restantes iniciativas, cooperativa e pública, impõe-se abundar na concretização e delimitação das dimensões da iniciativa privada. Relativamente à primeira questão, a iniciativa privada é uma iniciativa económico-produtiva, produção e/ou distribuição de bens e fornecimento de serviços de caráter empresarial, quer seja exercida mediante uma pessoa coletiva ou de forma individual³².

²⁷ Artigo 85º CRP. Acresce ainda que não existe previsão constitucional para que o Estado possa intervir na gestão das cooperativas, como se verifica nas empresas privadas Cfr. N.º 2 do artigo 86 CRP.

²⁸ Neste sentido Vid. SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito ... p. 58; no mesmo sentido MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito ... pp. 157-158.

²⁹ Alínea b) do artigo 80º CRP.

³⁰ Vid., FERREIRA, Eduardo Paz. Direito ... p. 212.

³¹ Sobre as diversas formas jurídicas de concretização da iniciativa pública consultar SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito ... p. 121-203; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito ... pp. 305-436; FERREIRA, Eduardo Paz. Direito ... p. 211-291 e 355-391.

³² Vid., MENDES, Evaristo Ferreira. Artigo 61º, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição ... pp. 1182.

No que respeita á segunda questão, são tradicionalmente reconhecidas duas dimensões ou momentos claramente diferenciados em que se concretiza a iniciativa privada³³. Num primeiro momento, estaremos perante a liberdade de criação de uma empresa e de acesso à atividade económica pretendida pelo agente económico, i.e., a possibilidade eleger uma atividade e de organizar certos meios de produção para a prossecução de um determinado fim económico. Nesta dimensão, e conforme resulta da definição supra vertida, também se enquadra a liberdade de investimento.

Num segundo momento, existindo já uma empresa em sentido lato, ou seja, estando concretizada a iniciativa e como consequência desta, surge a *liberdade de empresa* propriamente dita que se pode deslindar na liberdade de organização, i.e., a liberdade de determinação da forma como a atividade vai ser concretizada incluindo neste ponto, por exemplo, a forma, a qualidade e o preço dos produtos ou serviços a produzir, e na liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo³⁴. Como resulta evidente, estas liberdades de gestão e negocial estarão sempre delimitadas pelas correspondentes normas que imponham a necessidade de determinada forma jurídica para o exercício de uma atividade. Também podem surgir constrangimentos da liberdade de contratar que possam resultar, por exemplo, do direito do trabalho ou das políticas de migração, entre outras. Ainda no âmbito da liberdade negocial, como se verá mais adiante, diversos tipos de acordos e comportamentos das empresas ou entre empresas, podem ser proibidos como consequência da aplicação das regras da concorrência.

Destarte, o direito de iniciativa privada não é absoluto e sofre diversas limitações constitucionais, sem que por isso perca a sua natureza de direito fundamental. Com efeito, o Tribunal Constitucional, num processo em que foi suscitada a inconstitucionalidade de uma norma que obrigava as empresas que concorressem e ganhassem concursos para prestação de serviços de limpeza, a assumir a contratação dos/as trabalhadores/as da empresa que iram substituir, estabeleceu que apesar da

³³ Vid. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito ...* pp. 151e FRANCO, António L. Sousa. *Noções de Direito ...* pp. 115-116.

³⁴ SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito ...* pp. 51-52. Relativamente à liberdade de empresa, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito ...* pp. 516-517, refere que “*este direito tem um carater eminentemente institucional, mesmo quando, porventura, se trata ainda de uma empresa constituída por uma soa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àqueles que a constituíram*”.

natureza de direito fundamental da iniciativa privada, não sendo um direito absoluto, pese embora também não possa ser reduzido o seu sentido útil, tal direito só pode ser exercido dentro dos quadros definidos pela Constituição e pela lei tendo em conta o interesse geral. Neste contexto, o Tribunal declarou que a norma em apreço não era inconstitucional com o seguinte fundamento:

*“Obrigar uma empresa - que ganhou em concurso o contrato de limpeza de certo local - a receber os trabalhadores que aí serviam, pertencentes a empresa que perdeu o concurso, mostra-se uma restrição a liberdade contratual necessária, adequada e proporcional a segurança do emprego dos trabalhadores e, por via indireta, a viabilidade económica das respetivas empresas, valores estes constitucionalmente protegidos”.*³⁵

b. No Brasil.

Conforme se viu supra, a livre iniciativa encontra-se consagrada na CRFB no inciso IV do artigo 1º e, mais à frente no texto constitucional, no parágrafo único do artigo 170º. No entanto, no âmbito brasileiro, não seria adequado fazer um enquadramento tão simplista na medida em que não se encontra uma menção principal e autónoma da livre iniciativa no texto constitucional, mas antes, esta aparece sempre adjetivada ou modulada por outros princípios. Com efeito, o inciso IV do artigo 1º, estabelece como princípio fundamental da República Federativa do Brasil os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*.

Por sua vez, o artigo 170º estabelece *uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Ou seja, conforme defendem alguns autores, a livre iniciativa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro alicerça-se numa livre iniciativa socialmente valiosa, e não como mera expressão de

³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional de 12.07.1990 proferido no âmbito do processo n.º 89-0102, em que foi Relator o Dr. Monteiro Dinis; No mesmo sentido e no que diz respeito à contratação dos trabalhadores das cantinas pronunciou-se o Tribunal Constitucional no Acórdão de 05.03.1998, no âmbito do processo n.º 93-0486, em que foi Relatora a Dra. Assunção Esteves. Um outro aresto em que o Tribunal Constitucional se pronunciou pela não inconstitucionalidade da norma que impedia que fossem agentes de seguros ou sócios de mediadores pessoas coletivas os trabalhadores de seguros em situação de reforma ou pré-reforma auferindo pensão complementar de reforma, teve como fundamento para permitir a limitação do direito fundamental de iniciativa privada *“a diretriz de assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, o que também constitui uma incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social”*, Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 30.01.1990 no âmbito do processo n.º 85.0248, em que foi Relator o Dr. Cardoso da Costa, todos eles disponíveis em www.dgsi.pt

individualidade³⁶. Nesta sequência, afirma-se que todos os princípios e regras conformadoras da ordem económica, entre eles a livre iniciativa privada, devem ser interpretados em função da justiça social³⁷. Ora este entendimento, que pode facilmente ser sufragado tendo em consideração quer a sistematização da Carta Magna Brasileira quer a positivação específica do seu conteúdo, sobretudo quando comparados com a CRP, evidencia alguma dificuldade na aplicabilidade prática dos preceitos em causa, como se verá de seguida.

Seguindo a sistemática seguida supra para o ordenamento português, verifica-se que, pese embora em distintos moldes, a CRFB também faz um tratamento exposto da iniciativa cooperativa e da iniciativa autogestionária (artigo 5º, XVII e no artigo 174º § §, 2, 3 e 4, e da iniciativa pública (173º e 177º). No que respeita à iniciativa cooperativa, por quanto para esta análise interessa, esta integra-se no capítulo I sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do título II relativo aos direitos e garantias fundamentais estabelecendo-se a liberdade de “*criação de associações e, na forma de lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento*”.³⁸

No que concerne à iniciativa pública, que necessariamente não inclui a prestação de serviços públicos, a CRFB limita formalmente a exploração direta da atividade económica pelo Estado apenas nos casos expressamente previstos na constituição, p. ex. o monopólio da União do artigo 177º, ou tendo em conta imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.³⁹ Veja-se que estas previsões normativas se inserem no âmbito dos princípios gerais e garantias da atividade económica contempladas no Título VII da Ordem Económica e Financeira.

³⁶ Vid. GRAU, Eros Roberto. A ordem económica ... 202 ao afirmar que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.”

³⁷ Vid. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional ... p. 789-790, asseverando o autor que “A constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem económica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos uma existência digna (...) Preordena alguns princípios da ordem económica (...) que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se”.

³⁸ Por sua vez, no artigo 174º § §, 2, 3 e 4, no âmbito dos princípios gerais e garantias da atividade económica contemplados no Título VII da Ordem Económica e Financeira, e dentro das incumbências do Estado como agente normativo e regulador da atividade económica, consagra-se a incumbência de apoio e incentivo das cooperativas atribuindo prerrogativas para estas, preferência em determinadas autorizações ou concessões, de que não beneficia a iniciativa privada.

³⁹ Cfr. Artigo 17º CRFB.

Note-se que não resulta totalmente claro, ao contrário do que acontece na CRP, que a CRFB tenha considerado o direito de iniciativa lato senso, privada, pública e cooperativa, de uma clara relevância estruturante do texto constitucional, pois estas matérias não se encontram especificamente tipificadas no domínio dos limites matérias para a sua reforma, i.e. não há uma previsão específica dentro da *cláusula pétrea*.⁴⁰ Isto não significa que tais materiais possam, eventualmente, considerar-se compreendidas dentro dos limites materiais de reforma, senão de forma explícita, de forma implícita⁴¹. Em todo o caso, tal circunstância constitui mais um argumento que permite diluir a autonomia da iniciativa privada enquanto princípio constitucional, em favor da sua subordinação imediata à justiça social⁴².

Com efeito, alguns doutrinadores apenas consideram legítima a iniciativa privada quando exercida “*no interesse da justiça social*”, entendendo por sua vez, o seu exercício ilegítimo “*quando exercida como objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário*”.⁴³ Com o devido respeito e salvo melhor opinião, não nos parece ter sido essa a intenção do texto constitucional, e se assim fosse, não se afiguraria necessário consagrar três tipos diferentes de iniciativa, i.e., a iniciativa pública, a iniciativa privada e a iniciativa cooperativa. A justiça social preconizada não se alcança, ao nosso entender, suprimindo os interesses particulares do indivíduo, obrigando-o a agir individualmente no interesse da sociedade no seu todo. Antes, a mencionada justiça social será melhor atingida proporcionado à sociedade diversas formas de iniciativa, movidas por diferentes motivações, públicas, privadas e cooperativas, e que contribuem,

⁴⁰ Com efeito, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

⁴¹ Para maior aprofundamento desta matéria, Vid. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 190-191 e SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, pp. 130-134 e SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional ... pp. 65-68, entre outros.

⁴² Neste sentido HORTA, Raul Machado, Constituição e Ordem Econômica e Financeira, Revista de Informação Legislativa, V. 28, n.º 111, jul./set. 1991, p. 15 disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175896>, afirma que na CRFB de 1988, “*Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou outro, exprime o clima de ambiguidade e de duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira*”.

⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional ... p. 794, na mesma linha de pensamento Vid. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica ... 202-210.

cada uma com as suas particularidades, à conformação de uma justiça social entendida como um todo⁴⁴.

Ou seja, a iniciativa pública, visando a satisfação dos interesses gerais, complementada pela iniciativa privada que procura o lucro individual e em conjunto com a iniciativa cooperativa que procura o benefício de uma coletividade específica, parece a melhor manifestação de pluralidade da democracia social para a obtenção de uma única justiça social. Certamente que qualquer uma das mencionadas iniciativas não se erige como categoria absoluta, devendo sofrer limitações proporcionadas, adequadas e equilibradas quando possam ofender outros princípios, direitos ou liberdades constitucionalmente tutelados.

No que concerne propriamente à densificação do princípio de iniciativa privada, esta compreende a liberdade de comércio e indústria que por um lado implica a faculdade de criar e explorar uma atividade económica a título privado, e por outro lado a garantia de que qualquer eventual ingerência do Estado nessa livre iniciativa deve revestir a forma de lei⁴⁵.

Chegados a este ponto, podemos concluir que no Brasil, a iniciativa privada não é encarada formalmente como um direito fundamental⁴⁶ e, pese embora seja um pilar essencial numa economia de mercado, esta será marcadamente social, ao ponto de esbater a autonomia e interesse privado em prol de uma justiça social, muito dependendo do intérprete da norma⁴⁷. Em todo caso, também resulta fácil encontrar decisões do Supremo Tribunal Federal em que o critério utilizado para delimitar negativamente a livre iniciativa privada é julgado inconstitucional, com o fundamento específico de que

⁴⁴ Sobre as diferenças entre as diversas iniciativas Vid. MENDES, Evaristo Ferreira. Artigo 61º, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição ... pp 1181-1182.

⁴⁵ Vid. GRAU, Eros Roberto. A ordem económica ... 206.

⁴⁶ Sem prejuízo do exposto, o STF de 24.08.2017, sendo Relator o Ministro Rosa Weber, ADI 4066/DF, estabeleceu que “A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. **O direito fundamental à liberdade de iniciativa** (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente”. (Sublinhado nosso).

⁴⁷ Para uma análise sintética da diversidade de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria da iniciativa privada Vid. NETO, Agenor de Souza Santos Sampaio. Notas sobre o Direito Constitucional da Ordem Económica: A imbricação do princípio da livre iniciativa com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Revista Jurídica da Universidade Estadual de Feira de Santana, V. I, n.º 1, 2016, pp. 1-19 e LANE, Pedro. STF: decisões político-ideológicas nos casos de Intervenção do Estado no domínio económico, São Paulo, 2006, disponível em <http://www.sbdp.org.br/student/pedro-lane/>

a intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores económicos apesar de consagrada pela Carta Magna:

*“deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem económica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988)”*⁴⁸.

IV. O Direito da concorrência.

Resulta pacífico afirmar quer num quer noutro lado do Atlântico, que a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência são os pilares em que assenta qualquer economia de mercado, e pese embora estes mercados possam ser mais ou menos orientados pela procura da justiça social, só existirão enquanto tal na medida em que seja garantido o núcleo mínimo de qualquer um dos direitos ou princípios mencionados.⁴⁹ No presente apartado caracterizaremos o regime jurídico da concorrência luso-brasileiro salientando as diferenças existentes entre ambos regimes, sabendo-se previamente, que são muitas as semelhanças.

A CRP, na alínea f) do artigo 81º relativo às incumbências prioritárias do Estado, prescreve que incumbe a este assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. As diversas alíneas do artigo 99º relativo aos objetivos da política comercial estabelecem a procura de uma concorrência salutar dos agentes mercantis, a racionalização dos circuitos de distribuição e o combate às práticas

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE 648622 AgR/DF AG.REG. no Recurso Extraordinário em que foi Relator o Ministro o Ministro Luiz Fux, de 20.11.2013. Neste processo o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), tinha fixado os preços da cana e do álcool carburante abaixo dos preços de produção, defendendo a legitimidade da sua atuação argumentando, entre outros, o facto de as correspondentes normas concederem-lhe grande margem de discricionariedade. O Tribunal, apesar de reconhecer o poder-dever de regulação económica por parte do Estado, salienta que esta intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios fundamentais da ordem económica, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república. Nessa sequência, a Corte *“firmou o entendimento no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva da União em face do ato estatal, que fixou os preços dos produtos sucro-alcooleiros em valores inferiores”*. Verificamos neste aresto que o princípio da livre iniciativa privada, no sentido mais individualista, se sobrepôs à justiça social ou interesse coletivo direto.

⁴⁹ SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito ... p. 48; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito ... pp. 232-234; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional ... p. 786 e GRAU, Eros Roberto. A ordem económica ... p. 191.

comerciais restritivas. Atualmente, a matéria concorrencial é positivada a nível infraconstitucional pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio⁵⁰.

Por sua vez, a CRFB, estabelece no inciso IV do artigo 170º a livre concorrência como um princípio geral da atividade económica, consagrando no artigo 173º que a lei reprimirá o abuso de poder económico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. O sistema brasileiro de defesa da concorrência está positivado através da Lei n.º 12.529 onde dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem económica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder económico⁵¹.

Antes de aprofundar o conteúdo material das normas de tutela da concorrência é importante esclarecer o que é a livre concorrência. Neste sentido, a livre concorrência é encarada no Brasil como contraponto do abuso de poder económico natural de qualquer mercado ou como um livre jogo das forças de mercado na procura de clientela mas respeitando diversos outros ditames constitucionais.⁵² Em Portugal existe uma abordagem influenciada pelo direito da União Europeia⁵³, que na versão que acolhemos, traduz a livre concorrência como a tutela da existência de pressão concorrencial entre os diversos agentes económicos para que do mercado, como estrutura, possam derivar os melhores resultados.

Para a tutela da livre concorrência, o ordenamento jurídico português estabelece principalmente três mecanismos, a proibição dos cartéis⁵⁴, a proibição do abuso de posição dominante e o controlo de concentrações de empresas⁵⁵. Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro, neste desiderato, considera uma infração à ordem económica, entre outros, os seguintes comportamentos, II - dominar mercado relevante

⁵⁰ PORTUGAL, Lei n.º 19/2012, de 8 de maio que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, (LC).

⁵¹ BRASIL, Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (LSBDC).

⁵² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional ... p. 795 e GRAU, Eros Roberto. A ordem económica ... p. 191.

⁵³ Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Em boa verdade, o ordenamento jurídico da concorrência brasileiro também é influenciado pelo MERCOSUL, neste sentido Vid. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Económico ..., Capítulo 4, apartado 2, A existência de um direito económico regional e CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. Defesa da Concorrência no Mercosul, São Paulo, Almedina, 2013, pp., 136 e 137.

⁵⁴ Utilizamos aqui o termo cartéis de forma lata, abrangendo nesta categoria os acordos, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas.

⁵⁵ Artigos 9º, 10º, 11º e 36º e ss., da Lei da Concorrência.

de bens ou serviços; IV - exercer de forma abusiva posição dominante. I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma⁵⁶. No artigo 88º estabelece-se também um sistema de controlo de concentrações económicas. Resulta destas previsões legais que existe uma dupla abordagem para a tutela da livre concorrência, uma *ex post*, em que a correspondente autoridade age como consequência da verificação de um ilícito concorrencial, e outra *ex ante*, sujeitando a realização de determinados comportamentos, concentrações económicas, a uma prévia autorização⁵⁷.

No âmbito da tutela da concorrência *ex post*, ambos os ordenamentos jurídicos proíbem qualquer acordo entre empresas, decisão de associação de empresas ou práticas concertadas que tenham por objeto ou efeito, impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência em todo ou em parte do mercado nacional⁵⁸. Em primeiro lugar é importante frisar que ambos os ordenamentos jurídicos sancionam os cartéis independentemente da verificação efetiva de danos resultantes no mercado, bastando para o efeito a constatação de que a conduta possa afetar a concorrência. Em segundo lugar, ambos os ordenamentos optaram por elencar nos diversos preceitos legais uma lista não taxativa dos comportamentos comumente proibidos, entre os quais se destacam, como mais graves, a fixação de preços, a repartição de mercados, a venda casada, e a limitação ou controlo da cadeia de produção e/ou distribuição ou do desenvolvimento da tecnologia⁵⁹.

Uma diferença relevante entre ambos os ordenamentos jurídicos resulta do facto da norma brasileira, ao contrário do que se verifica na norma portuguesa, não especificar os pressupostos que poderiam justificar um cartel aparentemente ilícito, quando do mesmo resultem mais benefícios do que prejuízos. Com efeito, o artigo 10º da LC isenta a proibição quando os acordos, decisões ou práticas em causa permitam, cumulativamente, melhorar a produção e a distribuição, confirmam vantagens aos

⁵⁶ Ibidem, artigo 36º e 38º respetivamente.

⁵⁷ Em Portugal, a autoridade competente para a tutela do regime da concorrência é a Autoridade da Concorrência, <http://www.concorrencia.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx>, e no Brasil, a autoridade competente é o Conselho Administrativo de Defesa Económica, <http://www.cade.gov.br/>.

⁵⁸ O conceito de empresa para efeitos *jus* concorrenciais é mais abrangente do que o conceito mercantilista, considerando-se empresa em Portugal qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (artigo 3º LC) e no Brasil quaisquer pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de facto ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (artigo 31º LSBDC).

⁵⁹ Artigo 9º LC e § 3º do artigo 36º LSBDC.

consumidores, sejam essenciais para a obtenção dos benefícios que se propõem e não permitam excluir outros concorrentes. Neste ponto, parece-nos que a clara tipificação da justificação destes comportamentos teria abonado para não “diabolizar” aparentemente os acordos ou coordenações entre empresas, clarificando que existe uma multitude de situações em que estes comportamentos podem ser pró-competitivos, gerando benefícios para o mercado considerado no seu todo, estrutura, agentes económicos, consumidores etc.

Ainda dentro da tutela *ex post*, também são proibidos os abusos de posição dominante onde se pretende que os comportamentos de empresas com grande expressão no mercado de referência, observem regras mais estritas no que tange aos seus comportamentos, pois a sua especial posição, pode prejudicar especialmente a livre concorrência. Aqui esteve mais acertado o legislador brasileiro, especificando a norma concorrencial que a mera detenção de uma posição dominante não constitui um ilícito⁶⁰. No entanto, afigura-se algo confusa a tipificação no inciso II da proibição de dominar mercado relevante de bens ou serviços e posteriormente, no inciso IV, sancionar o exercício de forma abusiva de uma posição dominante. Parecem ser dois comportamentos diferenciados, mas resulta complicado perceber como pode uma simples dominação do mercado, não abusiva, ser prejudicial. Em todo caso, a linha divisória entre uma e outra conduta parece-nos pouco clara no texto normativo, o que poderia ser evitável.

Por último, no que respeita ao controlo de concentrações económicas ou concentrações empresariais, verifica-se um controlo *ex ante*, sendo condição para a concretização destas operações a prévia autorização pelas correspondentes autoridades, i.e., a Autoridade da Concorrência e o Conselho Administrativo de Defesa Económica. De forma muito semelhante, ambos os ordenamentos sujeitam à necessidade de aprovação prévia as operações de concentrações que se insiram dentro de determinados requisitos quantitativos⁶¹. Grosso modo, a avaliação realizada destas concentrações para efeitos da sua aprovação em Portugal terá necessariamente que levar em linha de conta, a estrutura dos mercados, a posição das empresas envolvidas nesses mercados, a concorrência potencial, as possibilidades de escolha de clientes, fornecedores e

⁶⁰ Artigo 36º, § 1º “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente económico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito”.

⁶¹ Artigo 88º LSBDC e artigo 37º LC.

utilizadores, etc. No Brasil, foi feita uma abordagem mais semelhante à realizada pela norma portuguesa no que se refere à justificação dos cartéis, permitindo a autorização das concentrações desde que se verifique que as mesmas servem para aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou de serviços, proporcionem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e económico, sempre e quando sejam indispensáveis para produzir estas eficiências, e repassem aos consumidores parte relevante dos benefícios⁶².

Para a prevenção e tutela de todos os comportamentos dos agentes económicos descritos, o ordenamento jurídico Português e o Brasileiro tipificam diversas sanções quer a nível pessoal, dos representantes dos órgãos de gestão quer das próprias entidades envolvidas nos comportamentos. Neste ponto, parece-nos de louvar o posicionamento no ordenamento jurídico Brasileiro, de medidas mais severas para a sanção da infração da norma. Ambos os ordenamentos estabelecem coimas para os infratores, sanções compulsórias e um regime de medidas acessórias que passa pela publicação das decisões sancionatórias e pela inibição de participar em concursos públicos ou de obter licenças ou alvarás.⁶³ Contudo, além disso, no ordenamento jurídico Brasileiro, de forma muito acertada, no nosso entender, os ilícitos contra a ordem económica dispõem de tutela penal, através da Lei 8.137/90, prevendo-se no seu artigo 4º uma pena de prisão de 2 a 5 anos e ainda uma pena de multa⁶⁴.

Assim, constatamos que a positivação do regime da concorrência em Portugal e no Brasil resulta da sua consagração constitucional como pilar essencial para a existência de uma economia de mercado. Os ilícitos concorrenciais tipificados em ambos os ordenamentos jurídicos, são em grande medida semelhantes, atuando as

⁶² Conforme vimos supra, esta tipificação expressa seria muito desejável em sede de acordos entre empresas. Refira-se também que a redação da norma brasileira parece indicar que estas concentrações sendo proibidas quando permitam a eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, poderão ser permitidas se criarem eficiências e uma parte substancial destas forem repassadas aos consumidores. Já no ordenamento jurídico português, as quatro condições do artigo 10º LC são claramente cumulativas, o que impediria que um acordo fosse autorizado se eliminasse uma parte substancial da concorrência ou se as correspondentes restrições não fossem essenciais para o objetivo pretendido.

⁶³ Em Portugal pelo período de 2 anos, parágrafo b) do n.º 1 do artigo 71º LC e no Brasil pelo período mais razoável de 5 anos, inciso II, artigo 38º LSBDC. Acresce ainda que, no Brasil, o inciso IV do artigo 38º LSBDC estende aos administradores/representantes dos agentes que participaram no ilícito a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos.

⁶⁴ Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

correspondentes entidades reguladoras de forma preventiva e reativa⁶⁵. Apesar de a livre concorrência ter de se pautar por critérios de eficiência económica, este regime é completado com preocupações de ordem de justiça social, nomeadamente no que respeita aos consumidores e a estrutura do mercado enquanto interesse da generalidade. Por último, afigura-se-nos que as sanções, significativamente mais severas, previstas no ordenamento jurídico Brasileiro, nomeadamente de natureza penal, consubstanciam uma opção legislativa mais acertada para tutelar a livre concorrência, que como se viu, tem dignidade constitucional e responde à necessidade de garantir uma economia de mercado em interesse da coletividade e da justiça social.

V. Conclusões.

Chegados a este ponto, podemos concluir que quer em Portugal quer no Brasil existe uma constituição económica cujo núcleo central se encontra bem delimitado, mas que se complementa com outras normas da Carta Magna. Em ambos os ordenamentos jurídicos a propriedade privada, a iniciativa privada e a livre concorrência consubstanciam pilares essenciais para a existência de uma economia de mercado, no entanto, verifica-se, pela positiva, que em Portugal o direito de propriedade e o direito da livre iniciativa privada são equiparados a direitos fundamentais, com todas as suas garantias, enquanto no Brasil, ao estarem consagrados como princípios, a sua proteção não é tão clara, não sendo também pacífico na doutrina a sua inserção dentro da cláusula pétrea.

No que concerne à livre iniciativa privada, no ordenamento jurídico Português, resulta pacífico afirmar estar-se perante um direito fundamental de natureza análoga, de carácter individual, que pelas suas particularidades, no que concerne à procura do interesse pessoal/individual, deve ser limitado ou moldado tendo em consideração outras preocupações constitucionais que visam tutelar o interesse público ou outros interesses sociais. Já no Brasil, uma parte importante da doutrina e da jurisprudência do

⁶⁵ O artigo 36º LSBDC inclui nos seus incisos práticas individuais que em Portugal ficam fora do regime da concorrência, as quais, no entanto, estão previstas no DL n.º 166/2013 de 27 de dezembro relativo ao Regime aplicável às Práticas Individuais Restritivas do Comércio. Assim mesmo, o artigo 12º LC tipifica o abuso de dependência económica que consiste no abuso por parte de um agente económico que apesar de não deter uma posição dominante no mercado explore abusivamente o estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

Supremo Tribunal Federal entendem que a iniciativa privada deve ser, *ab initio*, interpretada desde uma ótica do interesse geral ou da justiça social, entendendo que esta iniciativa nunca pode responder apenas a interesses privados, posição que nos parece muito restritiva, pois para tutelar outros interesses já existe a iniciativa pública e a cooperativa. Uma coisa é a limitação da iniciativa privada para tutelar a justiça social e outra muito distinta é que a iniciativa privada tenha que ser orientada para a satisfação da justiça social.

Quer no Brasil quer em Portugal, a iniciativa privada compreende a liberdade de acesso a uma atividade económica, incluindo-se aqui a liberdade de investimento, assim como a liberdade de empresa propriamente dita, i.e., a liberdade de gestão e de contratação no âmbito da atividade económica cujo desenvolvimento se escolheu. Porém, esta liberdade não é absoluta, verificando-se diversas limitações à mesma, como possam ser as decorrentes da tutela da livre concorrência.

O Direito da Concorrência visa tutelar o mercado no seu todo, zelando pela existência das condições que permitam uma pressão concorrencial entre os agentes económicos, por forma a obter os melhores resultados possíveis desse mercado. O Direito da Concorrência tutela assim o mercado e a existência de uma concorrência efetiva ou “*workable*”, impedindo que os agentes económicos obtenham vantagens injustificadas.

Neste contexto, a livre iniciativa privada será moldada e tutelada pelo Direito da Concorrência em diversas situações. A iniciativa privada será moldada na medida em que as decisões dos agentes económicos, acordos ou contratos de fusão, aquisição etc., que, apesar de serem uma manifestação da liberdade negocial e de gestão, i.e. livre empresa, possam consubstanciar um cartel, um ilícito de abuso de posição dominante ou uma concentração económica com efeitos negativos para o mercado, serão sancionados com coimas significativas, podendo conduzir no Brasil à aplicação de penas de prisão de entre 2 a 5 anos.

Do mesmo modo, a iniciativa privada pode ser tutelada pelo direito da concorrência na medida em que certos comportamentos que tenham ou possam ter como efeito a eliminação de concorrentes, ou a negação de acesso a determinadas redes, direitos ou serviços essenciais para exercer uma determinada atividade económica, serão reprimidos, sancionados, podendo o infrator ser obrigado a conceder licenças

obrigatórias ou, como acontece no Brasil, tais comportamento podem conduzir à cisão de uma sociedade, à transferência do controle societário, à venda de ativos ou à cessação parcial de atividade.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (Coor). Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência, Almedina, Coimbra, 2005.

AZEVEDO, Maria Eduarda. Direito da Regulação Económica, Quid Juris, Lisboa, 2017

AZEVEDO, Maria Eduarda. Temas de Direito da Economia, 3ª ed., Almedina, Lisboa, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional: Contemporâneo, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005

BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de Direito Constitucional, 8ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECA, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva,

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. Defesa da Concorrência no Mercosul, São Paulo, Almedina, 2013.

CRUZ, Vitor. Constituição Federal: Anotada para Concursos, 9ª Ed., Editora Ferreira, São Paulo, 2017.

FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da Economia, AAFDL, Lisboa 2001

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Económico, 7ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

FRANCO, António L. Sousa. Noções de Direito da Economia, Vol. I, Ed. AAFDL, Lisboa, 1982-1983.

FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'oliveira. A Constituição Económica Portuguesa: Ensaio Interpretativo, Almedina, Coimbra, 1993.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 14ª Ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

HORTA, Raul Machado ("A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições", in A Constituição brasileira – 1988- Interpretações, Martins Ivens Gandra, (Coord.) Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988, pp. 388, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175896>

LANE, Pedro. STF: decisões político-ideológicas nos casos de Intervenção do Estado no domínio econômico, São Paulo, 2006, disponível em <http://www.sbdp.org.br/student/pedro-lane/>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico, 6ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica, Boletim de Ciências Económicas. Suplemento ao Suplemento da Faculdade de Direito, Vol. XVIII, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975, pp. 57-117, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/25917>

NETO, Agenor de Souza Santos Sampaio. Notas sobre o Direito Constitucional da Ordem Económica: A imbricação do princípio da livre iniciativa com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Revista Jurídica da Universidade Estadual de Feira de Santana, V. I, n.º 1, 2016, pp. 1-19.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico, 7ª Ed., Almedina, Coimbra/Lisboa, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, Brasil, 2005.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. Constituição da República Portuguesa Comentada, Lex, Lisboa 2000.

Supremo Tribunal Federal. A constituição e o Supremo, Secção de Distribuição e Edição, Supremo Tribunal Federal, 5ª Ed., Brasília, 2016