



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 38

Intervenção do estado na economia e direito da concorrência

Intervention of the state in the economy and competition law



UFRGS

Luiz Carlos Buchain
Universidade Federal do Rio Grande do Sul



Intervenção do estado na economia e direito da concorrência

Intervention of the state in the economy and competition law

Luiz Carlos Buchain *

REFERÊNCIA

BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018.

RESUMO

O texto trata da intervenção do Estado na ordem econômica. Considerando-se que o mercado perfeito é uma hipótese teórica e que o mercado apresenta “falhas no mercado”, o legislador constitucional autoriza a intervenção do Estado na economia. De um lado o Estado poderá ser agente econômico e explorar diretamente a economia, sempre que essa atividade seja necessária aos “imperativos de segurança nacional” e, de outro, o Estado intervém indiretamente na economia como agente normativo e regulador da atividade econômica. Analisa-se a possibilidade de intervenção do Estado na econômica em face dos princípios de livre iniciativa e livre concorrência. Enquanto a livre iniciativa representa a liberdade de produção e distribuição de bens e serviços, a livre concorrência representa um “princípio econômico”, segundo o qual a produção e os preços das mercadorias e serviços não devem resultar de atos cogentes da autoridade, mas sim do livre mercado. Entretanto, seja como agente regulador, seja como empresário, ao Estado compete garantir a eficácia da livre iniciativa e defesa da ordem concorrencial. A intervenção regulamentar do Estado na economia não o autoriza a agir contra o livre exercício da atividade econômica ou com desrespeito aos princípios da livre iniciativa e legalidade. Mesmo nas hipóteses em que a lei concede ao Estado liberdade aos seus atos, este está submetido ao fundamento da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência, sob pena de responsabilidade civil objetiva.

PALAVRAS-CHAVE

Livre iniciativa. Livre concorrência. Intervenção do Estado na economia. Responsabilidade civil objetiva.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A intervenção do Estado na ordem econômica. 1.1. A legislação vigente. 1.2. Concorrência e intervenção do Estado na economia. 2. A ordem econômica. 2.1. A ordem econômica: livre iniciativa e livre concorrência. 2.2. Livre iniciativa em face da ordem constitucional. 3. Intervenção do Estado na economia. 3.1. A dupla posição do Estado na

ABSTRACT

The paper deals with the intervention of the State in the economic order. Considering that the perfect market is a theoretical hypothesis and that the market presents "market failures", the constitutional legislator authorizes the intervention of the State in the economy. On the one hand, the State can be an economic agent and act on the economy directly whenever this activity is necessary to the "imperatives of national security" and, on the other hand, the State intervenes indirectly in the economy as a normative agent and regulator of economic activity. It analyzes the possibility of state intervention in the economy in the face of the principles of free initiative and free competition. While free enterprise represents the freedom to produce and distribute goods and services, free competition represents an "economic principle" according to which the production and prices of goods and services should not be the result of acts of binding authority but of the free market. However, whether as a regulatory agent or as an entrepreneur, the State is responsible for guaranteeing the effectiveness of free initiative and the defense of the competitive order. The State's regulatory intervention in the economy does not authorize it to act against the free exercise of economic activity or with disrespect to the principles of free initiative and rule of law. Even in cases where the law grants the State freedom to act, it is subject to the principle of free initiative and to the principle of free competition, under penalty of objective civil liability.

KEYWORDS

Free initiative. Free competition. State intervention in the economy. Objective civil liability.

* Professora adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutorado em Direito Econômico na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.





ordem econômica. 3.2.1. Modos de atuação do Estado na economia. 3.2.2. Intervenção na economia e responsabilidade civil objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado no domínio econômico representa todos os atos administrativos ou medidas legais que visem restringir, condicionar ou suprimir a livre iniciativa privada na economia.

O presente artigo visa analisar a forma de aplicação das normas e princípios constitucionais quando entre eles há contradição. Se de um lado a constituição garante a livre iniciativa e o regime da concorrência, de outro garante ao Estado o direito intervir na economia e restringir a liberdade empresarial.

Há diversos motivos para justificar o direito do Estado à intervenção na economia. Um dos fatores determinantes para o surgimento da intervenção estatal na economia foi a constatação de que o mercado não é perfeito, apresentando falhas, exigindo do Estado recriá-lo com o próprio fito de garantir a livre competição e a eliminação da desigualdade. Desse modo, o Estado atua na economia em prol da justiça social, melhor distribuição de renda e redução das desigualdades sociais.

O presente artigo visa analisar as intervenções delineadas na Constituição Federal e quais seus limites frente ao princípio da livre iniciativa concorrencial.

1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

1.1 A legislação vigente

A regulamentação do direito econômico¹, segundo a Ordem Constitucional, ocorreu através da lei 8.884/94. Sua implementação se deu num contexto de intensa reformas econômicas no país. No início da década de 1990 vivemos uma abertura econômica marcada por mudanças na política fiscal, privatizações, reforma tributária, controle da inflação, entre outras medidas relevantes.

A Lei nº 8.884/94 criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e transformou o CADE em autarquia, garantindo-lhe maior autonomia, dentre as quais a competência para executar seus próprios julgados. Essa estruturação legal possibilitou diversos avanços na defesa da ordem econômica, tornando o mercado mais competitivo e beneficiando o consumidor.

As competências adquiridas pelo SBDC foram estruturadas em três órgãos: Secretaria de Defesa Econômica (SDE), vinculada Ministério da Justiça; Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda; e, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A função investigatória foi atribuída à SDE, a qual cabia analisar condutas potencialmente lesivas à concorrência e instruir os atos de concentração instaurados. A emissão de pareceres sobre atos de concentração e ilícitos econômicos, por sua vez, era de competência da SEAE. Por fim, ao CADE competia, a partir das apurações realizadas pelos outros órgãos, garantir o cumprimento da lei e a efetividade dos princípios econômicos constitucionais através da decisão final, no âmbito administrativo.

¹ “A ordem econômica e a Constituição de 1988, no seu todo, estão prenhes na CF e consubstancia um meio para a construção do Estado de cláusulas transformadoras. A sua interpretação dinâmica se impõe a todos quantos não estejam possuídos por uma visão estática da realidade. GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica., São Paulo: Ed. RT, 2007, pg. 322.





Atualmente, a defesa da concorrência é regulada pela Lei nº 12.529/2011, a qual revogou a anterior e introduziu diversas mudanças no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, reestruturando-o. O antigo desenho, composto por duas secretarias (SEAE e SDE) e por um tribunal administrativo (CADE) deu lugar a um formato mais enxuto e tendente a produzir menos sobreposições e custos de transações, passando a existir um conselho, com função judicante, uma superintendência-geral com função instrutória e processante, e um departamento de estudos econômico, com função de assessoramento².

Houve uma concentração de competências por meio da transferência das providências das Secretarias ao CADE, que passou a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômico. Segundo a nova lei, a autarquia é responsável pelas funções preventiva, repressiva e educacional. Assim, deverá analisar e decidir sobre os atos de concentração, investigar e julgar as condutas nocivas à livre concorrência, instruir o público e incentivar e estimular estudos sobre o tema.

² SCHAPIRO, Mario Antonio e Bachim Fabiana Mesquista. *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e incrementalismo reformista do CADE*. Direito Econômico e Concorrencial. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 49.

³ As falhas e imperfeições do mercado foram-se positivando ao longo de cerca de 150 anos em que se tentou ou imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional relativamente simples ou até simplória, assentada no tripé: Constituição, códigos de Direito Privado e poder de polícia. Tripé sem dúvida portentoso pelo dedutibilidade, lógica e racionalidade com que forneceu a forma e as garantias legais para captar e disciplinar todo o emaranhado das relações econômicas internas e mesmo internacionais, mas incapaz de lidar com a vida econômica real em toda sua complexidade. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. Ed RT, 1997, pg. 161/162.

⁴ “O intervencionista estatal surge com a legislação antitruste americana (Sherman Act, 1890), mas teve como marco o crack da bolsa da Nova York e a crise do início dos

1.2 Concorrência e Intervenção do Estado na Economia

Reconhecidas pelo Direito Econômico, as *deformações do livre mercado*³ tornaram-se fonte e fundamento para a intervenção do Estado na ordem econômica. Em face a tais situações, o próprio Estado é desafiado a intervir para proteger os valores consubstanciados nos regimes da livre empresa e livre concorrência⁴.

No caso brasileiro, o instituto da intervenção do estado na economia está consagrado nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal, cujo objetivo é assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social⁵ (art. 170 da CF).

Pode-se afirmar que o instituto da intervenção, em todas suas modalidades, encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174⁶ da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse

anos 30. [...] Nos países em desenvolvimento, a origem do intervencionismo é explicado pelo fato de que não puderam eles se valer do processo de acumulação de capitais dos países desenvolvidos (exploração do trabalho sem direitos sociais de qualquer ordem); daí funcionar o Estado como agente do capitalismo, porque só ele detinha o capital.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Ed.Lumem Juris, 2003, p. 11/12.

⁵ A Declaração Universal de Direitos Humanos, den 10 de Dezembro de 1948, estabelece entre seus preceitos, o desfrute de direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade humana (art. XXII) além do direito e um padrão de vida capaz de assegurar uma existência digna, com bem-estar e acesso aos serviços sociais necessários (art. XXV,1), todos incorporados no texto da ordem econômica constitucional brasileira.

⁶ Nesse sentido Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) citado por Diógenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, São Paulo; Ed., Saraiva, 2009, pg. 825.





determinante para o setor público e indicativo para o privado.

Os diversos modos de intervenção do Estado na econômica incluem, entre outros, restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certas áreas da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção na economia hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito⁷. De outra forma dito, o princípio fundamental da livre iniciativa exige respeito e valorização pelo Estado, inclusive nas situações em que a Carta Magna o autoriza a intervir no mercado, aos demais princípios e regras constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito⁸.

A partir da CF/88 a livre iniciativa⁹ passou a ser compreendida como princípio estruturante da “Constituição Econômica” brasileira. O princípio da livre concorrência¹⁰, sendo parte de um sistema constitucional

econômico, não é compreendido como um fim em si mesmo. Como dito antes, o art. 170 o insere numa ordem econômica fundada no trabalho humano e livre iniciativa, cujo fim é assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

A concorrência é meio e instrumento para o alcance de outros bens maiores fixado no caput do art. 170, ou seja, o princípio da livre concorrência¹¹ é instrumento para o alcance da “dignidade humana” e “livre-iniciativa”.

Como instrumento para defesa da livre iniciativa empresarial e do trabalho humano, a concorrência tem por objetivo imediato assegurar a competitividade no mercado e a existência de um livre mercado de compra e venda de produtos e serviços; seu objetivo mediato é assegurar a

⁷ Nesse sentido a jurisprudência do TRF-1, como se lê: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO VAREJISTA EM FERIADOS. LEI 10.101/2000. POSSIBILIDADE. 1. O art. 170 da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica tem por fundamentos a livre iniciativa e a liberdade de concorrência. 2. É vedado ao Poder Público criar embaraços que ultrapassem a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade que seja lícita. 3. Consoante interpretação do art. 6o da Lei 10.101/2000 é possível o funcionamento do comércio varejista aos feriados. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-1 - AMS: 8366 BA 0008366-52.2003.4.01.3300, Relator: JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, Data de 17 Julgamento: 02/10/2012, 7a TURMA SUPLEMENTAR, Data

Publicação: e-DJF1 p.598 de 26/10/2012)

⁸ "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Ed, 2004, p. 90.

⁹ Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo de modo preciso - :

livre iniciativa não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: Não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. Insisto que a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais e coletivas. GRAU, Eros Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo. Ed. Saraiva, 2013, pg. 1792.

¹⁰ “A competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que uma economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento.” PINHEIRO, Armando Castelas e Saddi, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. de Janeiro. Ed. Elsevier Ed., pg. 355.

¹¹ As regras da concorrência a dos nossos dias não se limitam a defender o mercado como ordem normal das trocas econômicas. Organizam o mercado e desenvolverem-no, no pressuposto de que do seu adequado funcionamento decorre a ordem mais justa e eficiente. A defesa da concorrência é levada a cabo porque se acredita ser ela o melhor garante da prossecução, como que implícita, de certos objetivos de política econômica. MONCADA, Luis S. Cabral. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 403/404.





dignidade humana¹², o bem-estar da população e a justiça social¹³.

Através da aplicação da LDC o direito implementa técnicas destinados a manter o bom funcionamento do (livre) mercado e a sua estrutura concorrencial. A LDC cria mecanismos de prevenção e repressão às estruturas e condutas empresariais que possam limitar, indevidamente, o livre mercado. Nos termos da lei, para alcançar seus objetivos, o direito concorrencial dispõe de várias ferramentas, as quais são, basicamente, agrupadas em dois grandes grupos: controle de atos de concentração empresariais e o controle de práticas econômicas abusivas.

Deve-se mencionar, também, a concepção institucional¹⁴ do direito concorrencial. Segundo esse enfoque, o direito concorrencial visa a garantia de lealdade entre os fornecedores e a existência efetiva de concorrência. Esta concepção tem como premissa essencial a possibilidade de escolha dos consumidores ao adquirir produtos e serviços. Nessa conceituação, temos que “a garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial”, a qual deve ser defendido pelo Estado.

Independentemente da estruturação principiológica que se atribua à defesa da

concorrência – defesa da concorrência ou defesa do livre mercado - a aplicação de suas normas busca o equilíbrio das relações econômicas. Através da intervenção nas estruturas empresariais (concentração econômica) e pela elisão das condutas abusiva (abuso de poder econômico), o direito garantirá a vigência do regime da livre iniciativa e liberdade concorrencial pela busca da “igualdade de condições nas relações econômicas”.

A compreensão da relação do princípio da livre concorrência com os demais princípios insculpidos na ordem econômica exige o entendimento de que a aplicação do primeiro delimita a medida da intervenção do Estado na economia.

A intervenção do Estado na economia¹⁵ tem por fim garantir a livre concorrência, sendo diversa da hipótese da atuação direta do Estado como agente econômico (art. 173 caput da CF). Nesse caso, ao atuar como agente econômico, o Estado intervém diretamente na economia nas restritas hipóteses constitucionalmente previstas. Essas exceções que permitem ao Estado a intervenção na economia se resumem aos seguintes casos: a) imperativo da segurança nacional (CF, art. 173, caput); b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput); c)

¹² “A dignidade humana constitui fundamento de atuação estatal no domínio econômico em um duplo aspecto. No primeiro aspecto, fixa uma garantia do particular contra abusos e arbitrariedades da intervenção estatal. No segundo aspecto a dignidade humana orienta toda a atuação estatal na economia, estabelecendo o parâmetro dessa atuação, que somente será legítima se buscar promover e proteger a dignidade humana.” JUNIOR, Nelson Nery e Ana Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, pg. 846.

¹³ “O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o livre mercado que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como quem diz os mais

baixos custos e preços. MONCADA. Luiz S. Cabral de. *Direito Econômico*, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 404.

¹⁴ “O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada.” SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo. Malheiros Editora, 2003, p. 48.

¹⁵ “São, substancialmente, meios de intervenção do Estado no domínio econômico: o controle de preços, o controle do abastecimento, a repressão ao abuso do poder econômico, o monopólio, a fiscalização, o incentivo e o planejamento”. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 827.





monopólio outorgado pela União (e.g., CF, art. 177)¹⁶.

1.3 O poder econômico e a intervenção do Estado

O Estado intervém indiretamente na economia através da regulação da concorrência¹⁷ nas situações em que um ou mais agentes do mercado detenham poder de mercado. A livre iniciativa empresarial sofre perda em seu valor jurídico quando um (ou mais) dos agentes de mercado detém poder econômico.

No âmbito da teoria econômica o poder de mercado do agente se mede pela sua capacidade de exercer o arbítrio de preços ou desposar certas condutas perante os concorrentes, sem sofrer perdas em sua posição no mercado¹⁸. Nessas situações o direito exige a intervenção do Estado na ordem econômica para reprimir (art. 173, § 4º) o abuso do poder e garantir a manutenção da ordem concorrencial.

A concentração econômica em mãos de um ou de poucos concorrentes assume a forma de monopólios, oligopólios e cartéis. Essas diversas espécies de concentração de poder econômico são consideradas *deformações*¹⁹ do livre mercado, o qual pressupõe, em teoria, a pulverização do poder entre os agentes do mercado.

A doutrina afirma²⁰ que a concentração de poder acaba por aniquilar, limitar, dominar ou mesmo impedir iniciativas empresariais sendo, portanto, impedimento ou desestímulo a concorrência entre os agentes. Por outro lado, a eliminação da concorrência (pela concentração do poder econômico) implica na supressão da possibilidade de ganhos de produção e investimentos em pesquisa para o aperfeiçoamento de bens e serviços que ocorrem, naturalmente, em mercados concorrenciais. A concentração do poder econômico representa uma ineficiência econômica que acarreta em si a violação à dignidade humana pela diminuição do bem-estar da população e a justiça social.

A livre iniciativa empresarial permite aos agentes econômicos a livre atuação no mercado, assim considerada a liberdade de adotar ou não um determinado comportamento perante seus concorrentes. No exercício dessa liberdade de empresa os agentes encetam comportamentos e políticas visando garantir (ou aumentar) sua parcela de mercado e obter a máxima lucratividade possível.

O fundamento da livre iniciativa empresarial pressupõe que o comportamento de cada um dos agentes econômicos seja egoísta. Cada agente trabalha para obter os maiores lucros possíveis e para aumentar sua participação no mercado. É nesse embate entre agentes

¹⁶ Nesse sentido EREsp 1.097.266-PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/12/2014, DJe 24/2/2015.

¹⁷ O fundamento para repressão ao abuso do poder econômico está no §4º do art.173 da CF.

¹⁸ Segundo a teoria neoclássica, a principal forma de manifestação do econômico nos mercados está na faculdade (poder) de aumentar preços através da redução da oferta de bem ou serviço. A tal ponto que – retomando o que foi dito na introdução a esse capítulo – o poder de mercado vem definido como o poder de aumentar preços. SALOMÃO, Calixto, *Direito Concorrencial, as estruturas*. São Paulo. Malheiros Editores, 1998, pg 74.

¹⁹ “Poder de mercado e externalidades são exemplos de um fenômeno geral denominado falha de mercado – a incapacidade de alguns mercados não-regulamentados de alocar eficientemente os recursos. Quando os mercados falham, as políticas públicas podem potencialmente

remediar o problema e aumentar a eficiência econômica.” MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Harvard University. Tradução da 2ª Ed. Americana, Rio de Janeiro: Ed. Elsevier. 2001, pg. 157.

²⁰ “Ademais, o monopolista pode controlar não apenas o preço, mas também a quantidade oferecida e, por esta forma, distorcer todos os mecanismos de autocontrole do mercado, além de adquirir, em alguns casos, dimensões tais que o tornam politicamente perigoso.” Nusdeo, Fabio. *Curso de Economia*. Ed. RT, 9ª ed, 2014, pg. 122, no pressuposto de que do seu adequado funcionamento decorre a ordem econômica mais justa e eficiente. A defesa da concorrência é levada a cabo porque se acredita ser ela o melhor garante da prossecução, como que implícita, de certos objetivos de política econômica”. MONCADA. Luiz S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4ª Ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2003, pg. 403/404.





econômicos, no exercício da livre empresa, que se estabelece o jogo da concorrência.

Destarte, o direito da concorrência torna-se uma ferramenta à intervenção do Estado na Ordem Econômica. O Estado passa a regular certas condutas dos agentes econômicos detentores de poder de mercado para evitar ou elidir o uso abusivo desse poder. Contrário senso, se nenhum dos agentes partícipes da relação detém poder de mercado, sua conduta será capaz de interferir no mercado. Nesse caso não haverá prejuízo à livre iniciativa empresarial nem há incidência das regras de proteção e defesa da concorrência.

A intervenção do Estado no jogo concorrencial é uma limitação ao exercício da livre empresa, a qual se justifica pelo reconhecimento de que esta - livre empresa - produz certas “falhas de mercado”²¹, sendo uma das mais claras o fenômeno da concentração de poder de mercado em mãos de um de alguns agentes econômicos, o que tende a produzir efeitos anticoncorreciais, ou seja, efeitos que limitam exagerada e injustificadamente o exercício da livre empresas pelos demais *players* do mercado.

2 A ORDEM ECONÔMICA

2.1 A Ordem Econômica. Livre iniciativa e livre concorrência

A preservação dos diversos princípios que informam a livre empresa exige a elisão dos conflitos que lhe são intrínsecos, buscando alcançar o fundamento dado pela Carta de que “o

fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade”.

A livre concorrência, um dos princípios informadores da livre iniciativa, atua no sistema legal não apenas como elemento de defesa do próprio concorrente - pensamento esse que representaria um retrocesso aos tempos da “concepção privatística” da concorrência²² - mas antes de tudo atua na defesa da própria concorrência como bem jurídico pertencente a coletividade (art. 1º, parágrafo único da lei 12.529/11). De fato, o fundamento para a coibição de práticas anticoncorreciais reside na necessidade de proteção de ambos objetos da tutela: a lealdade concorrencial (entre os concorrentes) e a manutenção da própria concorrência.

A defesa da livre concorrência é, tal qual inserida no texto constitucional, elemento instrumental para defesa e manutenção da livre iniciativa. Não obstante a livre concorrência ter uma posição proeminente como fundamento da República, caberá ao Direito formular e moldar os parâmetros para mitigá-la nas situações em que as circunstâncias o exigirem, especificamente naquelas em que o *poder de mercado* do agente econômico tolhe dos demais agentes o próprio direito à livre empresa. Nessas hipóteses se faz necessário suspender ou modular o fundamento da livre iniciativa, para que se abra espaço à valorização e eficácia dos demais princípio informadores da ordem econômica.

Essa estrutura principiológica plural, onde os fundamentos gerais são informados por diversos princípios, confere ao direito econômico uma permanente tensão entre a livre iniciativa,

²¹ “São conhecidas da disciplina de Economia Política as características do modelo da “concorrência perfeita”; homogeneidade dos produtos, atômidade do mercado, mobilidade dos factores de produção e transparência dos preços. Daí se sabe também tais características correspondem a um tipo ideal de mercado de alcance normativo e não real, que se não verifica na prática dos

nossos dias.” MONCADA, Luis S. Cabral de, *Direito Econômico*. Coimbra. Coimbra Editora, 4ª ed. 2003, pg. 405.

²² Da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de estabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta²² (Revista do STF (III), 2/187, 1914.





como fundamento da república, e seus princípios informadores.

Essa tensão é particularmente presente entre agentes econômicos privados, seja como sujeitos à LDC, seja como destinatários de políticas públicas reguladoras de suas atividades econômicas. É sabido que regulação dos mercados pelo poder público cria uma natural repulsa dos agentes econômicos destinatários da norma, cuja livre iniciativa é de alguma forma controlada pela norma legal.

A conciliação do fundamento da livre iniciativa com a aplicação do princípio da livre concorrência exige a concepção instrumental do direito concorrencial, destinado a abrir espaço à valorização dos múltiplos princípios que regem a ordem econômica. Em outras palavras, a livre iniciativa é um fundamento constitucional que se a molda as diversas finalidades a que se destina a ordem econômica (art. 170).

Livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios empresariais julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugados dos citados art. 1º e 170 da CF/88.

Já o conceito da livre concorrência tem caráter instrumental, significando o “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, a opção de nosso constituinte por um tipo liberal de política econômica que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que podem levar a formação de monopólios e ao abuso do poder econômico.

Essa questão vem sendo elucidada nas decisões proferidas pela jurisprudência do STF²³ e STJ. Os arestos visam estabelecer questões como o limite e condições para intervenção do Estado na economia, a definição do conceito de abuso de poder econômico e a responsabilidade civil do Estado pela intervenção na econômica.

A regra da economia de mercado é a de que o livre mercado e a livre concorrência garantam a existência do maior número possível de agentes econômicos, todos concorrendo entre si em busca do consumidor, o que leva a diminuição dos preços e melhorias nos produtos, trazendo benefícios dos consumidores.

Importa elucidarmos que a convergência entre a defesa da livre iniciativa na ordem econômica e o princípio da defesa dos consumidores²⁴ está na presunção de que o ingresso de novos concorrentes no mercado

²³ Nesse sentido a ADI nº 319 do STF ratifica a competência do Congresso Nacional para regular a concorrência e intervir na liberdade empresarial, especialmente ao fixar uma política de preços de bens e serviços sob o argumento de elidir o abuso do poder econômico ou o aumento arbitrário de lucros. O aresto reafirma que Estado detém legitimidade para intervir no mercado e regulamentá-lo através de políticas públicas implementadas por lei. O fundamento jurídico para a intervenção na economia - e, por consequência, a mitigação da livre iniciativa - visa,

exatamente, *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

²⁴ O primeiro passo lógico para a correta definição do conceito de concorrência é distinguir a proteção da concorrência da proteção do concorrente. Hoje está bem reconhecida a distinção entre os dois conceitos, e admitido o fato de que tanto concorrentes quanto consumidores são tutelados pelo direito da concorrência indiretamente, através da ordem concorrencial.

SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas.* São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 52





acarretará o desenvolvimento de novos produtos e serviços. Por consequência haverá aumento na oferta, a minimização dos preços, aumento da riqueza econômica e o maior bem-estar dos consumidores.

2.1 Livre iniciativa em face da ordem constitucional

Lançado como princípio fundamental da República²⁵, a livre iniciativa reaparece no texto constitucional como fundamento da ordem econômica (art. 170) e, nesse caso, visa assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*.

A valorização do trabalho humano²⁶ e a livre iniciativa são fundamentos da ordem econômica (CF/88 art. 170, caput. e art. art. 1º, IV). A livre iniciativa contém a ideia de direito a livre empresa, liberdade de produção e circulação de bens e serviços como expressão da economia de mercado, sistema econômico considerado o mais adequado a alcançar o desejado desenvolvimento econômico-social.

²⁵ A livre iniciativa aparece na CF já no art. 1º como princípio fundamental da República, sendo reprisada no art. 170 como fundamento da Ordem Econômica.

²⁶ O texto constitucional indica, no seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho; de outra parte, no art. 170, caput, afirma que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano. Tanto em um quanto em outro caso – definição do Brasil (isto é, da República Federativa do Brasil) como entidade política constitucionalmente organizada que se sustenta sobre o valor social do trabalho e fundamentação da ordem econômica (mundo do ser) na valorização do trabalho humano – estamos diante de princípios políticos constitucionalmente conformadores (Canotilho)²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Mendes, Gilmar F, Sarlet, Ingo W. e Streck, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo. Ed. Saraiva, pg. 1790.

²⁷ FORGIONE, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 190.

²⁸ Nesse sentido vejamos:

AC 1.657-MC, voto do Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-6- 2007, Plenário, DJ de 31-8-2007; ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006; STA 171, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12/12/2007, Tribunal Pleno, DJ de 29-02-2008; ADI 3512,

A livre iniciativa econômica no mercado é conformada pela atuação dos diversos princípios que regem o funcionamento da ordem econômica (art. 170 da CF/88 e seus incisos). Esses princípios são destinados a alcançar os fins almejados pela ordem econômica – *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*²⁷.

Não obstante a relevância da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, destinada a garantir o crescimento econômico do país, seu exercício sofre significativas restrições. Essas restrições são reflexo da necessidade de se conferir eficácia aos demais princípios informadores da ordem econômica, os quais acabam por moldá-la ao alcance do bem-estar da sociedade, assim como ao atendimento das necessidades do bem-comum.

A própria jurisprudência²⁸ ratifica a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, sempre em consonância com os princípios sociais informadores²⁹. A jurisprudência do STF³⁰ firmou-se no sentido de que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar

Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15/02/2006, Tribunal Pleno, DJ de 23-06-2006; ADI 1950, Rel. Min. Eros BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 7o volume, arts. 170 a 192*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 16

²⁹ Nesse sentido o (AI 636.883-AgR, Rel. Min. Carmen Lucia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 10-3- 2011, STF, afirmando: “O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Precedentes.”

³⁰ RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 5.8.2005, grifei).

[...]

1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

[...]

4. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE





regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

Enquanto a livre empresa é instrumento para o desenvolvimento da atividade produtiva pelos agentes econômicos,³¹ a defesa da concorrência é instrumento jurídico-estatal para sua defesa e manutenção³². De acordo com a doutrina, seu exercício (defesa da concorrência) envolve a liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as resultantes do mercado.

A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante por parte do Estado. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender. Esta liberdade, entretanto, não pode ser exercida de forma absoluta. Conforme o entendimento do STF na ADIN 1950, “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual a livre iniciativa tem um papel primordial. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em “situações excepcionais”. É essa *ratio* que dá sustentação³³ a diversos diplomas legais, dentre eles, por exemplo, a lei que obriga a iniciativa privada a praticar “meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino,

ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer”.

Segundo o STF, a intervenção do Estado na ordem econômica se justifica para o atingimento das diversas “diretrizes, programas e fins” a serem realizados pelo Estado. Desta forma, será legítimo ao Estado obrigar o empresariado aceitar, conforme o exemplo citado, a política do “meio ingresso”, como forma de intervenção do Estado na economia, visando preencher os programas educacionais fixados constitucionalmente.

Da orientação desposada pelo STF para a matéria se depreende que há uma limitação à livre empresa pela incidência de outros valores e fins constitucionalmente fixados como relevantes à ordem econômica e social. O Estado tem o poder de intervir na ordem econômica para executar diretrizes e programas sociais constitucionalmente previstos, tais como, por exemplo, a garantia do efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição Federal).

Para garantir a efetividade da concorrência – ou seja, garantir o livre acesso dos concorrentes no mercado, em exercício da livre iniciativa - o Estado poderá intervir na ordem econômica (art. 173, § 4º da CF/88). A preocupação, nesse caso, será evitar que, em função das estruturas de mercado e assimetria de

349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 5.8.2005 grifei).

³¹ Nesse sentido, vale destacar trecho do doutrinador Celso Bastos:

“O que se poderia perguntar é se é possível organizar-se a justiça social dentro de um regime de liberdade de iniciativa. A nosso ver não existe uma contradição visceral entre essas ideias. É certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça, contudo, ainda assim, os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa. Ao Estado pode caber um papel redistribuidor da renda nacional. O que não é aceitável é ver-se uma contradição entre a liberdade de iniciativa e a justiça social a ponto de se afirmar que esta

última só é atingível na medida em que se negue a primeira”.

BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 7o volume, arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 18

³² Pode-se identificar três interesses protegidos pelas normas da concorrência: o dos consumidores, o dos participantes do mercado (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial., SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial, As Condutas*. São Paulo. Malheiros Editores, 1ª ed. 2003, pg. 61.

³³ Em relação ao caráter não absoluto da livre iniciativa e à regulamentação do mercado, veja-se, da jurisprudência do STF as ADIs 1.950/SP, DJ de 02/06/2006 e nº 3.512/ES, DJ de 23/06/2006 e RE nº. 349.686/PE, DJ de 05/08/2005.





informações, o poder econômico detido pelo agente prejudique a concorrência. A defesa da concorrência tem como principal escopo preservar o padrão de competição entre os agentes de mercado para que, através da própria concorrência, o mercado atinja níveis mais elevados de eficiência econômica, assim beneficiando os consumidores.

Assim, a ordem econômica constitucional vislumbra a livre iniciativa como garantia da liberdade de empresa e, ao mesmo tempo, seus princípios informadores atuam como um instrumento para alcançar a justiça e bem-estar social e econômico³⁴.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

3.1 A dupla posição do Estado na ordem econômica

A interpretação dada pela Corte Suprema à Constituição Federal é de *carta programática* cujos objetivos enunciados sob a forma de *diretrizes, programas e fins* devem ser realizados pelo Estado e pela sociedade. Os diversos meios empregados para alcançar esses objetivos incluem

a intervenção na economia como forma de instrumento de governo, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1o, 3o e 170 da CF/88. A livre iniciativa não resume sua expressão social pelo exercício de atividade empreendedora ou capitalista, sendo também compreendida como expressão do trabalho³⁵.

Há uma orientação da Corte Suprema³⁶ acerca do direito à intervenção do Estado na economia como regulador de preços. Os fundamentos jurídicos constitucionais empregados para autorizá-lo são a necessidade de conciliação do fundamento da livre iniciativa com os diversos princípios informadores da ordem econômica. O entendimento é o de que a regulação de preços de bens e serviços pelo Estado não viola a livre concorrência porque a livre iniciativa também deverá atender os interesses e a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais, entre outros princípios informadores da Ordem Econômica.

Ademais, o caput do art. 170 da Carta atribui à ordem econômica a finalidade de *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Essa atribuição de uma *finalidade social* ao exercício da atividade econômica privada autoriza o Estado a interferir

³⁴ GRAU, julgamento em 03/11/2005, Tribunal Pleno, DJ de 02-06-2006; RE 321796 Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 08/10/2002, Primeira Turma, DJ de 29-11-2002.

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FARMÁCIA: HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. AGRAVO. 1. Como salientado na decisão agravada, "o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, por unanimidade, no julgamento do RE 237.965-SP, publicado no DJ, 31.03.00, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, que a fixação de horário de funcionamento para farmácias é matéria de competência municipal, não procedendo, portanto, as alegações de violação aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de trabalho, da busca do pleno emprego e ao direito do consumidor". 2. Os fundamentos desse precedente foram resumidos na decisão

agravada, que mencionou outros, e não infirmados pela agravante. 3. Agravo improvido.

(RE 321796 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 29-11-2002 PP-00020 EMENT VOL-02093-05 PP-00904)

³⁵ Conforme a antes citada ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

³⁶ Em decisão plenária na qual acolhe a política intervencionista do Estado na economia. "Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, DJ de 30-4-1993.)





em todos os campos da economia como agentes normativo e regulador. Essa *finalidade social* tem em si a carga de uma espécie de cláusula geral econômica constitucional cujo conteúdo será preenchido pelos elementos conformadores de cada situação jurídica-econômica regulada.

3.2 A dupla posição do Estado na ordem econômica

O Estado detém dupla legitimidade para exercer a defesa da livre empresa e o direito concorrencial, ora exercendo-a no polo ativo e ora submetendo-se ao regramento concorrencial como sujeito passivo da ordem legal. Conforme atue como agente regulador ou agente econômico, o Estado alterna sua posição no jogo de mercado.

Tanto nas situações em que o Estado explora diretamente a atividade econômica (art. 173 da CF/88), quanto naquelas outras em que age como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve obediência ao princípio da livre empresa e preservação da ordem econômica constitucional.

Enquanto agente regulador³⁷, ao Estado compete garantir a eficácia da livre iniciativa e a *defesa da ordem concorrencial*. Enquanto agente econômico, o Estado torna-se empresário e atua em condições de igualdade com os demais agentes do mercado, tornando-se destinatário dos mesmos fundamentos constitucionais econômicos.

O fato da Constituição expressamente submeter o Estado ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, II CF/88) quando explorar diretamente a atividade econômica, o remete diretamente ao regime da livre empresa. Por outro lado, a Constituição não revela nenhuma norma expressa acerca da submissão do Estado aos fundamentos da Ordem Econômica

enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. Ainda assim, pode-se afirmar que mesmo enquanto agente regulador da economia, o Estado está submetido aos princípios da livre empresa e livre concorrência.

Nesses casos, entende-se que o fundamento constitucional, visto como normas gerais e abstratas, aplica-se a todos os espaços do sistema jurídico onde não sejam expressamente afastados pela própria ordem constitucional. Assim, a falta de norma expressa não afasta o dever de observância da livre empresa pelo Estado nos atos praticados como agente econômico ou regulador econômico, pela aplicação de uma interpretação constitucional sistêmica.

3.2.1 Modos de atuação do Estado na economia

O sistema constitucional adota o modelo do Estado Democrático Social de Direito o qual privilegia as liberdades civis e a proteção aos direitos humanos. Além disso, no campo econômico, vige a limitação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, a qual somente *será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*, (art. 173 da CF).

Considerando-se que o modelo de intervenção do Estado na Ordem Econômica pode ser definido pela intensidade de sua atuação na economia do país, temos que quanto mais intervencionista for o Estado, tanto mais se aproxima do modelo de atuação social e, em sentido oposto, quanto menos intervencionista for, mais próximo será do modelo liberal.

Embora o Poder Público possa atuar como agente normativo da economia, sua conduta não poderá ser exercida de forma discricionária. As inúmeras formas de atuação do Estado, como

³⁷ 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





agente fiscalizador e regulador da atividade econômica, exigem embasamento e justificativa plausíveis e compatíveis com a própria ordem econômica constitucional.

Além da atividade econômica propriamente dita, o Estado poderá agir como agente normativo e regulador da atividade econômica, quando exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento econômico. O Estado detém ampla competência para intervir indiretamente na atividade econômica. No caso brasileiro encontramos o art 174 da CF, o qual dispõe: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A doutrina formula o conceito de intervenção do Estado na economia a partir da concepção do Estado Social³⁸, responsável pelo bem-estar coletivo e desenvolvimento econômico. Tal intervenção vem proteger a sociedade dos abusos do poder econômico. Esse modo de intervenção originou o chamado o Direito Regulatório Econômico.³⁹

³⁸ “O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais coletivamente considerados. São as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõem a sociedade. O bem-estar social é o escopo da justiça social a que se refere nossa Constituição (art. 170) e só pode ser alcançado através do desenvolvimento nacional, MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, pg. 663.

³⁹ [o Estado] toma a si o encargo de atividades econômicas, passando a exercer, além das funções de manutenção da ordem jurídica, da soberania e segurança nacionais, outras que visem ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico. O intervencionismo visto sob o prisma do Direito Econômico, varia de intensidade, que pode ir da ação supletiva (intervenção branda) ao monopólio estatal (intervenção total). Segundo os doutrinadores, no chamado neo-capitalismo, essa intervenção se faz sentir pela legislação que protege a sociedade dos abusos do poder econômico, através do que denominam Direito Regulamentar Econômico (espécie do Direito Econômico) comparando o Estado na atividade econômica para

De outro modo, como ente administrativo, o Estado está sujeito a observância de princípios fundamentais, dentre os quais destaca-se o da proporcionalidade ou simultânea vedação de excessos e omissões causadoras de danos juridicamente injustos. Tal princípio exige que a administração pública evite praticar excessos na condução de seus objetivos. O princípio da proporcionalidade⁴⁰ exige que o administrador público deve sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.

A forma direta de intervenção do Estado na economia é inferida a partir da leitura do art. 173 da Constituição Federal, o qual refere à atuação direta do Estado na economia por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista. Além disso, é viável que, em virtude da existência de interesses sociais, o Estado intervenha na economia a partir da assunção da gestão de uma empresa privada⁴¹. Nesse sentido, o Estado atua como agente da atividade produtiva, fazendo parte do processo econômico⁴².

assumir as atividades demasiadamente onerosas ou desinteressantes para a iniciativa privada. São Paulo: INSUELA, José Pereira Affonso. Bushatsky Ed., 1974, p. 249.

⁴⁰ Nesse sentido: “O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidades e proporcionalidade em sentido estrito), nas suas duas facetas (vedação de excessos e vedação de inoperância/omissão), apresenta-se especialmente relevante ao impor moderação no exercício de poderes e ao cobrar, diligentemente, o cumprimento dos deveres prestativos positivos, de sorte a ser incorporado, obrigatoriamente, entre os parâmetros de avaliação sistêmica dos resultados da gestão pública.” FREITAS, Juarez, *O Controle dos Atos Administrativos*. São Paulo. Malheiros Editores, 2004, 4ª Ed. p. 63.

⁴² “Trata-se, aqui, de exploração direta da atividade econômica em sentido estrito, não de serviço público.” CANOTILHO JJ. Gomes e outros em *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pg. 1829.





A intervenção indireta⁴³, por outro lado, ocorre quando o Estado atua como agente fiscalizador e normativo. Ao intervir indiretamente na economia, o Estado atua sob três vieses: fiscalizador, agente regulador e fomentador de políticas que coíbam abusos econômicos. Nessas situações o Estado poderá impor limitação de preços e normas de conduta de conteúdo econômico, tendo por fundamento alcançar a *justiça social* econômica a partir da proporcionalização da livre iniciativa entre os diversos princípios que a informam, os quais exigem atenção aos interesses e a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais, etc..

Ademais, importante ressaltar que é na modalidade de intervenção indireta que se encaixa a atuação do Estado quando exercer o controle sobre atos de concentração (lei nº 12.529/2011, Lei de defesa da concorrência) ou regular o mercado visando preservar a concorrência.

Embora a ordem constitucional preveja o direito do Estado intervir na economia como agente regulador das atividades econômicas, igualmente lhe impõe limites e responsabilidades pela intervenção ilegal ou abusiva. O Estado, além de observar a ordem econômica e livre iniciativa em que intervém, está também adstrito ao princípio da legalidade, o que evita formas de arbitrariedade da administração, a qual não se

confunde com o princípio do livre arbítrio da administração.

3.2.2 Intervenção na Economia e Responsabilidade Civil Objetiva

Como visto, há expressa autorização constitucional para o Estado intervir na ordem econômica⁴⁴. A jurisprudência do STF ratifica o direito e a competência do Estado para intervir na economia, seja como empresário, seja como agente regulador das atividades econômicas. Entretanto, os tribunais também definem que o Estado sofre limitações para o exercício dessa competência, daí derivando sua responsabilidade civil por atos de intervenção ilegal ou abusiva na economia.

A intervenção do Estado na economia como agente regulador está adstrito ao princípio da legalidade. Como regra geral, o ato da autoridade deverá ter amparo na legalidade administrativa para evitar a arbitrariedade da administração. Mesmo nas hipóteses em que a lei concede ao Estado o livre arbítrio de seus atos, há limites a serem observados, como respeito do Estado a livre iniciativa, sob pena de caracterizar-se sua responsabilidade civil objetiva⁴⁵.

Consoante art. 37, § 6º da CF/88⁴⁶, "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

⁴³ Nesse tipo de intervenção, como já se sabe, o Estado não se comporta como sujeito econômico, não tomando parte activa e directa no processo econômico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à atividade ds empresas. MONCADA, Luis S. Cabral de Moncada. *Direito Económico*. Coimbra. Coimbra Editora, 4ª ed. 2003, pg. 371.

⁴⁴ "Evidencia-se, portanto, que o nosso ordenamento jurídico-constitucional distingue as duas formas de intervenção: na propriedade e no domínio econômico. A intervenção na propriedade incide sobre os bens; a intervenção no domínio econômico incide sobre a atividade lucrativa, exercida pela empresa, como instrumento da iniciativa privada". MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, pg. 661.

⁴⁵ "Reza o § 6º do art. 37 da Constituição Federal que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Essa regra acolhe a responsabilidade sem culpa do Estado, segundo o regime da teoria do risco administrativo, também chamada de teoria objetiva..."GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

⁴⁶ "O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e de seus





responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". A Constituição Federal vigente, a partir deste dispositivo, explicitou o acolhimento da tese da responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do funcionário. Para a doutrina, tal preceito constitucional advém da evolução do tema, tendo sido a Constituição de 1946 a primeira a afastar a exigência de culpa do Estado na responsabilidade civil extracontratual.

São pressupostos da responsabilidade civil do Estado:

- a) a ocorrência do fato administrativo, assim considerado "qualquer conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público"⁴⁷;
- b) o dano, não importando sua natureza, podendo ser moral ou patrimonial;
- c) o nexo causal, ou relação de

causalidade, entre o fato administrativo e o dano. Em resumo, ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa.

É possível a atribuição de responsabilidade ao Estado até mesmo em caso de atuação lícita do ente público. Com efeito, tal panorama faz-se presente na hipótese fundamentada no "princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão

sujeitos os administrados"⁴⁸. Ainda que lícito, determinado ato que imponha ao administrado ônus extremamente desigual frente aos demais implica responsabilidade do Estado. É a hipótese, por exemplo, de danos oriundos de obra promovida pelo Estado que repercute em danos excessivos a determinado cidadão.

No mesmo sentido é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo⁴⁹. No caso de comportamentos lícito - assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público - o fundamento da responsabilidade estatal vem do dever de garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Como se apresenta, a livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica, mas os princípios que a informam admitem uma regulação estatal que representam um temperamento nessa liberdade de agir dos agentes. Ocorre que também o Estado - no exercício de sua atividade regulatória da economia - está adstrito ao fundamento da livre iniciativa, de forma que os parâmetros vinculados a realidade econômica e a própria viabilidade de execução dos regulamentos e normas estatais são submetidos ao regime da livre empresa e livre mercado.

A título de exemplo,⁵⁰ prevalece o entendimento fixado pelo STF de que⁵¹ a fixação

delegados. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo* Meirelles. 38ª Ed., 2011, pg. 718.

⁴⁷ CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 524

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16 ed - São Paulo: Saraiva, 2011, fls 24/25. Princípio da razoabilidade.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, Pág. 789.

⁵⁰ SILVA, Américo Luís Martins. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 120.

⁵¹ A fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor econômico objeto do regulamento representa um : empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa." (RE 422.941,





administrativa de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor econômico objeto do regulamento representa empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.

Exemplificativamente, no acórdão RE 422.941⁵², Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006, o STF analisa a intervenção do Estado na economia via fixação de preços para o setor de sucro-alcooleiros.

No caso em comento, o tribunal acolheu a arguição de responsabilidade objetiva da União porquanto os preços fixados para os produtos sucro-alcooleiros foram inferiores ao levantamento de custos apurados pela Fundação Getúlio Vargas. Essa precificação por valores “abaixo do custo” e “desvinculada da realidade econômica” provocou danos à empresa e ensejou o direito a indenização patrimonial. Ao par do

Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.). No mesmo sentido RE 648622 AgR, Relator Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012.

No mesmo sentido: AI 754.769-AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012; AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamx, Pnto em 1o-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010.

⁵² **RE 422941 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/12/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302. Parte(s) RECTE.(S) : DESTILARIA ALTO ALEGRE S/A ADV.(A/S) : HAMILTON DIAS DE SOUZA RECDO.(A/S): UNIÃO ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em

legítimo direito da União à intervenção na economia, se sua atuação se dá em desconformidade com a “realidade econômica”, o dano causado à parte mostra-se indenizável. Aplica-se, nesses situações, a regra disposta no art. 37, § 6º da CF .

A ilegalidade ali declarada não se refere ao ato administrativo interventivo, considerado lícito e regular em si mesmo, mas sim ao seu conteúdo o qual afronta o fundamento da livre iniciativa representado pela fixação de preços por “valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor”.

A intervenção regulamentar do Estado na economia não o autoriza a agir contra o “livre exercício da atividade econômica” nem com desrespeito ao princípio da livre iniciativa”. Não obstante a escola liberal considerar a própria fixação de preços pelo Estado uma violação à livre iniciativa, o modelo econômico brasileiro o

desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido.

Decisão

Depois do voto do Ministro-Relator, conhecendo e dando provimento ao recuso extraordinário, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou, pela recorrente, o Dr. Hamilton Dias de Souza e, pela União, o Dr. Moacir Antônio Machado da Silva. Ausente, ocasionalmente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 31.05.2005. Decisão: A Turma, por votação majoritária, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, nos termos do voto que proferiu. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 06.12.2005.





permite, ao mesmo tempo que exige do Estado o respeito e prevalência a máximas econômicas como, no caso apontado, o respeito a realidade de preços.

O que se depreende da análise da matéria e da orientação do STF é a existência de uma relação direta entre a intervenção estatal na economia e a aplicação do princípio da livre concorrência. O poder do Estado à intervenção na ordem econômica não o exime do respeito a garantia da livre iniciativa e manutenção das condições de concorrência aos destinatários do regramento econômico. Em última análise, ao fixar o preço do produto abaixo do custo de produção, o Estado impede a livre empresa econômica (preços manipulados e inferiores ao custo) ao mesmo tempo que impede a empresa destinatária da norma a concorrer no mercado.

CONCLUSÃO

Depreende-se que o instituto da intervenção do Estado na economia, em todas as suas modalidades, encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro dispositivo apontado concede ao Estado o direito de explorar diretamente a atividade econômica diretamente e, o segundo, a regular a atividade econômica pelas as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

As duas modalidades de intervenção do Estado na econômica não o eximem ao respeito a garantia da livre iniciativa e manutenção das condições de concorrência aos destinatários do regramento econômico. De outra forma dito, o desrespeito do Estado ao princípio da livre iniciativa traz como consequência o seu dever de indenizar.

Como agente regulador, o ato interventivo na economia é ato administrativo, sobre o qual se exercerá o controle da legalidade. Desde o ponto de vista do direito econômico, esse controle não terá por objeto o ato em si (competência ou conveniência), mas sim a existência de violação ao fundamento da livre iniciativa ou violação da concorrência. O Estado não está autorizado a agir contra o “livre exercício da atividade econômica” nem com desrespeito ao princípio da “livre iniciativa”.

A violação da regra da livre iniciativa e livre concorrência pelo Estado acarretará sua responsabilidade civil objetiva, estando legitimados os agentes econômicos destinatários da norma, aqueles que sofreram a direta influência do ato administrativo sobre sua esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito econômico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editora, 2004.





- FORGIONE, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria Sobre as Escolhas Administrativas*. Belo Horizonte: Forum, 2015.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Ana Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2001.
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.
- MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Harvard University. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2001.
- MONCADA, Luiz S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2006.
- REALE, Miguel. *O Plano Collor II e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. In: I Temas de Direito Positivo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- ROSSETTI, Jose Paschoal. *Introdução a economia*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- SARLET, Ingo. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. In: SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- _____. *Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Saraiva
- _____. *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998





SCHAPIRO, Mario Antonio; BACHIM, Fabiana Mesquista. *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e incrementalismo reformista do CADE*. Direito Econômico e Concorrencial. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2003

TOLEDO, Gastão Alves de. *Ordem Econômica Financeira. Princípios Constitucionais Relevantes*. Porto Alegre: Lex Magister, 2012

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as agências Reguladoras*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 2, abril-junho 2003.

Recebido em: 28/09/2017

Aceito em: 02/05/2018





Intervenção do estado na economia e direito da concorrência

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>

