



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA

**REFLEXÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA E SEUS
PRINCÍPIOS: A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM O
*DUMPING SOCIAL***

Salvador
2017

FELIPE AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA

**REFLEXÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA E SEUS
PRINCÍPIOS: A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM O
*DUMPING SOCIAL***

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Paulo Augusto Oliveira

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE AUGUSTO MENDES DE ALMEIDA

REFLEXÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA E SEUS PRINCÍPIOS: A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM O *DUMPING SOCIAL*

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

RESUMO

O presente trabalho aborda os princípios elencados pela Constituição Federal como orientadores da ordem econômica federal. A prática do *dumping* social é conduta anticompetitiva que gera resultados no mercado para o agente econômico que se utiliza de infrações aos direitos laborais para produzir com menores custos e assim desfrutar de melhores preços. Essa conduta tem impacto direto no direito à livre concorrência consagrado no art. 170, IV da Constituição Federal. A valorização do trabalho humano e o princípio da livre concorrência são confrontados através do debate de como as instituições de proteção à concorrência podem, efetivamente, garantir que os agentes econômicos não se utilizem do seu poder de mercado para cometer abusos contra a ordem econômica. Neste sentido, são analisadas as instituições que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuantes em diferentes frentes no combatendo aos excessos de concentração econômica que podem implicar na restrição do mercado a apenas um ou alguns agentes econômicos. As funções dos órgãos foram recentemente alteradas pela Lei 12.529/2011 e não são de amplo conhecimento pela comunidade jurídica e tão pouco pela sociedade, revelando a importância do debate acerca do tema. A ordem econômica, os institutos de direito concorrencial e direito do trabalho são analisados de forma a refletir sobre como o sistema constitucional deve atuar de maneira integrada de forma a garantir a efetividade dos fins a que se destina.

Palavras-chave: Ordem econômica. *Dumping* social. Concorrência. Concorrência Desleal. Abuso de poder econômico.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ORDEM ECONÔMICA	10
2.1	HISTÓRICO	10
2.2	A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
2.2.1	Princípios da Ordem Econômica	14
3	CONCORRÊNCIA	25
3.1	A LIVRE CONCORRÊNCIA	25
3.1.2	Por quê proteger a livre concorrência?	26
3.2	PROTEÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MOTIVO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	29
3.2.1	A livre concorrência na Constituição	32
3.2.1.1	As funções do princípio Constitucional da livre concorrência	33
3.2.1.2	O princípio constitucional econômico da livre concorrência e o poder econômico	33
3.2.1.3	O Princípio Constitucional Econômico da Livre Concorrência Como um Princípio Meio	35
3.3	O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	36
3.3.1	Aspectos Gerais sobre o SBDC	36
3.3.1.1	O Novo SBDC como um desenho institucional mais eficiente para implementação da política brasileira de Defesa da Concorrência	38
3.3.1.2	Mudanças Estruturais	38
3.3.1.3	Mudanças nos Procedimentos	42
3.3.2	Posição Dominante e o Seu Abuso	44
3.3.3	Definição do Mercado Relevante	45
4	O DUMPING	48
4.1	HISTÓRICO	48
4.2	DEFINIÇÃO DO DUMPING NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL E NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNO	51
4.3	MODALIDADES DE DUMPING	53
4.4	O DUMPING SOCIAL	55
4.4.1	Conceito	55

4.4.2	Natureza Jurídica	56
4.4.3	Características do <i>Dumping Social</i>	58
4.4.3.1	Concorrência Desleal por Meio da Venda de Produtos a Valores Inferiores ao Preço de Mercado	58
4.4.3.2	Notas Distintivas entre Concorrência Leal e Concorrência Inidônea	60
4.4.3.3	Elementos caracterizadores da concorrência desleal no <i>dumping social</i>	61
4.4.3.4	Conduta reiterada	63
4.4.3.5	Utilização de Mão de Obra em Condições Inadequadas aos Patamares Laborais Mínimos	63
4.4.3.6	Momento de Crise econômica e sua relação com o <i>dumping social</i> .	67
4.4.3.7	Danos Sociais	69
5	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro está em constante mudança no que diz respeito à conformação dos preceitos que formulam o regramento da atividade econômica, tendo em vista o dinamismo apresentado pela mesma. As situações do cotidiano se transformam a todo momento e cabe ao corpo social, mediante processo dialético, a elaboração das leis, A interpretação do seu sentido e solução das situações fáticas.

O Estado liberal já não é regra e cabe ao direito brasileiro atuar na consecução dos fins que apresenta o texto constitucional, sendo a atuação estatal essencial para que sejam impostos limites à atividade econômica. Anteriormente, acreditava-se que a atividade econômica realizada com o intuito somente de efetuar os interesses particulares de cada indivíduo seria o suficiente para que toda a sociedade fosse beneficiada em virtude da produção e circulação de riquezas. O capital privado gerido pelas regras do mercado, conforme o pensamento de Adam Smith, segundo o qual uma mão invisível regularia o mercado, era interpretado de forma literal, importando aos diversos agentes econômicos uma corrida para a conquista de sua clientela.

Ocorre que tal visão há muito não é aplicável. Tendo em vista tais aspectos, a ordem econômica é a seção do texto constitucional que está contida dentro da lei Maior, mas que com essa não se confunde, pois tem objeto próprio, consistente na regulação do fato econômico dentro da sociedade brasileira.

No presente trabalho far-se-á uma análise do art. 170 da Constituição Federal, explicando-se como devem ser interpretadas as regras e princípios que estão contidos no referido diploma. Contudo, é a partir do inciso IV do mesmo artigo, que dispõe acerca da livre concorrência como princípio de efetivo papel estabilizador da norma constitucional, que se inicia o debate sobre os limites do sistema capitalista adotado pela Constituição Federal e a valorização do trabalho humano, criando-se um óbice na realização do *dumping* social pelos agentes econômicos.

Após a análise detida da ordem econômica constitucional, avaliar-se-ão os institutos atinentes ao direito da concorrência no Brasil.

O direito da concorrência tem forte arcabouço principiológico, contudo, também tem instituições sólidas que atuam na defesa da concorrência, mas que, não são amplamente difundidas na sociedade brasileira. A concorrência não pode ser confundida com o direito que todos têm de empreender uma atividade econômica, que é, em verdade, fundamento da livre iniciativa. O princípio da livre concorrência busca efetivar a proteção dos agentes econômicos, dos consumidores e da sociedade como um todo.

O Brasil possui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dotado de órgãos que se fundamentam na previsão constitucional da ordem econômica, porém, atuam mediante legislação específica, através da Lei 12.529/2011. O diploma legislativo infraconstitucional consiste em regras que concretizam o quanto previsto no texto constitucional de maneira específica. A referida lei é analisada em seus mais diversos aspectos, com especial atenção às estruturas e finalidades dos seus órgãos na atuação para a defesa da concorrência. Neste sentido, propõe-se o trabalho a investigar como são formados e como é realizada a atuação desses institutos na defesa da concorrência, em especial contra o abuso do poder dominante de mercado.

O tema é de importante esclarecimento para a sociedade na medida em que condutas como a prática do *dumping* social são provenientes de abuso do poder econômico por parte de empresas que não se preocupam com os direitos laborais do trabalhador e que refletem na sociedade como um todo. Isso porque o dano causado pelo *dumping* na modalidade social não é restrito somente ao trabalhador que tem os seus direitos individuais vilipendiados pelo empregador, afetando toda a sociedade.

Nessa toada, o *dumping* atinge a sociedade pois, pode o agente econômico, se utilizar de poder de mercado construído através da infração de direitos laborais mínimos para conquistar maiores fatias de mercado e assim derrubar outros concorrentes.

Há de se ressaltar que não existe competição que não seja voltada a criar danos para os outros competidores do mercado. A competição pressupõe que haja o dano aos outros concorrentes. Isto porque os agentes de mercado são instados, a todo momento, a se desenvolver cada vez mais para, em busca de novas tecnologias, menores preços e maior produtividade, conquistarem uma maior clientela.

Todavia, a busca por uma maior fatia de mercado deve seguir determinados preceitos, como o valor do trabalho humano, a existência digna e os ditames da justiça social, conforme preceitua o artigo 170 da Constituição Federal. É que a concorrência que se utiliza de meios ilícitos como a prática do *dumping* social não pode ser tolerada, sob pena de se imputar a todo o corpo social os efeitos deletérios dessa prática.

No capítulo sobre a *dumping* serão investigados os contornos para a definição da prática tanto no âmbito externo quanto no Brasil. Para tanto, é necessário se discutir em quais espécies tal prática pode se enquadrar, pois, como será visto, pode ocorrer de mais de uma forma.

Contudo, destacar-se-á o *dumping* na modalidade social, que consiste na conquista de parcelas de mercado através da infração de direitos laborais, implicando em reflexos sobre a economia e a sociedade. O acúmulo de poder econômico por grandes agentes do mercado pode ser resultado dessa prática, que consiste em verdadeira afronta aos direitos sociais previstos na Carta constitucional.

O direito não pode se conformar com atuações do poder privado que passem a reger o poder público de forma indireta, importando em uma atuação intervencionista do Estado na economia como forma de salvaguardar os direitos que os cidadãos positivaram na Constituição Federal.

Sobre esse enfoque, denotar-se-á que a pesquisa torna-se socialmente importante, pois busca revelar em que medidas estas práticas, que muitas vezes são veladas, contribuem para o aumento do poder econômico de agentes de mercado. Desta forma, esse ciclo vicioso se renova com a influência do capital sobre o processo eleitoral e em diversos atos do poder público, implicando na submissão de todo o corpo social pelas vontades do capital privado.

Do ponto de vista jurídico, far-se-á um esclarecimento do direito concorrencial como agente modificador da realidade social na atuação nos mais diversos campos, sendo o combate a concorrência desleal um dos seus principais artifícios para se efetivar os preceitos previstos no texto constitucional.

Posteriormente, avaliar-se-á qual o ponto de encontro entre a concorrência desleal, o *dumping* social e como os princípios e regras constitucionais, que fundamentam a

criação de um direito concorrencial, funcionam para garantir aos seus jurisdicionados a maior segurança jurídica possível.

Por fim, buscar-se-á entender como um ambiente que encontra-se desprovido de uma concorrência saudável está apto ao aparecimento de condutas como o *dumping* social e como o poder econômico decorrente dessa prática pode implicar em seu abuso por parte dos agentes econômicos detentores de posição dominante de mercado.

2 ORDEM ECONÔMICA

Nesse capítulo, é feita a análise quanto ao conteúdo econômico da Constituição Federal de 1988. Esse conteúdo é fundamental para o entendimento de como o direito da concorrência é capaz de influir sobre os direitos laborais, contribuindo para evitar a prática do *dumping* social.

Pela análise do texto constitucional, a partir do artigo 170, é possível notar o destaque feito pelo legislador quanto as normas que vão salvaguardar o sistema econômico nacional, sendo a relação de princípios constitucionais ferramenta diretriz da realização da justiça social.

2.1 HISTÓRICO

A revolucionária Constituição Mexicana foi a primeira a conferir dimensão jurídica a ordem econômica. Ela foi a primeira de um movimento de constitucionalização que veio chegar ao Brasil em 1934, sob influência da Constituição de Weimar de 1919. Foi a primeira a anotar princípios e normas sobre a ordem econômica em nosso país¹.

A partir dos princípios da justiça e das necessidades da vida nacional é que deveria se organizar a ordem econômica. Autorizada por Lei, era permitido à União o monopólio em determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse conforme o interesse público. O princípio proteção da concorrência entre as empresas seria a justificativa do fomento da economia popular, conforme o art. 117 deste texto constitucional, pois se almejava a busca de melhores preços, tecnologias, e o abastecimento normalizado de produtos².

Nesse contexto, hodiernamente, em face do surgimento de direitos sociais e econômicos, cabe ao Estado a contingência de discipliná-los. Em virtude de tal acontecimento, a doutrina passou a vislumbrar uma Constituição econômica

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p.1185.

² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.17

imiscuída de um direito público econômico³. conferindo ao texto constitucional a sistematização da ordem pública econômica, concedendo-lhe fundamento solene e estável⁴.

O conjunto de normas constitucionais que versam acerca da disciplina jurídica do fato econômico e das principais relações dele decorrentes constituem o conceito de Constituição econômica. É contida na constituição política, mas com ela não se confunde⁵.

Nesse passo, a Constituição econômica faz parte da constituição política, pois segue os princípios adotados por esta, vez que não pode se dissociar dos mesmos, a exemplo da democracia. Contudo, tem objeto próprio, consistente na disciplina e criação da ordem econômica do Estado, destacando-se a sua atribuição de edição de normas voltadas a reger o fenômeno econômico, assim como, especificamente, sua função de ordenador de mecanismos de mercado⁶.

2.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema econômico capitalista encontra na liberdade o seu maior fundamento. Este sistema de produção aponta para a chamada economia de mercado, ao passo que são as próprias condições deste mercado que regulam o funcionamento e equacionamento da economia pautada na liberdade. É o ideal de “mão invisível” de Adam Smith, a funcionar como controlador da atividade econômica, observando a lei da oferta e da procura⁷.

Nesse sentido, o âmbito próprio do direito constitucional econômico é determinado pelo fenômeno da socialização, tornando-se um marco na passagem do Estado liberal para o Estado social em que “as regras de direito, embora condicionadas pela

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.1185.

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁶ *Ibidem*, p.1186.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.34.

realidade social, sobre esta reagem para conformá-la juridicamente, segundo pautas axiológicas em certas medidas independentes”⁸.

Outrossim, Estado e economia eram dissociados, fazendo com que, neste contexto, a liberdade econômica e a liberdade de empresa, a autorregulação da economia pelos mecanismos de mercado, o papel diminuto do Estado frente a economia, atuante apenas nas áreas de polícia e de garantidor dos quadros institucionais da vida econômica(direito de propriedade, liberdade de empresa, liberdade de trabalho, etc.), era a regra no século XIX. Contudo, o Estado mínimo, pautado na crença de que os interesses individuais dos privados, no egoísmo dos indivíduos, poderiam se converter em interesses comuns, logrando benesses para todo corpo social, logo foi dando sinais de fadiga, tendo em vista que a economia de mercado regulada apenas por forças do mesmo não seria suficiente para garantir os interesses da sociedade⁹.

A acumulação de riquezas nas mãos de poucos, enquanto o proletariado não conseguia atingir melhores condições de trabalho e de vida levaram a uma situação de crescente mal-estar. Tendo em vista tais acontecimentos, foi a partir do século XX que o Estado adentrou ao cenário econômico, como protagonista, atuando diretamente na economia de mercado, elaborando políticas públicas para o fomento de atividades econômicas. Assim, tendo como marco o fim da primeira Guerra Mundial, surge o ideal de Estado social com o intuito de corrigir o panorama de injustiças sociais¹⁰.

Como visto, o liberalismo e o intervencionismo, desde o século passado, figuram como agentes na Ordem Econômica brasileira¹¹. Neste passo, apesar de ter seu conteúdo embasado em princípios como o direito a propriedade privada dos meios de produção e na liberdade de iniciativa econômica, o atual texto constitucional instituiu uma ordem econômica intervencionista. Conforme o art. 170 da CF¹²:

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;

⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral da República**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1993, p. 53.

⁹ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. **Estado Regulador e Serviço Público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016, p.16.

¹⁰ *Ibidem*, p.17.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.1188.

¹² *Ibidem*, loc. cit.

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.

Em que pese ter o texto Constitucional consagrado uma economia de livre mercado, como supracitado, institui diversos princípios que limitam e condicionam o exercício do processo econômico, almejando que, a partir de tais pormenorizações, possa se alcançar o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida¹³.

É por isso que a noção de mercado e a sua importância para o capitalismo sofrem o impacto direto da livre concorrência. Como visto acima, o interesse individual na busca pelo lucro seria determinante na livre iniciativa, sendo que a busca desses interesses acabaria por refletir em benefícios para toda a sociedade. O pensamento liberal entende como sendo o interesse individual a mola propulsora dos mercados autorregulados, pois se aqueles que consomem determinados bens são livres para aplicar sua renda como bem entendem, e se os empresários são livres para atuar no mercado concorrencial, disputando a preferência dos consumidores, então as atividades econômicas ocorreriam naturalmente¹⁴. Nas palavras de Robert L. Heilbroner:

O que a concorrência fez, entretanto, foi conter o impulso econômico. Lançando um vendedor contra outro, fazia com que se tornasse impossível a um participante isolado obter posição estratégica em proveito próprio. Ainda mesmo que todos os vendedores de um mercado em concorrência quisessem estabelecer preços monopolísticos, a presença de um grupo de concorrentes ávidos, cada qual desejoso de passar à frente do outro a custo de uma pequena baixa de preço, asseguraria à sociedade que os preços finais de venda não seriam mais altos do que o mínimo necessário à manutenção da continuidade da produção.¹⁵

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.1227.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.36

¹⁵ HEILBRONER, Robert L.. **A Formação da Sociedade Econômica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964, p.86.

Assim, a Constituição elegeu, portanto, o sistema capitalista para o Estado brasileiro. Neste sentido, entendeu que a livre concorrência, presente no mercado capitalista puro, sem a interferência do Estado, não seria capaz de, isoladamente, efetuar os fins que se propõe a ordem econômica e por isso elencou princípios e regras que devem ser seguidos pelo Estado para que se possa assegurar a existência digna dos cidadãos conforme os ditames da justiça social.

No mesmo sentido, o texto constitucional de 1988, nas palavras de Alexandre de Moraes:

[...] consagrou uma economia descentralizada de mercado, sujeita a forte atuação do Estado de caráter normativo e regulador, permitindo que o Estado explore diretamente a atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo¹⁶.

Como se pode notar, é através do sistema capitalista que se organiza o Estado brasileiro, contudo o mesmo deve atuar para efetivar as finalidades previstas na Constituição Federal.

2.2.1 Princípios da Ordem Econômica

O *caput* do art. 170 é capaz de revelar a finalidade do direcionamento que diz a Constituição. A ordem econômica tem como função “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”. É por isso que a legitimidade da ordem econômica brasileira está condicionada à realização desse fim¹⁷.

Inicialmente, cumpre-se observar o princípio da valorização do trabalho humano que está consagrado no art. 1º, IV da Constituição Federal de 1988, constituindo-se como um dos fundamentos da República, assim como da ordem econômica e da ordem social¹⁸.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas 2012. p. 851.

¹⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.1227.

¹⁸ LEMOS, Rafael Severo de. A valorização do trabalho humano: fundamento da república, da ordem econômica e da ordem social na constituição brasileira de 1988. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1261, 25 jun. 2015, p. 05. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7243-a-valorizacao-do-trabalho-humano-fundamento-da-republica-da-ordem-economica-e-da-ordem-social-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 1 set 2017.

Nessa toada, a valorização do trabalho humano deve ser observada de acordo com a complexidade sistêmica na qual está inserida, levando em conta todas as divisões do texto constitucional. Assim, dispõe o art. 170 da Constituição Federal que, a ordem econômica “é fundada na valorização do trabalho humano”. Pode-se anotar tanto à dimensão humana do trabalho que se correlaciona com a subsistência digna da pessoa, enquanto ser provido de livre arbítrio e dignidade, quanto a dimensão patrimonial do trabalho, que se revela no próprio vínculo empregatício cuja finalidade é a produção e circulação de riquezas mediante o pagamento de uma retribuição em pecúnia¹⁹.

Nesse contexto, considerando o valor social do trabalho como fundamental, cabe a sociedade buscar oferecer oportunidades de emprego para todos. Inobstante a isso, a ordem jurídica deve garantir que o cumprimento do dever de trabalhar seja realizado sem restrições de qualquer espécie pelos indivíduos²⁰.

Como se nota, o trabalho faz parte da personalidade do indivíduo, sendo, por conseguinte, meio de subsistência do ser humano. A valorização do trabalho provoca seu lugar de destaque em relação ao capital por meio de ações positivas e não meramente filantrópicas. Tais ações têm o papel de influenciar nas relações e condições de trabalho, através de uma remuneração digna, da proibição do trabalho escravo, do oferecimento de um ambiente de trabalho saudável, coadunando-se com outros dispositivos constitucionais que fazem parte da integração do sistema²¹.

Vale ressaltar que o trabalho a que se refere a constituição não é apenas aquele fruto da relação de emprego, mas toda e qualquer forma de labor geradora de riqueza para o prestador do trabalho quanto para a sociedade em geral, desde que esteja de acordo com a sistemática do texto constitucional²².

¹⁹ AMADO, Amanda Souza. O princípio da valorização do trabalho humano na ordem econômica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-valorizacao-do-trabalho-humano-na-ordem-economica,55286.html>>. Acesso em: 03. set. 2017.

²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 317.

²¹ ARAÚJO, Eugênio. **Resumo de Direito econômico**. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 44.

²² LEMOS, Rafael Severo de. A valorização do trabalho humano: fundamento da república, da ordem econômica e da ordem social na constituição brasileira de 1988. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1261, 25 jun. 2015, p. 06. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7243-a-valorizacao-do-trabalho-humano-fundamento-da-republica-da-ordem-economica-e-da-ordem-social-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 1 set 2017.

Ainda na análise do *caput* do artigo em estudo, pode-se observar o princípio da livre iniciativa, pelo qual deve-se garantir aos indivíduos o acesso às atividades e o seu exercício. Assim como a valorização do trabalho humano, não é princípio absoluto e deve se compatibilizar com a interpretação de outros princípios constitucionais²³.

Nesse passo, o princípio da livre iniciativa não aduz a uma liberdade econômica sem restrições. O Estado pode limitar a liberdade empresarial, sempre de acordo com os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade²⁴.

Assim, com a devida observação de limites que o texto constitucional impôs, a livre iniciativa constitui-se em fundamento da nossa ordem econômica que oportuniza a todos a possibilidade de se lançarem ao exercício de qualquer atividade econômica²⁵.

Da compreensão dos artigos. 1º, IV, 5º, XIII, 170 *caput*, 199 e 209 da Carta Magna²⁶, infere-se a viabilidade, apenas como exemplo, em nosso ordenamento, do empreendimento em qualquer tipo de atividade econômica lícita ou que seja permitida pela autoridade competente (quando a lei conferir à autoridade o papel de anuir com o exercício da atividade)²⁷.

A total liberdade para escolher e orientar sua atividade econômica é a tônica do liberalismo, independentemente da ação de grupos sociais e da atuação do Estado. Ocorre que, no contexto social hodierno, onde há o capitalismo globalizado e neoliberal, há a necessidade de se defender o sistema das crises cíclicas, o que implica ao Estado o papel de impor limites a livre iniciativa, seja mediante a atuação

²³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas 2014, p.642.

²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵ ARAÚJO, Eugênio. **Resumo de Direito econômico**. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 44.

²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; 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: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada; Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁷ ARAÚJO, *op. cit.*, 45.

direta no processo produtivo, seja como controlador de desajustes sociais e orientador de investimentos.²⁸

Assentadas tais premissas, cumpre analisar, de acordo com a proposta desse trabalho, os princípios que a Constituição tratou, nos incisos do artigo 170, como “princípios gerais da atividade econômica”.

No inciso I, o artigo investigado traz a soberania, elemento constitutivo do Estado. Ela é reconhecida como o poder incontestado de a sociedade politizada definir quais rumos deve tomar, liberta de qualquer interferência externa.²⁹

Ressalte-se que o artigo se refere a soberania nacional econômica, buscando, no plano externo, estabelecer a independência, a coordenação e a não-submissão em relação à economia e tecnologia estrangeiras.³⁰

É válida a observação do jurista José Afonso da Silva:

O constituinte de 1988 não rompeu como o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e da capacidade de competir no comércio mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia³¹.

Nessa toada, a valorização do trabalho humano e o exercício da livre iniciativa sofrem a atuação da soberania. É o estado, em sua posição de *summa postestas*, que pode definir quais os rumos a serem tomados pela sociedade para o cumprimento da finalidade atestada pelo artigo 170.

Outro importante princípio trazido pelo artigo em estudo é o da Redução das desigualdades regionais e sociais. Mister se faz ressaltar que o princípio em foco é, também, exposto no texto da Constituição como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil³², logo em seu artigo 3º, inciso III³³.

²⁸ ARAÚJO, Eugênio. **Resumo de Direito econômico**. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 45.

²⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.308.

³⁰ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 48.

³¹ SILVA, Afonso da, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2015. p.807.

³² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.199.

Nesse passo, em virtude de estar inserido expressamente no contexto da ordem econômica, o princípio do inciso VII do artigo 170³⁴, é dirigido especialmente às políticas públicas³⁵.

O desenvolvimento social e a redução das desigualdades econômicas em todo país são garantias asseguradas pela ordem econômica. Pelo princípio em análise têm-se que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas, de cunho liberal, criadas para fundamentar o crescimento econômico, devem estar ligadas a consecução desse fim. Para tanto, a implementação de políticas públicas que busquem reduzir as diferenças entre essas regiões e alcançar melhorias de ordem social são necessárias³⁶.

A partir da redução das desigualdades econômicas e sociais, busca-se a atuação positiva do Estado, no sentido de, gradativamente, alcançar os critérios materiais e sociais previstos na Constituição. Essa atuação, no entanto, deve ser conjunta, buscando a ação coordenada da União, dos Estados Membros, Municípios e Distrito Federal.³⁷

Inicialmente, nota-se a dimensão regional do princípio. A problemática envolvida é preocupante e mereceu atenção do constituinte, quando em seu artigo 174, §4 determinou: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”³⁸. Além disso, existem os mecanismos

³³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; Disponível em: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 25 out 2017.

³⁴ 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: VII - redução das desigualdades regionais e sociais; Disponível em: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em : 25 out 2017.

³⁵ ARAÚJO, Eugênio. **Resumo de Direito econômico**. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 48.

³⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁷ ARAÚJO, Lorena de Fátima Sousa. Princípios que regem a ordem econômica na Constituição Federal de 1988. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55484&seo=1>>. Acesso em: 2 set. 2017.

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011p.201.

previstos no art. 43 e 165 da lei maior visando a redução das desigualdades sociais e estabelecimento de plano de gestão do dinheiro público³⁹.

Preocupou-se o constituinte originário em evitar os impactos catastróficos dos efeitos das desigualdades regionais somados aos das desigualdades sociais tanto para o ser humano quanto para a economia do país. A grande migração e concentração em polos de desenvolvimento, principalmente em direção ao Rio de Janeiro e São Paulo, são situações que retratam o agravamento do cenário de desigualdades que a Constituição tentou combater⁴⁰.

Em sentido igual, busca o texto magno dirimir a ocorrência de desigualdades sociais. As diferenças sociais se revelam através da história da humanidade. Padrões de riqueza e bem-estar sempre estiveram presentes para distinção de castas, classes ou estratos sociais diversificados. Todavia, a melhora da condição de vida de classes sociais inferiores consiste na promoção do desenvolvimento social, um dos objetivos traçados pelo Brasil. Neste contexto, a redução das desigualdades sociais é um princípio que busca orientar atuação do Estado na economia, relacionando-se com certas normas tributárias, à exemplo do imposto sobre grandes fortunas, bem como com certas normas contemplativas de direitos sociais, como o salário mínimo, o direito à saúde, o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia e outros, que demandam do poder público o tratamento pertinente no sentido de promover-lhes a devida implementação.⁴¹

O artigo em apreço traz, no inciso VIII, a busca do pleno emprego. Na aplicação das medidas de política econômica o Estado deve verter esforços para se utilizar da força de trabalho presente na sociedade, proporcionando que o mercado se utilize da força do trabalho existente na sociedade. É princípio que se coaduna com os fundamentos da ordem econômica, dirigido à realização da justiça social, com a implementação de uma sociedade livre e igual e, principalmente com a valorização do trabalho humano⁴².

³⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.201.

⁴⁰ *Ibidem*, p.202.

⁴¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.886

O emprego pleno consistiria na inexistência do desemprego. Em termos econômicos, a busca do pleno emprego denota uma contrariedade do texto constitucional com o sistema capitalista e ao liberalismo clássico, na medida em que para que possa existir o sistema é necessário que exista o desemprego. Em que pese a busca do pleno emprego ser voltada para a existência de postos de trabalho para todos e do direito ao salário desemprego, evidenciando-se argumentos de raciocínio contrário dentro do mesmo diploma constitucional, deve o Estado atuar para minorar os efeitos do desemprego⁴³.

Nesse contexto, nota-se que o emprego pleno consiste em uma situação fictícia, na medida em que, por maior que seja a prosperidade de uma sociedade, sempre haverá indivíduos que não estarão empregados⁴⁴.

Por outro lado, há de se observar que a busca do pleno emprego não pode ser interpretada como significando a imediata diminuição dos índices de desemprego ou a inclusão empregatícia de todos os cidadãos. Não há um direito imediato e atual ao não desemprego com o significado de não proporcionar a todos um posto de trabalho específico e remunerado e, dessa forma, com o reconhecimento de um pedido de tutela jurisdicional fundamentada nessa suposta pretensão⁴⁵.

Outrossim, não há unanimidade de entendimento quanto as medidas corretas a serem adotadas para a criação de emprego. A concorrência é tida como estimulante natural para a geração de empregos segundo a corrente liberal clássica, sendo princípio diretivo da economia, na medida em que orienta o Estado a não adotar políticas recessivas que levariam ao desemprego⁴⁶.

A busca do pleno emprego e da justiça social devem servir como base para a interpretação dos direitos trabalhistas presentes na Constituição Federal. Desta forma, não podem ser marginalizados os direitos trabalhistas em virtude da busca do pleno emprego. Esses entram em choque em países como a Inglaterra, onde há uma redução da carga horária diária do trabalhador com a finalidade de se criar mais postos de trabalho, pois, em que pese não haver aumento de produção ou de prestação de serviços, há mais pessoas empregadas. Isto tem reflexos, na medida

⁴³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.205.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁵ *Ibidem*, p.206.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

em que são ofertados salários extremamente baixos, importando na subsistência indigna de alguns trabalhadores⁴⁷.

Outro princípio estabelecido no artigo 170 da Constituição Federal, mais especificamente em seu inciso V, é a defesa do consumidor. A partir dos avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos foi possível aumentar a produção de bens e serviços, realizando-a em “larga-escala”. Tal perspectiva tornou imprescindível que os meios de produção aumentassem a demanda pelo consumidor pelos mais diversos métodos, principalmente através de ações de marketing⁴⁸.

O desenvolvimento tecnológico criador da produção em larga escala deu origem⁴⁹ a sociedade de consumo em massa, na qual a produção de bens ou produtos não visa atender qualidades ou necessidades individuais, mas sim, o alcance do lucro pelo empresário⁵⁰.

A relação de consumo implica na condição de vulnerabilidade do consumidor. Esta não se confunde com a hipossuficiência, vez que não é todo consumidor que é economicamente débil. Esta condição de vulnerabilidade é assumida em função da posição específica ocupada pela parte na relação de consumo independentemente da capacidade econômica das partes ou dos valores econômicos da transação. A vulnerabilidade consiste na insuficiência de conhecimento técnico do produto ou serviço pelo consumidor⁵¹.

Ainda sob a análise da ordem econômica contempla o texto constitucional a livre concorrência, destacada como outro princípio básico da ordem econômica, no art. 170, IV⁵², e, no artigo 173, §4^{o53}, em aparente paradoxo, como fundamento para que

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.208.

⁴⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODVIM, 2015. p. 1314.

⁴⁹ TAVARES, *op. cit*, p.174

⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁵¹ *Ibidem*, p.175.

⁵² 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: IV - livre concorrência. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁵³ 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: § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

o Estado, em sua defesa, intervenha sobre a livre disposição de agentes econômicos no mercado⁵⁴.

Em que pese ser a livre concorrência ser entendida por muitos como consectário lógico da livre-iniciativa, aquela é tomada em separado pelo art.170, IV. Isto demonstra o papel de destaque que foi conferido pela ordem constitucional econômica ao referido princípio⁵⁵.

A livre concorrência é um traço comum de qualquer sistema capitalista, tem função essencial para revelar a distinção quanto ao modelo socialista. A livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de deformação quanto do livre mercado que possa implicar no afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Deve o mercado determinar quais condições levarão o empreendedor a obter, ou não, o sucesso em seu negócio, estimulando a propagação de diversos agentes de mercado capazes de produzir e fazer circular riquezas⁵⁶.

A livre concorrência consiste na abertura jurídica concedida aos particulares com a finalidade do êxito econômico pelas leis de mercado e a partir disso, a contribuição para o desenvolvimento nacional e a realização da justiça social, através da competição entre os agentes econômicos, em segmento lícito⁵⁷.

Nesse sentido, nota-se que a competição tem perspectivas diversas. Numa primeira concepção a livre concorrência busca a proteção do consumidor, em virtude da vulnerabilidade de sua condição na relação de consumo. Por outro lado, têm-se que a legislação antitruste visa a tutela da própria estrutura econômica. As infrações contra a ordem econômica devem ser combatidas pelo direito com o intuito de garantir o livre funcionamento do mercado. Ao passo que é garantido o zelo pelas estruturas econômicas fundamentais que tutelam o funcionamento do livre mercado, o direito de concorrência incidirá não apenas sobre os interesses empresariais, mas,

Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação. In: AGUILLAR, F. H. (Org.). **Coleção direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.255.

⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.886

⁵⁷ TAVARES, *op. cit.*, p.256.

também, sobre os consumidores, trabalhadores e através da geração de riqueza e aumento de tributos do corpo social em geral⁵⁸.

A livre concorrência é meio pelo qual se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando o aprimoramento de seus métodos tecnológicos, eficiência de custos, buscando sempre aprimorar suas técnicas de produção para poder permanecer no mercado, o que favorece o consumidor⁵⁹.

Nesse sentido, o princípio em apreço almeja evitar a formação de qualquer estrutura econômica que possa resultar monopólio no mercado, como cartéis, trustes e oligopólios em geral. A constituição dispõe em seu artigo 173, §4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, conferindo ao Estado o poder de estabelecer punições às práticas prejudiciais à livre concorrência⁶⁰.

Assim, a presença estatal que se extrai da Constituição Federal indica a livre concorrência como meio de manutenção das “regras do jogo”, consistente no mínimo de equilíbrio entres os “jogadores” e não uma livre concorrência destinada a fazer prevalecer uma liberdade pura. Contudo, a atuação estatal para manutenção de padrões liberais encontra limites. Isso porque, na intenção de manter a concorrência lícita e leal, o Estado pode acabar não observando equilíbrio necessário na aplicação de suas mediadas⁶¹.

Em que pese ter o espírito de iniciativa e organização como fundamentais para a riqueza e prosperidade nacionais, muitos países, ao editarem, em demasia, normas alusivas à liberdade de empresas, acabam por engessar o sistema liberal de produção pela extinção de sua energia vital, que é a liberdade nos processos produtivos. O excesso de “regulamentação” da liberdade redundando na sua eliminação, sendo apenas aceita nos padrões adotados pela norma editada. Torna-se

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.257.

⁵⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. In: AGUILLAR, F. H. (Org.). **Coleção direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.25

⁶⁰ TAVARES, *op. cit.* p.258.

⁶¹ *Ibidem*, p. 259.

fundamental atender para o núcleo desse princípio, que não pode ser afetado sem implicar uma violação dessa diretriz⁶².

Nesse contexto, entende-se por Ordem econômica o conjunto de elementos que ordenam a vida econômica de um Estado, direcionado a um fim. A Constituição econômica é conjunto de normas constitucionais que tem por objeto a disciplina do fato econômico e das relações principais dele decorrentes. Faz parte da Constituição política, mas com ela não se confunde⁶³.

Por fim, cumpre abordar o princípio trazido no inciso IX do artigo 170 da lei Maior que dispõe sobre o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Por meio deste, poderia se considerar que o mesmo consistiria em uma restrição ao princípio da livre concorrência, vez que confere tratamento especial a um segmento particular de agentes econômicos. Ocorre que a proteção à pequenas e microempresas ocorre de forma a viabilizar a sobrevivência das mesmas face ao poder econômico de grandes grupos e conglomerados. Sendo assim, é por meio dessa proteção que se efetivaria a proteção a livre concorrência⁶⁴, reforçando-se no art. 179, *caput*⁶⁵.

⁶² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 258

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1205.

⁶⁴ TAVARES, *op. cit.*, p.211.

⁶⁵ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 29 out. 2017.

3 CONCORRÊNCIA

Nesse capítulo retoma-se a abordagem feita na primeira parte desse trabalho, contudo, com foco específico no Direito da Concorrência.

Analisar-se-á quais os aspectos do direito concorrencial que se relacionam com o *dumping* na modalidade social e como aquele se propõe a defender a Ordem Econômica estabelecida a partir do artigo 170, da Constituição Federal.

3.1 A LIVRE CONCORRÊNCIA

A concorrência envolve o sentido de competição, de disputa pela preferência de quem adquire ou utiliza produto oferecido. A competição, travada pelos agentes econômicos, deve ocorrer sem entraves. A violação a livre concorrência ocorre na medida em que os agentes de mercado lançam mão de artifícios que visam restringir, dificultar ou impedir a livre ação dos outros agentes econômicos⁶⁶.

A livre concorrência se estabelece na medida em que os operadores econômicos sentem-se livres pra empregar os meios que julgam pertinentes para conquistar a preferência do consumidor. A livre concorrência, se manifesta, também, na possibilidade da entrada e ou permanência de agentes econômicos, atuais ou potenciais, quando da entrada no mercado, manifestando-se, ainda, através da liberdade de escolha para o consumidor⁶⁷.

Pode-se inferir que a livre concorrência se manifesta através da liberdade de acesso e de permanência, consubstanciando-se em mero desdobramento do princípio da livre iniciativa. Por outro lado, seria o meio de controle de exercício da livre iniciativa, o que é suficiente ao reconhecimento de sua autonomia⁶⁸.

⁶⁶ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008, p. 29.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

3.1.2 Por quê proteger a livre concorrência?

Os benefícios decorrentes de um mercado em que há uma concorrência saudável são diversos. São vantagens que privilegiam o consumidor, o fornecedor, o mercado e a sociedade⁶⁹. Produtos e serviços de melhor qualidade, preço e com maior variação são vantagens para o consumidor, pelo lado da demanda. O fornecedor tem liberdade de empreender em um determinado ramo empresarial e pode se desenvolver, por razão da própria eficiência gerada, sem que haja embaraços por parte dos competidores. O alcance de um melhor desenvolvimento, implicando num parque industrial eficiente, sendo benéfico ao mercado⁷⁰.

Para os produtores/concorrentes, sob a ótica da oferta, conseguem obter dados a respeito: de como produzir na medida certa para potencializar os lucros; de quais são os bens necessários para sem manter competitivo; se está sendo vítima ou não de condutas anticompetitivas; ademais, a possibilidade de acessar as instituições democráticas para se defender deste tipo de constrangimento⁷¹.

Os benefícios decorrentes de uma concorrência saudável são diversos para a sociedade e, de acordo com esse trabalho, nota-se a melhoria das condições laborais, visto que a legislação antitruste também coaduna-se com os outros instrumentos da ordem econômica e com o texto constitucional como um todo, prezando pela integração do sistema. Dessa forma, corrobora para evitar a prática do *dumping social*.

Nesse contexto, a descentralização das decisões econômicas é grande vantagem para a sociedade. Isso porque reduz a influência de agentes econômicos sobre as questões que refletem no bem-estar da coletividade. Ademais, garante a impessoalidade das decisões de mercado, não permitindo que apenas um ou um

⁶⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 364.

⁷⁰ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; SACCHQ, Bruno César Costa. A livre concorrência e os ilícitos concorrenciais no Brasil: listando Goiás: Controle Constitucional e Aplicabilidade da Lei 12.529/2012 aos Atos Infracionais contra a Ordem Econômica. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais LTDA, ano 17. Vol. 67. Julho/2016, p 389-402.

⁷¹ CARVALHO, *op. cit.*, *loc. cit.*

pequeno grupo de agentes econômicos tomem decisões em detrimento dos outros indivíduos⁷².

A livre concorrência não é objeto de proteção unicamente em virtude de motivos econômicos, mas também por razões de ordem pública. Coloca-se em risco às instituições democráticas quando há o excesso de concentração do poder econômico privado decorrente da diminuição ou ausência da livre concorrência. Isso porque o poder econômico privado tem a capacidade de influenciar as políticas econômicas do Poder Executivo, na produção de leis pelo Legislativo e nas soluções do Poder judiciário. Ademais, tem a capacidade de, permanentemente, atuar nos processos eleitorais, decidindo quem irá se eleger ou não⁷³.

É perceptível tal situação na atualidade sobre o prisma de grandes escândalos que ocorrem no cenário político brasileiro, tendo em vista ações das instituições brasileiras, tal qual a operação lava jato, que desvendou esquema ilícito que privilegiava políticos com desvio de recursos de financiamentos de campanhas, dentre outros ilícitos, feitos por grandes empreiteiras com a finalidade de ganhar licitações de obras do governo. Nas palavras de Josafá Coelho da Silva “Como anuncia o ditado popular: nenhum almoço é de graça; quanto mais as volumosas contribuições dos doadores de campanhas” Desta forma, o capital privado, derivado do poder econômico, constitui-se como verdadeiro investimento para que o agente econômico esteja presente em futuros negócios patrocinados pelo Estado.⁷⁴

É de grande risco a atuação do poder econômico privado sobre o poder político. A sociedade fica a mercê da regulação jurídica sobre a atividade econômica, que é feita, muitas vezes, priorizando-se os interesses privados em detrimento de valores maiores para a sociedade.⁷⁵

A título ilustrativo, pode-se indicar a Portaria editada pelo Governo de Michel Temer em 13/10/2017, que dispõe acerca dos conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho. A norma

⁷² SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: JusPODVIM, 2008, p. 32.

⁷³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁴ COELHO, Josafá da Silva. Financiamento de Campanhas Eleitorais e Abuso do Poder Econômico nas eleições. **Revista Populos**, n. 2, nov. 2016, p. 183.

⁷⁵ SANTIAGO, *op. cit.*, *loc. cit.*

também altera o modo como é feita a inclusão de empresas na chamada “lista suja” do trabalho escravo.

O tema é polêmico e tem argumentos que indicam o avanço da legislação ao aplicar aos casos citados no parágrafo anterior conceitos definidos para a caracterização das condutas, deixando de lado concepções vagas e subjetivas que implicavam em insegurança jurídica para as empresas. Dessa forma, para que se pudesse identificar a condição análoga à de escravo, é necessária a submissão do profissional a trabalho exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, feito de maneira involuntária. O Ministério do Trabalho aduziu que o combate ao trabalho escravo consiste em uma política pública permanente de Estado, que não prescinde de apoio administrativo, com resultados positivos concretos alusivos ao número de resgatados e na inibição de práticas delituosas dessa natureza⁷⁶.

Por outro lado, o Ministério Público do Trabalho manifestou-se em sentido contrário às inovações trazidas por instrumento normativo inadequado, usurpando competência do legislador ordinário. A norma editada vai de encontro ao quanto determinado pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que imputou, internacionalmente, responsabilidade ao Estado brasileiro por não atuar preventivamente à prática de trabalho escravo moderno e de tráfico de pessoas. A Portaria MTB 1.129/2017 também abordou a questão da “lista suja” do trabalho escravo, dispondo que a inscrição do empregador no Cadastro de Empregadores fica a cargo do ministro do Trabalho. Ademais, condicionou a inscrição à existência de um boletim de ocorrência⁷⁷.

Nesse contexto, as instituições democráticas, tais quais o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho recomendaram a revogação do instrumento normativo inadequado⁷⁸.

⁷⁶ ROVER, Tadeu. Por meio de portaria, Ministério do Trabalho muda definição de trabalho escravo. **Revista Consultor Jurídico**, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/ministerio-trabalho-muda-definicao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 25 out. 2017

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ RODRIGUES, Alex. MPF e MPT recomendam revogação de portaria que muda regras do trabalho escravo. **Agência Brasil**, 17 out. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-10/mpf-e-mpt-recomendam-revogacao-de-portaria-que-muda-regras-do>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Tal acontecimento levou ao pronunciamento da Procuradora Geral da República a classificar a norma como um retrocesso à garantia constitucional de proteção a dignidade da pessoa humana⁷⁹.

A referida medida relaciona-se diretamente com o quanto discutido sobre a atuação do poder econômico sobre o poder político na medida em que, em pleno século XXI, condutas que subjugam o ser humano a condições degradantes de trabalho, tal qual a escravidão, são flexibilizadas para atender uma suposta recuperação econômica do país que tem a escravidão arraigada na sua cultura em um passado recente.

3.2 PROTEÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MOTIVO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

O sistema capitalista ganhou força com o advento do Estado Liberal. Há a criação de um conjunto coerente de instituições jurídicas, econômicas e sociais, pela burguesia quando assumiu o controle do Estado, possibilitando consolidar e aumentar o desempenho de suas atividades comerciais e econômicas incrementando o desenvolvimento da economia capitalista.⁸⁰

À época do Estado Liberal o capitalismo tinha as facetas de atomístico, individual e concorrencial. Essas definições consubstanciavam o real contorno das características atinentes ao período capitalista no qual estava inserido. A grande quantidade de pequenas empresas, por vezes individuais ou familiares, tendo absoluta liberdade de iniciativa consubstanciavam o sentido atomístico e individual. Por outro lado, havia a livre concorrência entre as empresas, tendo em vista que, por serem pequenas, em sua maioria, não poderiam exercer influência sensível sobre o mercado, e, em virtude de serem muitas em cada indústria, não havia a possibilidade de estabelecerem combinação entre si, com o intuito de controlar preços no mercado. Era regra a impessoalidade das decisões⁸¹.

⁷⁹ PGR pede revogação de Portaria que altera conceito de trabalho escravo. **Migalhas**, 19 out. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267441,81042-PGR+pede+revogacao+de+portaria+que+altera+conceito+de+trabalho+escravo>>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸¹ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.364.

Nesse sentido, o proveito econômico é a engrenagem principal do sistema econômico capitalista, é através do lucro que se revela sua força motriz. O dono dos meios de produção visa o lucro como forma de transformar o capital investido em capital adicional, e, dessa forma, aumentar sua produção. A busca pelo lucro é necessária para que se possa enfrentar os concorrentes e dominar o mercado. Esse ânimo é mola propulsora do capitalismo, dando ensejo a um processo crescente de acumulação de capital e ampliação da produção. Tornar-se mais produtivo é fundamental para que o capitalista possa se manter competitivo. Isto determina que o capitalista invista o seu proveito econômico em novas máquinas, novas tecnologias, mais matéria-prima e aumente a força de trabalho. Por conta desse processo o capitalismo assume a forma concentrada, deixando de lado o seu caráter atomístico. Se por um lado o aumento da concentração capitalista criou um ganho de eficiência econômica, fornecendo vultuosos resultados econômicos, de outro gerou consequências lesivas ao mercado e suas leis⁸².

Tem-se como exemplo a lei da oferta e da procura, que se encontra submetida ao controle dos agentes econômicos, isto é, os possuidores do poder econômico, quando os mesmos resolvem aumentar ou diminuir a produção com o intuito de provocar aumento artificial de preços, com o conseqüente aumento arbitrário do lucro.⁸³

Enquanto no capitalismo atomístico é o próprio dinamismo, presente na relação de mercado, quem define se a empresa entra, permanece ou sai do mercado, o mesmo não acontece no capitalismo concentrado. Isto porque, em virtude do poder econômico estar concentrado na figura de apenas alguns agentes econômicos, são eles que definem quem permanece ou não no mercado. Para tanto, podem ser utilizadas diversas estratégias, como a venda de mercadorias por valor inferior ao preço de custo do bem ou serviço, impedindo a entrada ou permanência de empresas competidoras no mesmo mercado; a criação de dificuldades para a empresa concorrente funcionar, desenvolver-se, ou constituir-se, consubstanciando-se em clara violação às liberdades econômicas de atuação no mercado e de exercício de atividade econômica⁸⁴.

⁸² SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008, p. 32.

⁸³ *Ibidem*, p. 34

⁸⁴ *Ibidem*, loc. cit.

Como será visto, o *dumping* social é conduta anticompetitiva que pode gerar, através da infração de direitos laborais, aumento do poder de mercado de um determinado agente econômico, importando em abuso às regras e princípios estabelecidos na Ordem econômica e implicando em infração a legislação antitruste, que faz parte da sistemática constitucional.

Nesse sentido, o mercado é atingido pela concentração capitalista, no momento em que é atingida a liberdade de concorrência. Os riscos da atividade econômica presente no mercado não são apreciados pelos agentes econômicos quando os mesmos detêm uma posição de poder econômico. Desta forma, não é mais o mercado quem regula os agentes econômicos, mas sim, o oposto, fazendo com que os agentes econômicos tornem inócua a concorrência e não disputem entre si. A partir disso, dividem o mercado, assumem condutas comerciais uniformes ou concentradas e perfilham acordos de preços e condições de venda com os concorrentes. Com a extinção da concorrência, há a perda da garantia de que o mercado funcionará com finalidade de obter eficiência social, tendo em vista a diminuição da produção, aumento de preço e piora da qualidade, impossibilitando a satisfação maior do consumidor⁸⁵.

O grande contrassenso presente na concentração capitalista é que esta destitui as regras do mercado para impor as regras do poder econômico privado. Há, portanto, a substituição das regras do mercado pelas do agente econômico privado. O poder econômico passa a dirigir o mercado através de um delineamento privado do mercado. Os detentores do poder econômico definem quem vai produzir, como, quando e quanto se produz, a qualidade e o preço daquilo que é produzido, sendo a manipulação do mercado feita somente pelo grupo de detentores do poder econômico⁸⁶.

Em virtude das consequências danosas trazidas pela concentração capitalista ao mercado, se fez imperiosa a atuação estatal na economia para salvaguardar regras mínimas que garantissem a proteção e manutenção do mercado. A intervenção no

⁸⁵ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: JusPODVIM, 2008, p.34.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 35.

mercado para viabilizar a defesa da concorrência, protegendo a livre iniciativa e a tutela do consumidor.⁸⁷

É de suma importância destacar, todavia, que a intervenção estatal não funciona como mecanismo de reposição artificial de um modelo de concorrência perfeita, em que se presume um mercado atomístico, com uma vasta quantidade de agentes econômicos, com uma participação diminuta e, devido a isso, incapazes de influir, individualmente, no mercado. Esse modelo já não tem mais aplicação no contexto atual em virtude das características estruturais do mercado, em que a concentração econômica e o poder econômico são a realidade⁸⁸.

Há, assim, uma busca pela proteção da concorrência que se desenvolve mesmo perante as grandes empresas, caracterizadas pela concentração econômica, o que não é, em absoluto, um fator patológico, constituindo-se, em sentido diverso, em peça fundamental às escalas de produção que o avanço tecnológico, por vezes, não pode dispensar. O elevado custo de investimento e de produção em determinados setores, justifica a concentração econômica em prol do desenvolvimento daquele mercado.⁸⁹

Destarte, as finalidades da intervenção estatal não poderão desorganizar as estruturas dos mercados, descentralizando-os coativamente, mas devem estimular a concorrência entre competidores que se encontrem em situação equivalente. De outra maneira, a atuação do Estado não pode modificar as estruturas dos mercados com o fito de garantia da concorrência, mas deve se certificar de que há níveis aceitáveis de concorrência, o que significa possibilidades verídicas de acesso ao mercado, tanto do lado da oferta, quanto da procura⁹⁰.

3.2.1 A livre concorrência na Constituição

Tendo em vista a abordagem sobre o citado princípio no primeiro capítulo deste trabalho, a análise feita sobre a sua atuação consagrada no texto constitucional terá

⁸⁷ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008, p.35

⁸⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 36.

abordagem detida nos seguintes tópicos com o fito de aprofundar os conhecimentos sobre o direito da concorrência e como em um mercado que exista uma concorrência saudável, conforme os preceitos trazidos pela ordem econômica, torna-se mais difícil a ocorrência do *dumping* social.

3.2.1.1 As funções do princípio Constitucional da livre concorrência

São duas as funções assumidas pela livre concorrência enquanto um dos princípios gerais da atividade econômica, no contexto da ordem econômica.⁹¹

A primeira, de eficácia positiva, permite que o Estado, com o intuito de concretizar, efetivar e realizar a livre concorrência adote os meios necessários para tanto, admitindo-se, inclusive, a intervenção estatal para obrigar o poder privado econômico a promover e respeitar a livre concorrência⁹².

Por outro prisma, há a segunda função, de eficácia negativa. Isto posto, tal finalidade coíbe e reprime abusos praticados no mercado. São proibidas a emanção de normas, atos, práticas comerciais, cláusulas contratuais, ou políticas econômicas, públicas ou privadas que contrariem a livre concorrência sob pena de violação à Carta Constitucional⁹³.

O respeito a livre concorrência deve ser observado quando do exercício de toda e qualquer política ou atividade econômica. Desta forma, somente estarão revestidas de legitimidade e validade constitucional o exercício de política ou atividade econômica que não imponha efeitos deletérios à livre concorrência⁹⁴.

3.2.1.2 O princípio constitucional econômico da livre concorrência e o poder econômico

Não se pode confundir a manutenção das condições de concorrência perfeita, na qual não há qualquer manifestação do poder econômico de agentes no mercado

⁹¹ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: JusPODVIM, 2008, p. 49

⁹² *Ibidem*, p. 50

⁹³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁹⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

com a proteção constitucional à livre concorrência. O poder econômico, considerado em si mesmo, não é ilícito, pelo contrário é reconhecido e admitido constitucionalmente. É considerado instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas dentro de um corpo social que se fundamenta sobre a livre iniciativa. O poder econômico não implica em antijuridicidade, tendo em vista o princípio da livre concorrência.⁹⁵

Cumprido salientar que, em que pese a existência de tal poder, o que não pode ser tolerado é o seu abuso. É o entendimento do ilustre Doutrinador Eros Roberto Grau:

Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do §4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como *princípio da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustrase, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em elemento próprio a sua constituição natural⁹⁶.

Nesse ensejo, há ainda a possibilidade de ser permitido, no mercado, a existência de um monopólio, tendo em vista que um monopólio, em que pese ser a maior representação do poder econômico, não ilustra, somente por existir, em uma situação de abuso do poder econômico⁹⁷. Segundo Tércio Sampaio Júnior:

A ilicitude concorrencial administrativa está na conjugação da prática (ainda que lícita) com efeito, independentemente da intenção (daí a dicção normativa tanto na lei anterior como na atual: “independentemente de culpa”, assinalando, destarte, a infração como um desvio de finalidade do poder econômico). Como no dolo eventual, o risco é um fator a ser levado em conta pelo agente, mormente quando tem, no mercado relevante, *posição dominante*. Nesses casos a natureza culpa tem antes um sentido social, mais próximo do abuso de direito nos termos do código Civil e do desvio de poder do Direito Administrativo⁹⁸.

Portanto, ainda que haja um monopólio em um determinado mercado, não se caracterizará como abuso de poder econômico enquanto não se verificar o desvio de finalidade. É que o desvio de finalidade pode prejudicar e até inviabilizar a liberdade

⁹⁵ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008, p. 50.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.207

⁹⁷ SANTIAGO, *op. cit.* p. 58

⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sanções por Infração à Ordem Econômica na Lei Concorrencial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Títulos de Crédito, Direito Bancário, Agronegócio e Processo Empresarial**. São Paulo: Saraiva 2015, p. 406.

e a justiça econômicas. É permitido pela constituição a utilização de estratégias para que se possa obter uma maior fatia de mercado, não pode, contudo, o agente econômico se utilizar de condutas ilícitas para tanto, como é o caso do *dumping* social.

3.2.1.3 O Princípio Constitucional Econômico da Livre Concorrência Como um Princípio Meio

Em que pese o papel destacado que a Constituição de Federal de 1988 conferiu ao princípio da livre concorrência, não se pode concluir que o mesmo seja absoluto, de maneira a ser mais importante que os demais princípios constitucionais econômicos. O texto constitucional é claro ao determinar que o princípio da livre concorrência é meio para que se atinja um proveito maior para o corpo social, que é o de garantir a todos uma existência digna, sob os ditames da justiça social, como já abordado.⁹⁹

Nesse contexto, a livre concorrência deve ser relativizada a partir do momento em que seja possível verificar melhores resultados sociais e econômicos, na medida em que sirvam para alcançar o propósito da ordem econômica, proporcionando a existência digna sob os ditames da justiça social. A compatibilização dos interesses superiores da justiça social é o fundamento para a intervenção do Estado na disciplina e fiscalização da atividade econômica¹⁰⁰.

Não há área da atividade econômica que não esteja sujeita a uma política econômica de fiscalização de preços. O princípio da livre concorrência, não se constitui em salvo conduto para que agentes econômicos ajam em proveito próprio e em detrimento dos interesses da sociedade, em que pese sua vinculação social e o seu caráter instrumental para consecução das finalidades da República e da ordem econômica. Desta forma, não é lógico invocar o citado princípio para o exercício de atividade econômica em dissonância com o que é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁰¹.

⁹⁹ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008, p. 64

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 65

3.3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.3.1 Aspectos Gerais sobre o SBDC

A Lei 12.529, em seu art. 1º, estabelece como finalidade do diploma a prevenção e repressão às infrações contra a ordem Econômica que deve ser orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esses princípios servem de fundamento para as regras de repressão ao abuso do poder econômico¹⁰².

Tendo em vista a ampla discussão realizada no trabalho acerca dos princípios e finalidades constitucionais que atuam na defesa da concorrência, cumpre tratar acerca do principal fenômeno combatido pela Lei 12.529/2011 que é o abuso de poder, buscando controlar os efeitos nocivos desta prática¹⁰³.

A interferência do Estado nos padrões institucionais da alocação de recursos econômicos resulta em uma intervenção, ainda que mínima, no processo de conversão da liberdade formal de iniciativa em liberdade material que caracteriza o poder na esfera econômica¹⁰⁴. Como aponta o CADE:

Uma empresa ou grupo de empresas possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam ao preço competitivo de mercado.

Para Calixto Salomão com o fito se alcançar uma definição concreta do que seria o poder econômico, seria necessário investigar por quais formas tal poder se revela, para então defini-lo. Neste contexto, em um primeiro momento, para o citado autor, segundo a teoria neoclássica “a principal forma de manifestação do poder

¹⁰² CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.363.

¹⁰³ *Ibidem*, p.366

¹⁰⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

econômico nos mercados está na faculdade (poder) de aumentar preços através da redução da oferta do bem ou serviço”.¹⁰⁵

Assim, o autor aduz que, para os neoclássicos, o aumento de preços, além de uma simples manifestação, é uma consequência necessária para que se configure a existência de poder de mercado. Julga, contudo, ser uma definição bastante simplista do poder no mercado, concluindo que a definição teoricamente mais acertada seria a de que

[...] poder econômico no mercado não é a possibilidade de aumentar preços, mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade.¹⁰⁶

Nesse passo, as empresas que não detêm o poder econômico, tentam se adaptar ao mercado, já as que se encontram na condição de transformar o ambiente em que atuam, elevam-se à condição de elemento motor do sistema econômico. Após, há a programação setorial de uma parte do sistema econômico em que atua a empresa possuidora de poder econômico¹⁰⁷.

Por fim, a capacidade do Estado de ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes formadores da política econômica, resta limitada¹⁰⁸.

Por conseguinte, quanto mais atomizado o poder econômico, maior será a atuação dos órgãos institucionais para efetivação de decisões alusivas às políticas econômicas afastando-se das decisões tomadas pelos entes privados detentores do poder econômico. Há uma valorização das estruturas institucionais no combate a concorrência desleal.

Neste contexto, A concorrência desleal pode se dar das mais diversas formas como visto no capítulo sobre *dumping* social, desde o trabalho escravo, terceirização fraudulenta ou através do deslocamento da indústria de um país em que há mais garantias laborais para outro com menos regulamentação sobre o tema. Desta forma, o Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência, ao atuar para que exista um

¹⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 142.

¹⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰⁷ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.366.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.367.

ambiente de competição saudável, coíbe agentes econômicos que possam atingir posição dominante de mercado, utilizando-se do dumping na modalidade social, coibindo-os e aplicando sanções àqueles que infringem a ordem econômica.

3.3.1.1 O Novo SBDC como um desenho institucional mais eficiente para implementação da política brasileira de Defesa da Concorrência

A Lei 12.529/11 revogou a Lei n. 8.884/1994, entrando em vigor em 30 de maio de 2012, sendo marco histórico e decisivo para o aprimoramento da política brasileira da defesa da concorrência. A partir da elaboração desta nova lei são introduzidas profundas alterações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹⁰⁹.

O novo Sistema de Defesa da Concorrência é de fundamental importância para a estabilização dos preceitos trazidos pela Constituição quanto a ordem econômica. Os órgãos reguladores da concorrência serão investigados nesse tópico como forma de compreender o seu funcionamento para o combate de condutas anticoncorrenciais que ferem a ordem econômica.

3.3.1.2 Mudanças Estruturais

Os órgãos de proteção a concorrência no país sofreram uma completa alteração a partir da Lei 12.529/11. O novo sistema determina que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é o responsável pelas funções de investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e a decisão final sobre os processos, tarefas que, no sistema antigo, se sobrepunham entre três diferentes agências tais quais, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão ligado ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão ligado ao Ministério da Fazenda, e o próprio CADE, que continua sendo uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça. Sendo assim, a reunião dessas funções em uma só agência

¹⁰⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.374.

possibilita a tramitação mais célere de processos, com a eliminação da confluência de tarefas e maior especialização de áreas técnicas¹¹⁰.

Isto posto, parte-se para a análise da estrutura do CADE que se divide em quatro órgãos internos principais: Superintendência Geral, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos e Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE.¹¹¹

O primeiro órgão a ser destacado é a figura da Superintendência-Geral (SG) que absorveu as competências da SEAE e da SDE no que tange às investigações de condutas anticoncorrenciais e à instrução/análise de atos de concentração¹¹², art. 13 e seus incisos da Lei 12.529/11¹¹³. É composta por um Superintendente-Geral, dois

¹¹⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.375.

¹¹¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação. In: AGUILLAR, F. H. (Org.). **Coleção direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38

¹¹² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. Prefácio, Eros Roberto Grau. São Paulo: 2016.

¹¹³ Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei; c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal; e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem; VII - recorrer de ofício ao Tribunal

adjuntos, e oito Coordenadores-Gerais de Análise Antitruste. O superintendente Geral é indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, tendo mandato fixo de dois anos renovável apenas uma vez¹¹⁴.

Outrossim, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica também faz parte da Estrutura do CADE. É órgão que tem função judicante, composto por seis conselheiros e um presidente, todos com mandatos fixos de quatro anos sem a possibilidade de reeleição. O Presidente da República é responsável pela indicação de todos os Conselheiros e são submetidos à aprovação do Senado Federal.¹¹⁵ O Tribunal tem seis principais funções, segundo Paula A Forgioni: (i) julgar condutas dos agentes econômicos, imputando ou não à elas o caráter infracional da ordem econômica, além da imposição de multas e outras penalidades previstas em lei; (ii) análise dos atos de concentração econômica, autorizando-os, ou os reprovando, ou, ainda, permitindo-os com restrições; (iii) aprovar os termos de compromisso de cessação, através dos quais os agentes econômicos comprometem-se a não

quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; XVI - exercer outras atribuições previstas em lei; XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário. BRASIL. Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹¹⁴ AGUILLAR, Fernando Harren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.277.

¹¹⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. In: AGUILLAR, F. H. (Org.). **Coleção direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38.

cometer mais práticas suspeitas (art. 9, v¹¹⁶); (iv) aprovar os termos de acordos em controle de concentrações, buscando garantir que as operações permitidas sejam efetivamente benéficas a economia de um modo geral; (v) apreciar, em sede recursal, as medidas preventivas tomadas pelos conselheiros ou pela SG (art. 9º, VI), além de concedê-las(art. 9º,IV¹¹⁷); e, por fim, responder consultas sobre condutas em andamento (art. 9º, §4º¹¹⁸)¹¹⁹.

A estrutura do CADE ainda é composta pelo Departamento de Estudos Econômicos. O direito da concorrência tem objetivos econômicos, exigindo do julgador um cuidado maior quanto à fundamentação econômica de suas decisões. Este departamento é gerido por um Economista-Chefe que emite pareceres e realiza estudos econômicos para fundamentar as ações do CADE. Ao Economista-Chefe é concedida a permissão para participar nas sessões do Tribunal, contudo não pode se expressar conforme o art. 51, III¹²⁰, da Lei 12.529/11¹²¹.

Por fim, a estrutura do CADE ainda comporta a Procuradoria-Geral (PRO-CADE). A mesma assume atribuição consultiva e de defesa judicial da autarquia. Ocorre que, o seu papel, a partir da edição da nova lei, é mais ativo, em virtude das necessidades não só do Tribunal, como, também, da Superintendência Geral. A representação

¹¹⁶ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; BRASIL. Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹¹⁷ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral. BRASIL. Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: 2016, p. 134.

¹²⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa(Coord.). tratado de Direito Comercial, volume 6 : Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência – São Paulo : Saraiva 2015. p.378.

¹²¹ *Ibidem, loc. cit.*

judicial e extrajudicial, a apuração da liquidez dos créditos para inscrição na dívida ativa, além da promoção de acordos judiciais, que eram atribuições previstas na Lei 8.884/94, com a nova lei, também passa a ser competência da PRO-CADE para tomar medidas judiciais para obtenção de documentos para instrução de processos administrativos e de propor ação cautelar de busca e apreensão. O procurador Chefe, poderá comparecer às sessões do CADE nas mesmas condições do Economista-Chefe¹²².

3.3.1.3 Mudanças nos Procedimentos

O processo deve ser concebido de forma a prestar ao adequado cumprimento da função pública que instrumentaliza. A atuação estatal, pautada no princípio da legalidade, está sempre voltada a consecução de objetivos determinados de interesse público. Nesse prisma, os procedimentos administrativos são instrumentos pelos quais busca-se formar a “vontade estatal”, tendo em vista a consecução das funções legais destinadas ao Poder Público e o respeito aos direitos e garantias individuais.¹²³

As alterações realizadas pela Lei 12.529 não se resumem a busca pela eficiência, racionalização e simplificação de algumas etapas dos procedimentos, como também pelo cuidado de garantir permeabilidade dos procedimentos do CADE a atores com opiniões, não raro, contrapostas, envolvendo o mérito da situação sob análise. Essa permeabilidade faz parte, também da noção do devido processo legal.¹²⁴

Inicialmente, passa-se pela modernização do sistema brasileiro de atos de concentração. A nova lei introduz o sistema de análise prévia dos atos de concentração de acordo com as melhores práticas internacionais. Durante a vigência da lei anterior, somente eram submetidos à análise do CADE os atos de concentração após a sua realização, quando então seriam aprovados ou não pelo órgão. Tal procedimento era ineficiente na medida em que não era eficaz para a

¹²² AGUILLAR, Fernando Harren. **Direito Econômico**: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.280.

¹²³ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial**: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015, p.380.

¹²⁴ *Ibidem*, p.381.

proteção do interesse público como também contraproducente do ponto de vista econômico¹²⁵. As partes não poderão concretizar o ato de concentração sem a aprovação do CADE e, caso o órgão não se manifeste tempestivamente, as operações serão consideradas aprovadas. Contudo, caso os agentes econômicos finalizem o processo de concentração sem a aprovação do CADE, isso implicará em aplicação multas que podem variar de 60 mil a 60 milhões de reais, sob a análise do caso concreto¹²⁶.

Em um segundo momento, há de se destacar os avanços nos procedimentos para análise de condutas, sendo possível a identificação de um conjunto de medidas com impactos positivos na atuação do CADE. Neste contexto, há a criação de um procedimento preparatório que tem a função de definir se o CADE tem ou não competência para avaliar a matéria que será analisada no caso concreto. No âmbito do processo administrativo, para aplicação de sanções por infração à ordem econômica, propriamente dita, são estabelecidas regras que aumentam celeridade e eficiência do procedimento à exemplo da determinação para especificação de provas concomitantemente à apresentação da defesa, e não mais observando-se o prazo de 45 dias após a apresentação. Há, também, a diminuição de formalismos alusivos a notificação, que é feito via postal, ou por qualquer meio que garanta a ciência do interessado e não, somente, como aviso de recebimento em nome próprio.

A nova lei trouxe avanços que compatibilizam de melhor forma os institutos que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atuando no combate efetivo de condutas anticoncorrenciais, tal qual, o *dumping* social. A relação se dá na medida em que a prática permite ao agente econômico obter um ganho de parcela de mercado sob a infrações de direitos laborais garantidos no texto Constitucional, que deve ser interpretado de maneira integrada, considerando tanto os princípios da livre concorrência, quanto as finalidades sociais.

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: 2016, p. 268

¹²⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.381.

3.3.2 Posição Dominante e o Seu Abuso

O pensamento de que em um determinado mercado haja somente um agente econômico pode ensejar uma compreensão de que o mesmo ocupa uma posição monopolista. Contudo, é frequente, tanto na jurisprudência quanto na doutrina econômica que o termo “posição monopolista” seja utilizado para fazer alusão à posição do agente econômico que não atua sozinho no mercado relevante. Isso posto, entende-se que, mesmo a empresa que não opere isoladamente no mercado, pode ser detentora de poder econômico tal que lhe permita agir de maneira independente e indiferente ao comportamento ou a existência de outros concorrentes no mercado¹²⁷.

A lacuna competitiva implica na sujeição dos demais agentes econômicos em relação a empresa detentora de razoável poder de mercado. Ocorre que, para a caracterização do comportamento monopolista, não é necessário que haja a total ausência de competição em um determinado mercado relevante, sendo suficiente que os níveis de concorrência não se estabeleçam ao grau ou ponto de influenciar significativamente o comportamento da empresa dominante¹²⁸.

O comportamento típico do monopolista tende a ser adotado pela empresa que se encontra em posição dominante, imputando aumentos ao limite máximo dos preços, não prezando pela qualidade do produto ou serviço e ainda infligindo a outros, práticas que não aconteceriam caso existisse concorrência. Somente é necessária a influência de estabelecer as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma, tornando inócuas as forças normais que regeriam o mercado¹²⁹. Nas palavras de Calixto Salomão Filho “É preciso que o poder tenha base estruturais estáveis, de forma a fazer pressupor que perdurará no tempo”¹³⁰.

É a ausência de riscos aos seus negócios que fundamenta o comportamento daquele que detém a posição dominante, pois, mesmo que a estratégia por esse adotada leve ao seu insucesso, os outros competidores não poderão se valer disso para angariar fatias de mercado. O poder econômico garantirá ao agente econômico

¹²⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: 2016, p. 268.

¹²⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 312.

a posição de *potestas*, ou seja, conferirá ao seu titular um direito potestativo, tendo em vista sua atuação indiferente e independente. Nas palavras de Paula A. Foligoni¹³¹:

A posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos.

A posição dominante ocorre quando um agente econômico ou um grupo de empresas obtém parcela substancial do mercado relevante. A lei 12.529/11 define como parcela substancial o percentual de 20% do mercado relevante. Contudo, a partir da análise do caso concreto, o respectivo diploma autoriza que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica altere esse percentual para setores específicos da economia¹³², conforme o art. 36, §2º da lei 12.529/2011¹³³.

3.3.3 Definição do Mercado Relevante

Inicialmente, a definição dos mercados relevantes, na seara antitruste, corresponde à forma com que o analista compreende as estruturas de mercado.¹³⁴ Nas palavras de Mario Luiz Possas:

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe detentoras de poder de mercado, cujo exercício abusivo incumbe à legislação e às agências de defesa da concorrência (antitruste), como objetivos essenciais,

¹³¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: 2016, p. 270.

¹³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³³ Art. 36. 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: § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³⁴ SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

prevenir e coibir, pois é nesse locus - devidamente delimitado - que se dá, efetiva ou potencialmente, tal exercício.¹³⁵

A Lei 12.529/2011, em diversas oportunidades refere-se a expressão “mercado relevante”. O mercado relevante “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”, segundo Paula A. Forgioni. Contudo, sem a sua reconhecimento não é possível determinar o enquadramento nas hipóteses do art. 36, *caput* da Lei de Defesa da Concorrência. O texto normativo faz menção à restrição da “concorrência” e, a partir desse momento deve-se determinar de qual concorrência está se tratando (com o fito de identificar se a prática sob análise teve por objeto ou por efeito restringi-la). De igual forma se dá com o domínio de mercado e o abuso da posição dominante: são práticas que somente são verificáveis a partir do caso concreto, quando alusivas a um determinado mercado: o mercado relevante.¹³⁶

O mercado relevante é definido como o elemento de estudo do poder de mercado. É a fronteira da concorrência entre os agentes econômicos.¹³⁷

Para se determinar qual é o mercado relevante de atuação de uma determinada empresa, leva-se em consideração duas dimensões: a dimensão geográfica e a dimensão do produto. A primeira dimensão na definição de Paula A. Forgioni, “é o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”. Todavia, o mercado relevante geográfico não pode ser determinado abstratamente, isso porque dependa da localização da empresa, bem como da natureza do produto e da conduta que está sob análise¹³⁸.

A ideia por trás do conceito de mercado relevante é delimitar o espaço em que não seja possível substituir-se um produto por outro, seja porque não há um produto substituto, seja porque não é possível obtê-lo¹³⁹.

¹³⁵ POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista IBRAC**, maio 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em 26 out. 2017.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: 2016, p. 221.

¹³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³⁸ FORGIONI, *op. cit.*, p. 223

¹³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Já o mercado relevante material, ou do produto, conforme o pensamento de Paula A. Fogrioni, “é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece.” Para delimitar o seu mercado relevante é preciso que se parta da identificação das relações de concorrência.¹⁴⁰

Por fim, pode-se concluir que um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de maneira que uma empresa monopolista poderia obrigar um pequeno, mas relevante e não momentâneo aumento de preços, e que, mesmo após esse fato, os consumidores não passassem a consumir outros produtos ou que fossem até outra região para poder obtê-lo. O mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que o critério estudado é satisfeito. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético.¹⁴¹

¹⁴⁰ FORGIONI, *op. cit.*, p. 227.

¹⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

4 O DUMPING

Neste capítulo serão investigadas todas as nuances pertinentes ao *Dumping*. Inicialmente, observar-se-á sua vertente histórica, buscando-se identificar a origem do termo e, em seguida, a identificação da conduta no plano nacional e internacional. O *dumping* é uma conduta que pode ser classificada de diferentes maneiras e traçar medidas *antidumping* faz parte do entendimento para o estabelecimento de padrões mínimos de trabalho. Nesse passo, serão investigas os diversos meios pelos quais o *dumping* pode se manifestar, afetando toda a coletividade.

Após a investigação dos limites do *dumping*, propõe-se a elucidação da temática central do capítulo que é sua modalidade social. Delineando o conceito, natureza jurídica e elementos caracterizadores.

Ao longo da investigação dessa prática, serão feitas observações acerca de como os elementos da concorrência atuam para garantir a efetiva preservação da ordem econômica e, conseqüentemente, a sua integração com os direitos laborais, voltados a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, buscando assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social.

4.1 HISTÓRICO

A primeira notícia histórica que se tem sobre a repressão à prática de *dumping* data do início do século XX¹⁴². Ferrovários canadenses, ao tempo de construção de uma ferrovia transcontinental, começaram a comprar aço de fornecedores americanos em face do baixo preço praticado pelos mesmos. Esses fornecedores viram uma oportunidade de expandir o seu mercado consumidor praticando preços mais baixos do que os usualmente utilizados no mercado, caracterizando-se conduta anticoncorrencial¹⁴³.

¹⁴² FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

¹⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

Diante dessa situação, e dos efeitos deletérios dessa prática consumada, os canadenses se viram obrigados a tomar medidas para coibir tal conduta, surgindo assim a primeira legislação *antidumping*¹⁴⁴.

Ao final da segunda grande guerra mundial, os países vencedores, diante das grandes mazelas deixadas pelos anos de conflito, estavam buscando fortalecer as suas economias. No intuito de promover o estreitamento dos laços econômicos, estabeleceram o GATT (*General Agreement on Tarifs and Trade*)¹⁴⁵.

Nesse contexto, na Carta de Havana, elaborada em 1948 pelos participantes da Conferência das Nações Unidas sobre comércio e Emprego, com a finalidade de adoção de padrões laborais mínimos, elaborou acordo quanto a sua adoção e obediência. Todavia, o resultado dessa Conferência, apenas colocou em prática o GATT (*General Agreement on Tarifs and Trade*), de 1947, que obteve alcance restrito apenas a cláusulas comerciais. O debate foi retomado em rodadas posteriores.¹⁴⁶

Em 1986, na Rodada do Uruguai, que deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC), foi aprovado Acordo *Antidumping* Rodada do Uruguai (AARU). Foi a partir desse acordo que foram fixados os critérios para aplicação de medidas repressivas quanto ao *dumping*, sendo necessária a existência de dano e considerando como preço desleal aquele inferior ao praticado no mercado interno.¹⁴⁷

O vínculo entre o trabalho e o comércio internacional, todavia, somente foi reconhecido em 1996, durante a Convenção de Cingapura. Entretanto, tal convenção, optou por afastar a competência da OMC, quanto a análise do desrespeito contra direitos trabalhistas, a qual, seria competência exclusiva da OIT, visto que essa teria conhecimento técnico para tratar do tema.¹⁴⁸

Por conseguinte, é a Organização Mundial do Trabalho (OIT) a instituição que tem o dever de zelar, em âmbito internacional pelos direitos laborais. É “responsável pela

¹⁴⁴ FERNANDEZ, Leandro, ***Dumping Social***. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴⁵ BERTAGNOLLI, Ilana de *apud*. BARROS, Maria Carolina Mendonça. Aplicação das Medidas *Antidumping* como Intervenção na Economia. **Revista Direito e Inovação**, 2013. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao09/convidados/Artigo-antidumping.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2017.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Henrique de Paiva. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF**. v.106 nº1, 2015, p.70.

¹⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁸ *Ibidem*, loc. cit.

formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho”¹⁴⁹, mas a relação com as normas de comércio internacional é evidente. Portanto, devendo agir para garantir que os direitos laborais não sejam desvirtuados em face do abuso do poder econômico.

Nesse sentido configura-se um problema de diálogo entre as instituições, culminando num vácuo de competência para formulação, análise e aplicação dos institutos de proteção ao trabalhador. Tal relação entre trabalho e comércio internacional é extremamente imbricada e merece atuação conjunta de ambos os institutos internacionais visando melhor proteger o trabalhador.¹⁵⁰

Nesse contexto, o maior patrocinador da implementação de cláusulas sociais, desde o início do debate sobre as normas internacionais de combate à prática na modalidade social, é os Estados Unidos, enquanto os maiores opositores são os países em desenvolvimento¹⁵¹.

Em um primeiro momento, os países em desenvolvimento alegam que por trás da implementação de cláusulas sociais haveria um interesse protecionista. Após, defendem não haver um entendimento uniforme quanto ao que seria um padrão laboral mínimo. Por fim, os países em desenvolvimento sustentam que a aplicação de sanções comerciais aos seus produtos implicaria numa redução de demanda por eles, agravando a situação de pobreza desses locais.¹⁵²

A fragilização de direitos do trabalhador é prática frequente para que o agente econômico possa obter ganhos de parcela de mercado. A submissão de trabalhadores à condições análogas às de escravidão, terceirização fraudulenta e o deslocamento do processo produtivo de indústrias para países em que os direitos laborais são mais frágeis, são condutas anticoncorrencias que implicam na caracterização do *dumping* social e constituem infração à ordem econômica.

Em que pese as normas protetivas exaustivamente tratadas no texto constitucional e legislação inferior, essa também é a opinião do Brasil ao longo das Rodadas do

¹⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 26 de mar. 2017. .

¹⁵⁰ ARAÚJO, Henrique de Paiva. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF**. v. 106, nº1, 2015, p.70.

¹⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵² *Ibidem*, loc. cit.

GATT, hoje OMC. O Brasil afasta a aplicação de cláusulas sociais em tratados multilaterais de comércio, além da aplicação de medidas repressivas¹⁵³.

4.2 DEFINIÇÃO DO *DUMPING* NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL E NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNO

No âmbito internacional é através do GATT que o *dumping* é definido. A definição trazida pelo GATT, que foi adotada pelo Brasil, denota a existência do *dumping* a partir da análise do nexos causal e o dano efetivamente causado ao mercado, para que se possa configurar um *dumping* condenável.¹⁵⁴

Nota-se que pelo tratado busca-se traçar diretrizes para que se possa averiguar qual conduta realmente configura a prática de *dumping*: “ocorrência ou ameaça de ocorrência de prejuízo material a indústria de um país ou sensível retardamento de estabelecimento de uma indústria nacional”.¹⁵⁵

Nesse sentido, busca-se distinguir o que seria o *dumping* condenável do *dumping* não condenável. Sendo assim, seria, a última, a conduta que não se pode imputar sanção, enquanto a primeira a qual não pode ser permitida.

O *dumping* não condenável seria aquele que, em que pese existir uma potencialidade na ocorrência de danos na indústria interna de um país, não se verifica a lesão. Por outro lado, existiria o *dumping* condenável, que seria aquele que causa danos ao mercado do país e prejudica o estabelecimento de uma indústria nacional.¹⁵⁶

Assentadas essas premissas, cumpre diferenciar os conceitos de *dumping*, *underselling* e preços predatórios, que apesar dos semelhantes efeitos, têm diferenciação prática. O *dumping* consiste na comercialização de produtos abaixo do

¹⁵³ ARAÚJO, Henrique de Paiva, **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF**, 2015, V.106 n^o1, p.70

¹⁵⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **General Agreement on Tariffs and Trade**. Artigo VI, 1. ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947 (GATT 47). Disponível em <http://www.fed.unl.pt/docentes_docs/ma/LTF_MA_26142.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

¹⁵⁵ FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, p.82.

¹⁵⁶ SILVA, Alice Rocha. *Dumping e Direito Internacional Econômico*. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, p.51, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dumping-e-direito-internacional-econ%C3%B4mico>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

preço comumente praticado no mercado, causando assim danos a este. Já o *underselling* seria a comercialização de produtos abaixo do próprio custo empregado para a confecção daquele item. Difere-se do *dumping* na medida em que para este não é necessário que se verifique um preço menor que o preço de produção, mas sim um possível risco de dano a indústria nacional ou o desestímulo da implantação de uma indústria nacional¹⁵⁷.

Por fim, o preço predatório é verificável quando há a implantação de menores preços com a finalidade de eliminar um concorrente, pretendendo, com isso, explorar a parcela de mercado obtida com a prática¹⁵⁸.

A prática de exportação de produtos a preço inferior ao praticado no mercado interno do país exportador com o objetivo de conquistar mercados é o conceito que primeiro se deu ao *dumping*.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a definição estabelecida pelo GATT. Nesse contexto, o Brasil aprovou a Ata Final da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT através do Decreto Legislativo nº30, de 15 de dezembro de 1994¹⁵⁹.

Em 1995, foi editada a Lei nº 9.019 e que foi regulamentada pelo decreto nº1.602. Contudo em 2013 houve a revogação deste ato e atualmente o Decreto nº 8.058 de 2013 determina em seu art. 7º:¹⁶⁰

Art.7º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de **dumping** a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de **drawback**¹⁶¹, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal.¹⁶²

¹⁵⁷ SOUZA, **Diego Krainovic Malheiros de**. Dumping Underselling e preço predatório. JusBrasil. Disponível em: <<https://diegokms.jusbrasil.com.br/artigos/325126832/dumping-underselling-e-preco-predatorio>>. Acesso em: 29 out. 2017.

¹⁵⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>. Acesso em: 26 out. 2017

¹⁵⁹ FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, p.83.

¹⁶⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁶¹ PORTAL TRIBUTÁRIO. O regime aduaneiro especial conhecido como "*drawback*" consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/drawback.html>>. Acesso em 8 maio 2017.

¹⁶² BRASIL. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF 27 jul. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8058.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

Da mesma forma em seu art. 8º o decreto esclarece: “Considera-se “valor normal” o preço do produto similar, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador.”¹⁶³

Há, portanto, consonância entre o entendimento do ordenamento jurídico pátrio e a definição dada pelo direito internacional acerca do conceito de *dumping*.

4.3 MODALIDADES DE *DUMPING*

Levando-se em consideração as diferentes formas em que o *dumping* pode se apresentar, se fez necessária a adequação do seu conceito. As motivações são variadas e fruto da dinamicidade econômica, por isso não se pode considerar o *dumping* como algo único, sendo necessário avaliá-lo de diversas perspectivas. Deste modo, é necessária a análise dessas diversas espécies para que se tenha um melhor entendimento sobre o tema.¹⁶⁴

O *dumping* por excedente é caracterizado pelo aumento na produção com a perspectiva de ganho em virtude da organização mais econômica do processo produtivo de maneira que se alcance a máxima utilização dos fatores produtivos envolvidos no processo, procurando como resultado baixos custos de produção e o incremento de bens e serviços. Os produtos remanescentes são destinados ao mercado externo, assim aumentando a oferta do produto, diminuindo o seu preço no país Importador¹⁶⁵.

O *dumping* predatório verifica-se na hipótese em que se busca a eliminação de concorrentes que produzam mercadorias similares. Por meio de práticas, como manter baixos preços no mercado importador, visando tornar inviável a atividade da

¹⁶³ BRASIL. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF 27 jul. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8058.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁶⁴ SILVA, Alice Rocha. Dumping e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, p.51, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dumping-e-direito-internacional-econ%C3%B4mico>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁶⁵ *Ibidem*, loc. cit.

indústria local, ou qualquer outra estratégia mercadológica, o exportador teria o monopólio do mercado. A partir da derrota dessas indústrias do mercado local, ele poderia elevar abusivamente os preços para reaver os prejuízos que suportou.¹⁶⁶

O *dumping* tecnológico é a ocasião em que os custos da produção e a tecnologia são fatores que estão imbricados. Nessa espécie o desenvolvimento tecnológico proporciona a diminuição nos custos de produção, determinando assim a conquista do mercado importador.¹⁶⁷

O *dumping* estrutural: Valida-se a partir da existência de excedente de produção de certo gênero em determinado mercado, e, como consequência, a sua posterior exportação à preços inferiores àqueles praticados no mercado externo. Difere-se do *dumping* por excedente na medida em que nesse tipo não há intuito na maximização da produção e ganhos na economia de escala.¹⁶⁸

O *dumping* ecológico é a modalidade caracterizada pela negligência a utilização de matéria prima sustentável, uso de fontes não renováveis e mudança do setor produtivo das empresas para localidades onde as leis ambientais são menos exigentes ou inexistentes.¹⁶⁹

O *dumping* cambial é caso que se constata a partir da manutenção artificial de taxas cambiais, por um governo, a preços abaixo do que realmente são. Essa medida aumentaria os preços de importação e estimularia a exportação.¹⁷⁰

O *dumping* Social é relativo a violação por parte das empresas de padrões laborais. Seria, portanto, uma prática antijurídica, baseada na concorrência desleal desrespeitando a boa-fé objetiva nas relações de trabalho.¹⁷¹ Será objeto de análise detida da pesquisa.

¹⁶⁶ SILVA, Alice Rocha. Dumping e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, p.51, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dumping-e-direito-internacional-econ%C3%B4mico>>.

Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁶⁷ FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, p 84.

¹⁶⁸ SILVA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁹ PORTAFOLIO VERDE. El *dumping* ecológico: hacia la estandarización de las regulaciones ambientales. **Legiscomex**, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.legiscomex.com/BancoConocimiento/D/dumping-ecologico-estandarizacion-regulaciones-ambientales-portafolio-verde/dumping-ecologico-estandarizacion-regulaciones-ambientales-portafolio-verde.asp?CodSeccion=>>>.

Acesso em: 25 mar. 2012.

¹⁷⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, p.64, jul./dez./2015.

É evidente a diferença de prática de diferentes tipos de *dumping* para obtenção de maiores lucros. A dialética entre as possíveis formas de *dumping* possibilita inferir que o conceito firmado pelo GATT não é completo e por isso merecem ser analisados os exemplos supracitados na consecução de um conceito mais abrangente.

4.4 O *DUMPING* SOCIAL

Esta seção propõe-se ao aprofundamento do estudo sobre o *dumping* social em seus aspectos de conceito e características, afim da posterior identificação dos regramentos que são ofertados a matéria e quais são os possíveis reflexos que prática dessa conduta na modalidade social podem causar à ordem econômica, de acordo com a interpretação sistêmica da Constituição Federal (CF/88).

4.4.1 Conceito

O *dumping* social figura como matéria frequentemente discutida no Direito Internacional, no Direito Coletivo do Trabalho, sendo o objeto deste trabalho a análise de seus efeitos sobre a Ordem Econômica e a proteção desta pelo direito concorrencial.

É questão perceptível em países subdesenvolvidos, e ou, em desenvolvimento que recebem grandes investimentos de multinacionais afim da contratação de mão de obra barata. Tal conduta se propõe em diminuir os custos de produção para angariar fatias de mercado, implicando em afronta a direitos trabalhistas e previdenciários básicos e também na prática de concorrência desleal.¹⁷²

O *dumping* social visto como condenável é aquele que, como anteriormente citado, consiste na prática de preços inferiores aos praticados no mercado derivados do corte nos custos de produção a partir do desrespeito a padrões laborais mínimos. Após a eliminação dos outros *players* do mercado, a empresa volta a cobrar preços

¹⁷² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, p.63, jul./dez./2015.

mais altos e mantém a mesma conduta de infração à direitos trabalhistas básicos.¹⁷³

É o entendimento do Professor Enoque Ribeiro Santos:

[...] podemos apresentar o conceito de dumping social como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como as demais empresas do setor.¹⁷⁴

Por fim, o *dumping* social pode ser considerado como a categoria de concorrência desleal, consistente na comercialização de produtos abaixo do preço comumente praticado no mercado, fruto da exploração de mão de obra barata em afronta a direitos laborais mínimos, direitos previdenciários e a demais empresas do setor. O resultado dessa prática não é outro se não o quanto amplamente discutido no trabalho, abuso do poder econômico como forma de angariar fatias de mercado.

4.4.2 Natureza Jurídica

A partir da análise do conceito apresentado podemos afirmar que o *dumping* social é uma conduta que produz um dano social, difuso e coletivo. Isso porque não atinge somente ao trabalhador que exerce o labor mediante condições precárias de trabalho, mas também àqueles que se encontram em situação de desemprego e que em busca do sustento próprio e ou de sua família, submetem-se a tais condições.¹⁷⁵

O crescimento econômico é de fundamental importância para o equilíbrio social nas relações trabalhistas. Diante de um quadro onde há o encolhimento da economia, diminui-se a oferta de novos empregos e diminuição da sua qualidade. Tal movimento social implica na aceitação, pelo trabalhador, de qualquer tipo de emprego, mesmo empregos com propostas irregulares, para que ao final do mês possam prover o sustento familiar.¹⁷⁶

¹⁷³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O *Dumping* Social nas Relações de Trabalho. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, jul./dez./2015, p. 64.

¹⁷⁴ FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, p.85.

¹⁷⁵ SANTOS, *op. cit. loc. cit.*

¹⁷⁶ *Ibidem, loc. cit.*

Este fator impulsiona o empresariado a cortar custos com a parte mais fraca da sociedade. Num panorama de crise econômica, como o atual, é possível identificar que a primeira parcela da sociedade a ter direitos reduzidos é a classe proletária. Em uma sociedade onde primeiro visa-se a manutenção de privilégios de castas que estão no poder estatal durante gerações, busca-se o alinhamento com aqueles que detêm o poder econômico e os meios de produção. O resultado dessa união não será o sacrifício dos próprios ganhos, como através de uma reforma tributária, para resgatar a economia. O resultado dessa união terá incidência em normas trabalhistas e previdenciárias.¹⁷⁷

Como se não fosse o bastante, ainda é divulgado por esse cruzamento que o sacrifício de tais direitos possibilitará maior oportunidade de empregos à sociedade, que na última semana de abril de 2017 possuía mais de 14 milhões de desempregados em idade economicamente ativa.¹⁷⁸

Não há o interesse de informar a sociedade acerca do que está sendo proposto pela aliança mencionada. Há a carência de discussão ampla pelos setores da sociedade. Essa, inclusive, é a percepção do Magistrado Enoque Ribeiro dos Santos, qual seja que;

[...] vivemos em uma sociedade altamente desigual, perversa, uma sociedade de miseráveis, com cerca de 32,2%¹⁷⁹ da força de trabalho no mercado clandestino ou informal, no qual a média de escolaridade do trabalhador situa-se entre 6 e 7 anos, e o abismo entre ricos e pobres aumenta ano a ano.¹⁸⁰

Sabe-se que o preço competitivo é o maior estímulo para que o empresariado consiga maiores fatias de mercado. Quanto maior for a proporção inversa entre qualidade, sendo esta maior, e o preço, maiores são as possibilidades de êxito do *player* no mercado.¹⁸¹

¹⁷⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, jul./dez./2015, p. 65.

¹⁷⁸ SILVEIRA, Daniel; KOMETANI, Pâmela. Desemprego fica em 13,6% em abril e atinge 14 milhões de brasileiros. *G1*, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-136-no-trimestre-terminado-em-abril.ghtml>>. Acesso em: 25 out. 2017

¹⁷⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Índice do último quadrimestre de 2016**: 45,37%. Boletim do mercado de trabalho – Conjuntura e Análise n.62, Abril 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29977&Itemid=9.

Acesso em: 08 maio 2017.

¹⁸⁰ SANTOS, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸¹ *Ibidem, loc. cit.*

Nesse sentido, uma maneira de reduzir os custos de produção é através da redução dos salários dos seus trabalhadores, principalmente no Brasil, país em que os encargos sociais são sobrelevados. Se os salários representam mais de cinquenta por cento do custo final do produto e ou serviço, o empresariado reduz salários ao extremo para repassar a menores preços ao consumidor final.¹⁸²

Portanto, em virtude do dano transcender a figura do trabalhador como indivíduo único e atingir de forma generalizada a sociedade, caracteriza-se como difuso. É por isso que entendemos o *dumping* social como parte integrante dos institutos de Direito Coletivo do Trabalho. Fundamenta-se na possibilidade de lesões à sociedade como um todo e não somente ao indivíduo trabalhador submetido à condições precárias de trabalho.¹⁸³

4.4.3 Características do *Dumping* Social

Para investigação dos elementos que compõem o *dumping* na modalidade social propõe-se a sistematização adotada por Leandro Fernandez¹⁸⁴

4.4.3.1 Concorrência Desleal por Meio da Venda de Produtos a Valores Inferiores ao Preço de Mercado

O Princípio da Livre Concorrência, sob um aspecto semântico, consiste em “uma das diversas dinâmicas de mercado [...] a concorrência perfeita [...] constata o maior nível de competitividade possível”¹⁸⁵.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é o órgão regulador da concorrência no Brasil. Faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O CADE destaca que:

¹⁸² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, p.65, jul./dez./2015.

¹⁸³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁴ FERNANDEZ, Leandro. ***Dumping Social***. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁸⁵ CARNEIRO, Wálber Araújo. *Direito à Livre Concorrência*. In: PAMPLONA, Rodolfo; LEÃO, Adroaldo (Org.). ***Direitos Constitucionalizados***. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.433-443.

Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam buscar constantemente formas de se tornarem mais eficientes para que possam aumentar os seus lucros¹⁸⁶.

Assim, entende-se que o princípio discutido quer o equilíbrio entre os concorrentes para privilegiar o consumo, baseando-se, para isso, na melhora da performance dos empresários.

Nesse sentido, o princípio da Livre-Concorrência não foi esquecido pela Constituição Federal de 1988, pelo contrário, encontra-se consagrado no art.170,IV¹⁸⁷. O regime que permite a competição de empresas, entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou monopólio sobre determinado recurso, é o de livre iniciativa.¹⁸⁸

A concorrência desleal não é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que o empresário não poder se utilizar do princípio da livre iniciativa para fazer jus ao desrespeito aos direitos laborais e prejudicar o corpo social em sua totalidade.

Nesse passo, a manutenção do nível de competitividade redundaria na própria manutenção do modo capitalista de produzir.¹⁸⁹

Estando assim previsto na Carta Magna, busca-se a proteção desse direito. Nesse sentido, nota-se que o ordenamento jurídico não procura obstar a concorrência, mas sim a estimular. Contudo, em que pese haver o apreço pelo estímulo, não pode o empresário se valer de qualquer tipo de estratégia competitiva para aumentar os seus lucros. Enquanto busca incrementar o seu processo produtivo, de captação de clientes ou de qualquer outro meio que o leve a auferir maiores lucros, deve se comportar de maneira reta, seguindo os ditames do comportamento ético e de boa-fé.¹⁹⁰

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁸⁷ 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: IV livre concorrência. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 30 abr. 2017. Acesso em: 25 out 2017.

¹⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 885.

¹⁸⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁰ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.87

Nesse diapasão, a concorrência não pode ser entendida de outra forma que não a busca pelo melhor preço e qualidade objetivando a conquista do mercado. Todavia, com essa finalidade a concorrência deve seguir os ditames do ordenamento jurídico, de forma a estimular o consumidor e a sociedade como um todo.

4.4.3.2 Notas Distintivas entre Concorrência Leal e Concorrência Inidônea

Com base nesses preceitos, mister se faz diferenciar a concorrência leal daquela inidônea.

Para Fábio Ulhoa Coelho “Não há competição empresarial sem o intuito de conquista de Mercado”. A concorrência, essencialmente, consiste na conquista de uma maior quantidade de clientes e, tendo em vista tal ação, prejuízo de outros contendores. Os empresários objetivam, por diversos meios(melhoria de qualidade, redução de preço, publicidade) instigar os consumidores de produtos de outras empresas a deixarem de lado a sua primeira opção, para consumirem os seus. Isso, necessariamente causa danos aos seus concorrentes, contudo não é qualquer prejuízo que pode ser caracterizador de concorrência desleal.¹⁹¹

Há, contudo, a hipótese de uma atividade econômica poder ser exercida sem implicar em prejuízos a outros empresários. É o caso da abertura de novos mercados. Nessa situação, um determinado mercado não teria acesso a determinados bens e serviços e com a chegada de empresa que os forneça há a aferição de ganhos sem prejudicar outros. Contudo, enquanto novas empresas não surgem, no mesmo segmento, não há competição e não há prejuízos devido a sua ausência.¹⁹²

Há ainda a hipótese de aumento do poder aquisitivo das pessoas da sociedade. Isso ocorre quando determinadas pessoas passam a poder consumir em virtude do aumento do seu poder econômico. Por certo período de tempo os empresários vão poder se beneficiar dessa nova massa consumidora sem infligir danos aos demais concorrentes, porque está se abrindo um novo mercado, onde ainda não há

¹⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 219.

¹⁹² *Ibidem, loc. cit.*

competição. Contudo a médio prazo, a tendência é que a concorrência se reestabeleça, estimulando a competição.¹⁹³

Sendo assim, a intenção em causar dano aos demais empresários é elemento presente tanto na concorrência lícita quanto na ilícita. Quanto a diversificação nas opções dos consumidores, o efeito produzido é o mesmo, para a concorrência leal e a desleal. O elemento diferenciador é o meio empregado para que o empresário possa atrair os consumidores para o seu produto.¹⁹⁴

Configura-se a concorrência desleal a partir da utilização de meios inidôneos, pelo empresário, para assim desequilibrar o mercado, vencer outros concorrentes e aumentar seus lucros.¹⁹⁵

A concorrência desleal pode ocorrer de duas maneiras, tais quais: i) específica: considera-se concorrência desleal específica aquela em que a gravidade dos atos praticados consistem em crimes pela legislação; ii) genérica: considera-se concorrência desleal genérica os atos não previstos em leis específicas mas, sob o domínio do direito comum.¹⁹⁶

4.4.3.3 Elementos caracterizadores da concorrência desleal no *dumping* social

O *Dumping* é espécie de ato ilícito, na medida em que restam vilipendiados pelo ato do empresário os princípios da finalidade econômica e social da livre iniciativa, agindo em desconformidade com a boa-fé¹⁹⁷

A par da sanção penal imputada em face da prática do *dumping* social, significativos danos são causados ao funcionamento eficaz do mercado, de maneira a importar a falência de outros *players*.

A legislação complementar pátria também não deixa de prestigiar a livre-concorrência. Por isso o Código Civil de 2002 preceitua em seu artigo 187 que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

¹⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.219

¹⁹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁵ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, p.87.

¹⁹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p.88.

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. ”¹⁹⁸

Nesse caso, deve ser analisado em apartado da seara penal. Pode determinar para o praticante de atos que ferem a concorrência a imputação de indenização por perdas e danos.¹⁹⁹

A modalidade social do *dumping*, como em qualquer outra espécie, exige que haja a venda de produtos abaixo de seus reais valores praticados no mercado. Não há a diferenciação de aspectos de qualidade entre produtos de características similares, mas sim pelo preço a eles atribuído.²⁰⁰

Evidencia-se que os preços de oferta desses produtos não devem ser condizentes com os preços obtidos diante de um processo de estabelecimento e continuação de uma determinada empresa.²⁰¹

Nesse passo, a redução dos custos pode se fundar tanto na violação direta dos direitos laborais de determinada atividade econômica, quanto na transferência dos processos produtivos de empresas nacionais para países ou regiões que têm frágil legislação protetora trabalhista.²⁰²

O *dumping* social internacional que pode ser verificável nesse tipo de situação, preocupa tanto países pobres quanto desenvolvidos. Por um lado, os empresários se utilizam da mão de obra barata proveniente de países pobres, onde os direitos fundamentais mínimos são constantemente violados. Por outro, há o deslocamento do processo produtivo de países de primeiro mundo para países subdesenvolvidos. Isso resulta em flagrante diminuição da oportunidade de emprego nesses países. Ademais, o problema se agrava na medida em que países subdesenvolvidos, por meio de violação dos direitos fundamentais mínimos compitam com os países desenvolvidos²⁰³

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

¹⁹⁹ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, p.88.

²⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰² *Ibidem*, loc. cit.

²⁰³ CONTRERAS, Sergio Gamonal. La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, n. 129, jan./mar. 2008, p. 226. “...si por los países pobres ronda el fantasma de la carencia de derechos fundamentales mínimos, en los desarrollados ronda el fantasma de la ‘deslocalización’ de las empresas en terceros

Ao esclarecer as características do *dumping* social, pode-se averiguar que a prática de tal conduta figura como uma modalidade inequívoca de concorrência desleal. Isso porque, como exposto, utiliza-se de meios inidôneos para poder aumentar a competitividade da empresa perante o mercado. O dano causado aos outros concorrentes não é lícito, pois o meio utilizado é a exploração da mão de obra em desacordo com direitos fundamentais.

4.4.3.4 Conduta reiterada

A prática reiterada da conduta não é, de modo geral, imprescindível para a caracterização do *dumping*. Apenas a consecução de um ato é capaz de caracterizar o *dumping*, ou a concorrência desleal. Contudo, para a prática do *dumping* social é necessário que ocorra a prática reiterada da conduta.²⁰⁴

Como vimos, o *dumping* social consiste na exploração de mão de obra por parte do empresariado de maneira a desrespeitar padrões laborais mínimos. A prática reiterada no tempo se faz necessária nessa modalidade de pois deve-se identificar, para além dos danos causados ao indivíduo analisado de *per se*, os danos causados à sociedade. Faz parte da análise do mesmo instituto do direito concorrencial, onde o agente econômico atua de forma continuada visando angariar fatias de mercado

4.4.3.5 Utilização de Mão de Obra em Condições Inadequadas aos Patamares Laborais Mínimos

Como trazido no tópico anterior, a utilização de mão de obra em condições inadequadas funciona como meio de obtenção de maiores lucros para os empresários, pois isso implica na redução dos custos com a produção. Essa

países de costos laboráis muchísimos más bajos. Además, preocupa que los países pobres compitan por medio del '*dumping* social' con los industrializados, a través de costos laborales inferiores que abaratan sus productos en base a la falta de protección social y derechos mínimos de sus trabajadores."

²⁰⁴ FERNANDEZ, Leandro. ***Dumping Social***. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

conduta, praticada reiteradamente, resulta em dano coletivo à sociedade que é pressuposto para a caracterização do *dumping* social.²⁰⁵

O Brasil possui largo arcabouço protetivo dos direitos do empregado. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º dispõe ao longo de mais de trinta incisos sobre os direitos dos trabalhadores.²⁰⁶ Há, ainda, legislação trabalhista infraconstitucional, tendo papel destacado a Consolidação das Leis do Trabalho datada de 1943, mas que já sofreu diversas modificações desde sua edição, inclusive com alterações profundas pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, ainda em período de *vacatio*.²⁰⁷

Segundo o Ministro Mauricio Godinho Delgado, a proteção do direito do obreiro ainda se daria através de princípios como o da norma mais favorável ao empregado. Essa análise é importante para determinar quais parâmetros devem ser adotados para a proteção fundamentada na carga principiológica que, embora não se encontre expressa no texto constitucional, dele pode-se extrair implicitamente.²⁰⁸

O citado princípio se revela na medida em que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela norma mais favorável ao trabalhador em três diferentes dimensões ou situações distintas: em um primeiro momento revela-se através do instante em que é elaborada a regra, sendo assim um princípio que vincula o legislador a atentar para a condição mais benéfica ao empregado no momento da elaboração da norma. Deve o legislador atentar-se para a condição mais benéfica ao empregado quando do processo legislativo; em um segundo momento, quando do confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas); em uma terceira situação, quando da interpretação da regra jurídica. Nesse aspecto deveria o operador da questão aplicar a interpretação da norma de

²⁰⁵ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

²⁰⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 15 mai. 2017.

²⁰⁷ FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 91.

²⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 202.

maneira que não prejudique o empregado no momento de revelação do seu sentido.²⁰⁹

Para Alice Monteiro de Barros, o princípio da norma mais favorável autorizaria a “aplicação da norma mais benéfica ao empregado independentemente de sua hierarquia”.²¹⁰

Por esse princípio, se pode depreender que a partir da aplicação da regulação jurídica individual ou coletiva mais favorável ao obreiro serão respeitados os padrões laborais mínimos. Ao exemplo de pagamentos de salário abaixo do piso salarial estabelecido, em face dessa infração à ordem jurídica, concretiza-se a hipótese de *dumping* social, revelando-se o dano para a sociedade em virtude da prática reiterada.²¹¹

Cumprido destacar que os patamares laborais mínimos são expressos nas mais diversas formas no âmbito internacional, tendo como principal expoente os direitos humanos. A interpretação que se faz acerca dos padrões laborais mínimos deve estar de acordo com os princípios próprios de direitos humanos, a exemplo da proibição da condição análoga a de escravo que se encontra expressa no art. 2º da Convenção 29 da OIT²¹².

Contudo, a definição de padrões laborais mínimos está sujeita as definições jurídicas internas de cada país.

Em que pese a existência de normas internacionais acerca de proteção de direitos humanos, o comércio internacional tem dificuldade em estabelecer os *labour standards*. Os direitos trabalhistas que merecem tutela não possuem unanimidade quanto a sua proteção no âmbito internacional, destacando-se a discordância entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. São muitas as divergências existentes na

²⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 202.

²¹⁰ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. Ed. Rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p.181.

²¹¹ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

²¹² Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho Forçado ou Obrigatório. **Convenção n. 29**, 25 abr. 1957. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>> Acesso em: 23 maio 2017.

área internacional, convergindo para uma evolução precária da matéria jurídica de tutela dos direitos laborais.²¹³

Ainda no âmbito internacional, a OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 1998, aprovou a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. Tal instrumento têm caráter interpretativo acerca das obrigações mínimas dos Estados-membros da organização, que são decorrentes de sua constituição, indicando os direitos fundamentais dos trabalhadores dos países membros. No seu art. 2º, a Declaração da OIT²¹⁴ aduz que:

Todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Ressalte-se que em 1966, foi ratificado pelo Brasil, no Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992²¹⁵, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), complementando a lista da OIT alusiva aos direitos fundamentais laborais globalmente reconhecidos, nos seus artigos 7º e 8º, conforme disposto abaixo:

Artigo 7º: Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

²¹³ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

²¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. 19 jun. 1998. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

²¹⁵ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Artigo 8º: 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

Nesse passo, cumpre ressaltar que os direitos trabalhistas elencados pelas disposições da Declaração da OIT e pelo PIDESC, compõem os direitos trabalhistas fundamentais, conforme preceitua Edson Beas Rodrigues Jr.²¹⁶

Todo ciclo econômico tem seus picos, tanto de grande pujança econômica como de crise. Em períodos de crescimento econômico o sistema capitalista impõe menos restrições quanto ao auferimento de lucros pelo empresariado. Nesse contexto, é no período de crise econômica que o empresariado busca os eufemismos citados como o discurso de criação de novos empregos, recuperação da confiança dos investidores e conseqüente aumento do investimento no país com atração de novos negócios estimulando a distribuição de renda. Nas palavras de José Affonso Dellgrave Neto: “A maior crítica que se faz ao regime capitalista é que ele repudia a socialização do lucro ao mesmo tempo em que propugna, em tempos de crise, pela socialização dos prejuízos”²¹⁷

Não se pode olvidar, em que pese a disposição na Declaração da OIT e no PIDESC, na seara internacional, não há uma uniformização entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos acerca dos padrões laborais mínimos e nem tão pouco do seu alcance. Uma das soluções que se tem adotado é a inserção de cláusulas sociais em tratados internacionais²¹⁸.

4.4.3.6 Momento de Crise econômica e sua relação com o *dumping* social.

O momento de crise não deve ser, como abordado no tópico sobre a natureza jurídica do *dumping* social, de fragilização dos direitos trabalhistas. Pelo contrário. Esse é o momento de incentivar o trabalhador através de práticas que aumentem o consumo por parte da sociedade, para assim aquecer a economia. É necessária

²¹⁶ RODRIGUES, Edson Beas Jr. A Função Empresarial do Direito do Trabalho e a repressão local à concorrência predatória internacional viabilizada pelo *dumping* social. **Revista Fórum Trabalhista**. Belo Horizonte: Fórum, n.1, mar./abr.2012, p. 22.

²¹⁷ DELLGRAVE NETO, José Affonso. A Crise Econômica Chegou. Quais os Desafios para o Direito do Trabalho? **Revista da Academia Nacional do direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, Ano XVII, n. 17, 2009, p.50.

²¹⁸ FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

uma reforma fiscal anterior a reformas trabalhistas para que se possa sanar a crise econômica a longo prazo. Pode-se usar como exemplo a análise feita por Boaventura de Souza Santos sobre a crise financeira internacional que eclodiu nos Estados Unidos, centro do capitalismo mundial:

Fala-se de crise hoje porque atingiu o centro do sistema capitalista. Há trinta anos que os países do chamado terceiro mundo têm estado em crise financeira, solicitando, em vão, para resolver, medidas muito semelhantes às que agora são generosamente adoptadas nos EUA e UE. Por outro lado, os 700 bilhões de dólares de *bail-out*²¹⁹ estão sendo entregues aos bancos sem qualquer restrição e não chegam às famílias que não podem pagar a hipoteca da casa ou o cartão de crédito, que perdem o emprego e estão a congestionar os bancos alimentares e a “sopa dos pobres”. No país mais rico do mundo, um dos grandes bancos resgatado, o Goldman Sachs, acaba de declarar no seu relatório que neste ano fiscal pagou apenas 1% de impostos. Entretanto, foi apoiado com dinheiro dos cidadãos que pagam de 30 e 40% de impostos. À luz disto, os cidadãos de todo o mundo devem saber que a crise financeira não está a ser resolvida para seu benefício e que isso se tornará patente em 2009.²²⁰

A análise feita pelo sociólogo é precisa. Em tempos de crise aqueles que primeiro se socorrem são os detentores dos meios de produção, não sendo oportunizado o mesmo alento ao trabalhador. Este último, por vezes, têm os seus direitos laborais suprimidos. Isso em nome de uma suposta recuperação econômica.

Pequenas e pontuais flexibilizações dos direitos laborais são aceitáveis na medida em que todo o corpo social se imiscua na resolução do período de crise. Contudo não se pode olvidar que o trabalhador é propulsor da economia, sendo este quem produz e consome. Não podem restar vilipendiados os seus direitos.²²¹

Nesse contexto, o *dumping* social pode se revelar quando a violação dos direitos laborais se torne prática reiterada, promovendo danos a toda coletividade o que consiste no objeto de análise alusivo ao próximo tópico.

²¹⁹ INVESTOPEDIA. A bailout is a situation in which a business, an individual or a government offers money to a failing business to prevent the consequences that arise from the business's downfall. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/b/bailout.asp>>. Acesso em: 23 maio 2017.

²²⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Boa ventura de Sousa Santos analisa 2008 com os olhos em 2009. **Vermelho Portal**, 25 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/45792-1>>. Acesso em: 23 maio 2017.

²²¹ DELLGRAVE NETO, José Affonso. A Crise Econômica Chegou. Quais os Desafios para o Direito do Trabalho? **Revista da Academia Nacional do direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, Ano XVII, n. 17, 2009, p.50.

4.4.3.7 Danos Sociais

O dano que implica em *dumping* social é consubstanciado quando atinge a coletividade. Não há que se falar em *dumping* social se os danos não ultrapassam a esfera de cada indivíduo.²²²

A partir da elucidação dos elementos caracterizadores do *dumping* social, ressalta-se a importância do combate que já está sendo realizado por parte dos tribunais laborais do Brasil, conforme os julgados:

DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO POR *DUMPING* SOCIAL - AÇÃO INDIVIDUAL - AUSÊNCIA DE DANO - TERCEIRIZAÇÃO - ENQUADRAMENTO COMO FINANCIÁRIO. A indenização por "*dumping* social", que tem por finalidade reprimir práticas abusivas do empregador que, em detrimento dos direitos dos trabalhadores, objetiva obter vantagens comerciais, em violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, não pode ser pleiteada em demanda individual pois o dano atinge toda a coletividade e não o trabalhador de forma individual, estando ausente o próprio dano. Os prejuízos do trabalhador, com relação à ausência do recebimento dos direitos dos financiários durante o contrato, por ser empregado de uma empresa prestadora de serviços, limitam-se ao plano material. Recurso dos reclamados parcialmente provido.²²³

Como se vê, o julgado preconiza que para haver a caracterização do *dumping* social não é necessário existir apenas o dano. O dano apto a caracterizar a modalidade social de *dumping* é identificável quando se manifesta sobre a coletividade, abrangendo a esfera jurídica não só de um indivíduo, mas de toda a sociedade. É preciso que se verifique a implicação de danos ao todo sob pena de se confundir o *dumping* social com a mera reserva de mercado criada pelo sistema capitalista.

²²² FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

²²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (24. Região). Recurso Ordinário: Processo n. 00012844620115180191. Recorrente: Liderprime Prestadora de Serviços Ltda.. Recorrido(s): Vanessa de Barros Farias Minho, Banco Pan S.A.. 2ª Turma. Relator: Tomás Bawden de Castro Silva. Origem: 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS. Disponível em: <<https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381907200/13324220135240005/inteiro-teor-381907214?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 maio 2017.

5 CONCLUSÃO

A ordem econômica prevista a partir do art. 170 da Constituição Federal, elencou princípios que funcionam como diretriz para a realização da função social do Estado. Contudo, não se pode confundir a Constituição Econômica com a Constituição Política. A primeira está contida na última, mas o contrário não é verdadeiro. Ademais, tem a Constituição econômica objeto próprio, consistente na disciplina do fato econômico.

Ao tempo do Estado liberal tinha-se como modelo a separação total entre o Estado e a economia. O sistema capitalista tem na liberdade o seu maior fundamento, o que implicava à conduta dos agentes econômicos na economia o seu regramento a partir, simplesmente dos mecanismos de mercado, tal qual o ideal de mão invisível de Adam Smith.

Ocorre que o sistema baseado somente nas regras de mercado para regulação da economia apresentou-se insuficiente sendo necessário que o Estado, em que pese ter adotado o modelo de produção capitalista, estabelecesse uma política econômica intervencionista.

Assim, a Constituição assegurou aos cidadãos a valorização do trabalho humano e a existência digna conforme os ditames da justiça social, elencando princípios em seu art. 170 e incisos. Sob a análise dos mesmos foi possível perceber que a economia de mercado é limitada pela atuação do Estado na forma desses princípios que se constituem em diretrizes para legislação infraconstitucional. Nesse contexto, foi possível concluir que a Constituição econômica é conjunto de normas constitucionais que tem por objeto a disciplina do fato econômico e das relações principais dele decorrentes. Tais disposições devem ser respeitadas pelos agentes econômicos atuantes no mercado, tendo em vista a integração de todo o sistema constitucional.

Nesse sentido, a livre concorrência atua com o fito de garantir que a competição, travada pelos agentes econômicos, ocorra sem entraves. A violação a livre concorrência ocorre na medida em que os agentes de mercado lançam mão de artifícios que visam restringir, dificultar ou impedir a livre ação dos outros agentes econômicos. Dessa forma, a livre concorrência, por meio dos institutos que a

defendem, coadunam-se com os mecanismos elencados no artigo 170 do texto constitucional para a proteção dos direitos laborais dos indivíduos e da sociedade como um todo.

A concorrência saudável implica em benefícios à sociedade tais quais para o consumidor, o fornecedor, o mercado e a sociedade. Isso porque a conduta concorrencial implica na procura pelos agentes econômicos de produtos e serviços de melhor qualidade, preço e com maior variação no caso do consumidor. Para os produtores verifica-se como produzir na medida certa para potencializar os lucros; de quais são os bens necessários para se manter competitivo; se está sendo vítima ou não de condutas anticompetitivas; ademais, a possibilidade de acessar as instituições democráticas para se defender deste tipo de constrangimento. A melhor produtividade é aquela que aumenta a eficiência dos insumos e que melhor se aproveita de novas tecnologias para produção, contudo, não pode se fundar na exposição dos trabalhadores à jornadas extenuantes e condições inadequadas de trabalho.

As vantagens decorrentes de uma concorrência saudável são diversas para a sociedade e, de acordo com esta monografia, nota-se a melhoria das condições de trabalho, visto que a legislação antitruste também coaduna-se com os outros instrumentos da ordem econômica e com o texto constitucional como um todo, prezando pela integração do sistema.

Ademais, a livre concorrência não é objeto de proteção somente em virtude da proteção dos fins econômicos, mas também por razões de ordem pública. A concentração de poder econômico privado decorrente da diminuição ou ausência da livre concorrência pode implicar em grave ameaça às instituições democráticas. Isso porque o poder econômico privado tem a capacidade de influenciar as políticas econômicas do Poder Executivo, na produção de leis pelo Legislativo e nas soluções do Poder judiciário. Ademais, tem a capacidade de, permanentemente, atuar nos processos eleitorais, decidindo quem irá se eleger ou não. Esse processo é um ciclo vicioso do qual não param de surgir exemplos na atual conjuntura do país. São casos expostos diariamente pela mídia nacional, que de tão vultuosas quantias desviadas e da frequência com que ocorrem já se tornou banal.

Nesse contexto, verifica-se o *dumping* social como conduta anticompetitiva que pode gerar, através da infração de direitos laborais, aumento do poder de mercado de um

determinado agente econômico, importando em abuso às regras e princípios estabelecidos na Ordem econômica e implicando em infração a legislação antitruste, que faz parte da sistemática constitucional.

Nesse sentido, a concentração do capital nas mãos de um ou de poucos agentes econômicos atingem a liberdade de concorrência. Quando estes últimos atingem posição dominante no mercado buscam diminuir mais ainda os riscos inerentes a atividade econômica exercida por eles, planejando certos setores e tornam inócua a livre concorrência. Desta forma, não é mais o mercado quem regula os agentes econômicos, mas sim o contrário. Os agentes econômicos passam a não mais competir entre si. A partir disso, dividem o mercado, assumem condutas comerciais uniformes ou concentradas ou perfilham acordos, com os concorrentes, de preços e condições de venda. Com a extinção da concorrência há a perda da garantia de que o mercado funcionará com finalidade de obter eficiência social, tendo em vista a diminuição da produção, aumento de preço e piora da qualidade, impossibilitando a maior satisfação do consumidor.

Nesse contexto, o princípio da livre concorrência é exercido de maneira a atender os interesses sociais e não somente os dos indivíduos que resolvem empreender algum tipo de atividade econômica. Desta forma, não é lógico invocar o citado princípio para o exercício de atividade econômica em dissonância com o que é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio no âmbito de proteção aos direitos laborais.

Nesse contexto a concorrência é protegida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que através da Lei 12.529, em seu art. 1º, estabelece como finalidade do diploma a prevenção e repressão às infrações contra a ordem Econômica que deve ser orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esses princípios fundamentam as regras de repressão ao abuso do poder econômico.

Isto posto, a defesa da concorrência no Brasil encontra no Conselho Administrativo de Defesa Econômica o seu maior expoente. O mesmo se divide em quatro órgãos internos principais: Superintendência Geral, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos e Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Tendo funções diferentes no combate às infrações à ordem econômica.

A Lei 12.529/2011 trouxe avanços que compatibilizam de melhor forma os institutos que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atuando no combate efetivo de condutas anticoncorrenciais, tais quais, o *dumping* social. É possível que o agente econômico, através de condutas anticoncorrenciais como o *dumping* social, obtenha um ganho de parcela de mercado que o possibilite ter um poder econômico capaz de cometer infrações à ordem econômica, a qual deve ser interpretada de maneira integrada, considerando tanto os princípios da livre concorrência, quanto as finalidades sócias estabelecidas durante toda a Carta Política, sob pena de se fortalecer a posição dominante de mercado e a exposição do trabalhador à condições inadequadas de trabalho.

Para a configuração do abuso do poder econômico foram definidos os conceitos de poder econômico e seu abuso, bem como de mercado relevante. A posição dominante ocorre quando um agente econômico ou um grupo de empresas obtém parcela substancial do mercado relevante. A lei 12.529/11 define como parcela substancial o percentual de 20% do mercado relevante. Contudo, a partir da análise do caso concreto, o respectivo diploma autoriza que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica altere esse percentual para setores específicos da economia, conforme o art. 36, §2º da lei 12.529/2011. Por outro lado, o Mercado relevante é definido como o elemento de estudo do poder de mercado. É a fronteira da concorrência entre os agentes econômicos. Para se determinar qual é o mercado relevante de atuação de uma determinada empresa, leva-se em consideração duas dimensões: a dimensão geográfica e a dimensão do produto.

Nesse passo, passou-se a investigação da prática do *dumping* social que leva em conta conceitos tanto de direito internacional quanto de direito nacional. Ao longo da investigação dessa prática, foram feitas observações acerca de como os elementos da concorrência atuam para garantir a efetiva preservação da ordem econômica e, conseqüentemente, a sua integração com os direitos laborais, voltados a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, buscando assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social, concluindo-se que a concorrência saudável importa para a manutenção digna de níveis laborais mínimos com base no quanto previsto no texto constitucional.

O *dumping* social tem natureza jurídica de direito difuso do trabalho. Isso porque, o dano causado por essa prática transcende a figura do trabalhador como indivíduo

único e atinge de forma generalizada a sociedade, caracterizando-se como difuso. É por isso que se entende o *dumping* social como parte integrante dos institutos de Direito Coletivo do Trabalho. Fundamenta-se na possibilidade de lesões à sociedade como um todo e não somente ao indivíduo trabalhador submetido à condições precárias de trabalho. A sociedade deve ter legitimidade para pleitear reparação pelos danos causados pelo *dumping* social. Isso porque o afeta não somente o trabalhador que está exposto a condição inadequada de trabalho, mas também produz efeitos sobre aquele trabalhador que se encontra desempregado pois não se sujeitou ao trabalho fora dos padrões mínimos, pautados nos direitos humanos e nas previsões constitucionais.

O *dumping* social consiste em ato ilícito que a prática reiterada no tempo se faz necessária, pois deve-se identificar, para além dos danos causados ao indivíduo analisado de *per se*, os danos causados à sociedade. Faz parte da análise do mesmo instituto do direito concorrencial, onde o agente econômico atua de forma continuada visando angariar fatias de mercado.

Os padrões laborais mínimos devem seguir as recomendações do direito internacional, especialmente no tocante aos direitos humanos. Os direitos trabalhistas que merecem tutela não possuem unanimidade quanto a sua proteção no âmbito internacional, destacando-se a discordância entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Contudo, conclui-se que cada país deve se basear nas normas de direito internacional sobre direitos humanos para que possa estabelecer padrões laborais mínimos, afim de proteger o trabalhador.

O delineamento dos contornos do *dumping* social se faz importante para a análise de como pode ser efetivo o combate feito para além do direito do trabalho. Em que pese ser o direito ao trabalho consagrado na constituição federal como direito fundamental de 3ª geração, ainda não é possível dizer que o Brasil nem o mundo estão livres dos efeitos deletérios dessa prática.

O *dumping* social é conduta anticompetitiva que possibilita o abuso do poder econômico por aqueles que se beneficiam da prática para conseguir maiores fatias no mercado relevante. A proteção aos direitos laborais e da ordem econômica é fundamental para um ambiente de concorrência saudável.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Harren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMADO, Amanda Souza. O princípio da valorização do trabalho humano na ordem econômica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-valorizacao-do-trabalho-humano-na-ordem-economica,55286.html>>. Acesso em: 03. set. 2017.

ARAÚJO, Eugênio. **Resumo de Direito econômico**. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

ARAÚJO, Henrique de Paiva. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF**. v. 106, nº1, 2015.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. Ed. Rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.17.

BERTAGNOLLI, Ilana de *apud*. BARROS, Maria Carolina Mendonça. Aplicação das Medidas *Antidumping* como Intervenção na Economia. **Revista Direito e Inovação**, 2013. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao09/convidados/Artigo-antidumping.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência**. 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca#wrapper>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF 27 jul. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8058.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011. Revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (24. Região). Recurso Ordinário: Processo n. 00012844620115180191. Recorrente: Liderprime Prestadora de Serviços Ltda.. Recorrido(s): Vanessa de Barros Farias Minho, Banco Pan S.A.. 2ª Turma. Relator: Tomás Bawden de Castro Silva. Origem: 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS. Disponível em: <<https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381907200/13324220135240005/inteiro-teor-381907214?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 maio 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Industrial, Direito de Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Direito à Livre Concorrência. In: PAMPLONA, Rodolfo; LEÃO, Adroaldo (Org.). **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.433-443.

COELHO, Josafá da Silva. Financiamento de Campanhas Eleitorais e Abuso do Poder Econômico nas eleições. **Revista Populos**, n. 2, nov. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral da República**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1993. p. 53.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, n. 129, jan./mar. 2008, p. 226.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p.1185.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 202.

DELLGRAVE NETO, José Affonso. A Crise Econômica Chegou. Quais os Desafios para o Direito do Trabalho? **Revista da Academia Nacional do direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, Ano XVII, n. 17, 2009, p.50.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODVIM, 2015.

FERNANDEZ, Leandro, **Dumping Social**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sanções por Infração à Ordem Econômica na Lei Concorrencial. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: Títulos de Crédito, Direito Bancário, Agronegócio e Processo Empresarial**. São Paulo: Saraiva 2015.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

HEILBRONER, Robert L.. **A Formação da Sociedade Econômica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

INVESTOPEDIA. *A bailout is a situation in which a business, an individual or a government offers money to a failing business to prevent the consequences that arise from the business's downfall.* Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/b/bailout.asp>>. Acesso em: 23 maio 2017.

LEMOS, Rafael Severo de. A valorização do trabalho humano: fundamento da república, da ordem econômica e da ordem social na constituição brasileira de 1988. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, nº 1261, 25 jun. 2015, p. 05. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos /306-artigos-jun-2015/7243-a-valorizacao-do-trabalho-humano-fundamento-da-republica-da-ordem-economica-e-da-ordem-social-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 1 set 2017.

MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; FERREIRA, Rildo Mourão; SACCHQ, Bruno César Costa. A livre concorrência e os ilícitos concorrenciais no Brasil: listando Goiás: Controle Constitucional e Aplicabilidade da Lei 12.529/2012 aos Atos Infracionais contra a Ordem Econômica. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais LTDA, ano 17. Vol. 67. Julho/2016, p 389-402.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. **Estado Regulador e Serviço Público**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 26 de mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho Forçado ou Obrigatório. **Conveção n. 29**, 25 abr. 1957. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>> Acesso em: 23 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. 19 jun. 1998. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **General Agreement on Tariffs and Trade**. Artigo VI, 1. Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras E Comércio 1947 (GATT 47). Disponível em <http://www.fed.unl.pt/docentes_docs/ma/LTF_MA_26142.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação. *In*: AGUILLAR, F. H. (Org.). **Coleção direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PGR pede revogação de Portaria que altera conceito de trabalho escravo. Migalhas, 19 out. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267441,81042-PGR+pede+revogacao+de+portaria+que+altera+conceito+de+trabalho+escravo>>. Acesso em: 29 out. 2017.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista IBRAC**, maio 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em 26 out 2017.

PORTAL TRIBUTÁRIO. O regime aduaneiro especial conhecido como "*drawback*" consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/drawback.html>>. Acesso em 8 maio 2017.

RODRIGUES, Alex. MPF e MPT recomendam revogação de portaria que muda regras do trabalho escravo. **Agência Brasil**, 17 out. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-10/mpf-e-mpt-recomendam-revogacao-de-portaria-que-muda-regras-do>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ROVER, Tadeu. Por meio de portaria, Ministério do Trabalho muda definição de trabalho escravo. **Revista Consultor Jurídico**, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/ministerio-trabalho-muda-definicao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 25 out. 2017

SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: jusPODVIM, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Boa ventura de Sousa Santos analisa 2008 com os olhos em 2009. **Vermelho Portal**, 25 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/45792-1>>. Acesso em: 23 maio 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, p.64, jul./dez./2015.

_____. *O Dumping Social nas Relações de Trabalho*. **Revista TRT 8ª Região**. Belém. v.48, n.95, jul./dez./2015.

SOUZA, **Diego Krainovic Malheiros de**. Dumping Underselling e preço predatório. JusBrasil. Disponível em: <<https://diegokms.jusbrasil.com.br/artigos/325126832/dumping-underselling-e-preco-predatorio>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SILVA, Afonso da, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2015.

SILVA, Alice Rocha. Dumping e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, p.51, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dumping-e-direito-internacional-econ%C3%B4mico>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Daniel; KOMETANI, Pâmela. Desemprego fica em 13,6% em abril e atinge 14 milhões de brasileiros. G1, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-136-no-trimestre-terminado-em-abril.ghtml>>. Acesso em: 25 out. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas 2014.