

A passagem do Estado Liberal ao Estado Interventor e a proteção à livre concorrência no Brasil

The passage of the Liberal State to Interventor State and the protection of free competition in Brazil

Gabriel Ferreira da Fonseca¹

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de investigar a proteção à livre concorrência no Brasil. Inicialmente, a proteção à livre concorrência é analisada em sua relação com a passagem do modelo de Estado Liberal ao modelo de Estado Interventor. Em seguida, apresenta-se a relação entre a proteção à livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, bem como o panorama da positivação da proteção à livre concorrência no Brasil.

Palavras-chave: Estado Liberal; Estado Interventor; Livre Concorrência; Poder Econômico.

Abstract: This study aimed to investigate the protection of free competition in Brazil. Initially, protection of free competition is analyzed in relation with the passage of liberal state model to the interventor state model. Then shows the relationship between the protection of free competition and restraint of abuses of economic power, and the overview of the protection of free competition in Brazil.

Keywords: Liberal State; State Interventor; Free Competition; Economic Power.

1. Introdução

A proteção à livre concorrência se desenvolve em um contexto muito preciso: a passagem do Estado Liberal ao Estado Interventor, Social ou de Bem-Estar.

A livre iniciativa é a mola propulsora do Estado Liberal. Por outro lado, o Estado Interventor é marcado pela intervenção do Estado do domínio econômico. A compreensão das características centrais destes dois modelos de Estado poderá lançar luzes sobre a proteção à livre concorrência no Brasil.

Ademais, a proteção à livre concorrência precisa ser emparelhada com a noção de repressão ao abuso do poder econômico, para que seja possível uma melhor compreensão dos seus contornos.

¹ Advogado, mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Assim, a positivação da proteção à livre concorrência no Brasil será abordada no presente estudo a partir do contexto de transformações ocorridas no Estado e de crescentes preocupações com a repressão aos abusos de poder econômico.

2. Estado Liberal e Livre Iniciativa

O estudo da proteção à livre concorrência exige, inicialmente, reflexões sobre o Estado Liberal e a proteção à livre iniciativa.

O Estado ocidental moderno é marcado pela visão global de mundo que se convencionou chamar de liberalismo, em cujas bases se encontram o racionalismo antropocentrismo dos séculos XVII e XVIII e o liberalismo econômico de Adam Smith².

O Estado Liberal e a ordem jurídica dos séculos XVIII e XIX, segundo Campilongo, foram influenciados por uma concepção de mundo marcada principalmente por três elementos: a rígida separação entre o Estado/público e o indivíduo/privado; o isolamento entre o Estado e a economia; e a participação política restrita³.

A relação entre Estado e economia no Estado Liberal é baseada na não-intervenção estatal na economia. A atividade econômica era reservada aos particulares e as regras que orientavam o jogo econômico, segundo a visão do “laissez faire”, eram as do mercado⁴.

Neste contexto, o poder econômico é regulado pelo direito privado, e não pelo direito público. É o direito privado que irá definir “quanto”, “quando” e “como” produzir⁵.

Os fundamentos do liberalismo, expressão de uma ética individualista e elemento de composição da estrutura do capitalismo, foram lançados nas Constituições e nos Códigos de

² SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 40.

³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. 1987. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1987, pp. 17-18.

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. 1987. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1987, p. 20.

⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. 1987. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1987, p. 21.

direito privado. A propriedade privada e a livre iniciativa são as bases desta estrutura socioeconômica, servindo o Estado como instrumento de proteção destes interesses, sobretudo através da sua não-interferência.

A liberdade de iniciativa é uma preocupação presente em todas as constituições brasileiras. Não apenas as constituições de 1824 e de 1891, que são consideradas constituições clássicas ou liberais, mas todas as constituições brasileiras positivam normas de proteção à livre iniciativa.

A Constituição de 1988, logo em seu artigo 1º, apresenta a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. E, no artigo 170, a Constituição eleva a livre iniciativa a um dos valores fundamentais da ordem econômica.

A liberdade de iniciativa é um princípio que conjuga ao menos dois enunciados em seu regime jurídico: a) a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado; b) a não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei⁶.

A livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas. Trata-se de princípio que assegura a livre escolha das profissões, das atividades econômicas e dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados⁷.

A livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares⁸. A proteção à livre concorrência só se materializa em contextos em que a livre iniciativa esteja presente. De outra banda, sem a livre concorrência não se tem economia de mercado, sistema capitalista ou Estado Liberal⁹.

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 564.

⁷ REALE, Miguel. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 14.

⁸ REALE, Miguel. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 14.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pp. 255-256.

No final do século XIX, começa-se a perceber que não seria mais possível depositar confiança irrestrita nas ideias de liberdade econômica absoluta e de regras “naturais” do mercado. O poder econômico, que se concentrou nas mãos de alguns agentes econômicos, foi exercido de forma abusiva, com prejuízos ao próprio livre jogo econômico. Surge a preocupação com a intervenção estatal no âmbito da economia, que irá se intensificar ao longo do século XX.

3. Estado Social e intervenção no domínio econômico

O Século XX viu surgir e se desenvolver o Estado Social, Intervencionista ou de Bem-Estar. Este século foi palco de inúmeras transformações sociais que tornaram a sociedade ainda mais complexa. Crescia na Europa a tendência da intervenção estatal no domínio econômico, com o objetivo de promover a correção das falhas e arbitrariedades do mercado.

A intervenção ideológica do socialismo, segundo Paulo Bonavides, explica o aparecimento do Estado Social. Este Estado representa uma transformação superestrutural do Estado Liberal, mas conserva sua adesão ao capitalismo. Tem-se um Estado que busca mitigar os conflitos sociais e pacificar a relação entre capital e trabalho¹⁰.

O constitucionalismo social do século XX é marcado pela pretensão de não recepcionar a estrutura econômica existente, mas, sim, alterá-la. As constituições deste período “positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos”¹¹. Há, portanto, um caráter diretivo ou dirigente destas constituições¹².

Mas essas constituições apresentam um claro aspecto mítico. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, por exemplo, definem direitos que não garantem, já que só assumem eficácia plena quando implementados pela legislação

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 183-185.

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 33.

¹² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

ordinária ou pelos atos do Poder Executivo. Tem-se, em verdade, constituições formais (meramente programáticas), servindo de instrumento retórico de dominação¹³.

A Constituição brasileira de 1934 e as constituições brasileiras posteriores, sob influência direta da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, delineiam um modelo de Estado de Bem-Estar, sendo conhecidas como constituições-programa, que, embora protejam os elementos fundantes do sistema econômico (propriedade privada e livre iniciativa), não deixam de conformá-los a certos fins, a metas político-sociais¹⁴.

A Constituição de 1988 define um modelo econômico de bem-estar, desenhado desde o disposto nos seus artigos 1º e 3º, até o enunciado no seu artigo 170¹⁵. Mas a ordem econômica capitalista, ainda que intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo¹⁶.

Percebe-se que o equilíbrio dos agentes econômicos não é alcançado sem a possibilidade de regulação e fiscalização do mercado pelo Estado¹⁷. A intervenção estatal na economia é promovida com o objetivo de, paradoxalmente, permitir a livre iniciativa e a livre concorrência. A liberdade econômica exercida com abuso de poder pode redundar na sua própria eliminação¹⁸.

A defesa da concorrência, portanto, não se limita à existência de regras de cunho negativo ou defensivo – de proteção dos indivíduos em face do Estado –, exigindo uma disciplina de caráter afirmativo, de atuação, do Estado. Não se protege apenas as liberdades individuais, mas a própria ordem econômica, a correta atuação do mercado¹⁹.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 39-42.

¹⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, pp. 48-50.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 45.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 73.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 260.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 261.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 413-414.

Os dois valores fundamentais protegidos das economias do tipo capitalista são o da propriedade privada dos bens de produção e o da liberdade de contratar, ainda que esta proteção não seja absoluta, mas relativa²⁰.

Em verdade, a liberdade de contratar é um corolário da propriedade privada dos bens de produção: “Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção”²¹.

O regime jurídico dos contratos é reformulado num contexto de intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Normas jurídicas estranhas ao Direito Civil, “que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social”, passam a ser apostas sobre os contratos²².

Ao analisar dispositivo da Constituição de 1967 que tratava da defesa contra o abuso do poder econômico, Pontes de Miranda afirma que, no fundo, a Constituição implicitamente “se refere à limitabilidade do conteúdo e do exercício do direito de propriedade, ou de outros direitos patrimoniais, ou do *poder* que deles advém”²³.

Mas a intervenção do Estado no domínio econômico apenas pode ocorrer nos casos em que haja lei limitando a livre iniciativa, razão pela qual a Constituição de 1988 não pode ser interpretada como antiliberal²⁴. A intervenção estatal na economia, num regime de legalidade como o brasileiro, compete aos representantes do povo, por meio de regras e princípios jurídicos positivados na Constituição e nas leis²⁵.

A Constituição de 1988 prevê a intervenção do Estado no domínio econômico de duas maneiras distintas: como agente econômico e como agente normativo ou regulador.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 92.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 92.

²² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 94.

²³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** – Com a Emenda n. 1, de 1967. Tomo VI (Arts. 160 – 200). 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 50.

²⁴ REALE, Miguel. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 13-21.

²⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V.8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3949.

Enquanto agente econômico, sob o regime do monopólio ou sob o regime de competição, o Estado explora diretamente uma atividade econômica, desde que haja previsão constitucional ou legal. Nesta última hipótese, a atuação estatal apenas será permitida em razão de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (artigo 173).

Já enquanto agente regulador da economia, a intervenção do Estado apresenta dois propósitos básicos: “preservar o mercado dos vícios do modelo econômico (concentração econômica, condutas concertadas etc.) e assegurar a realização dos fins últimos da ordem econômica”²⁶.

O artigo 174 da Constituição dispõe que as funções de fiscalização, incentivo e planejamento serão exercidas, na forma da lei, pelo Estado. É no uso da função fiscalizatória estatal que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por força de lei, desempenha o seu papel de supervisão e controle do mercado, com a finalidade de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da livre concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros.

A proteção constitucional à livre concorrência, portanto, encontra a sua origem na transição do Estado Liberal ao Estado Social. Trata-se de manifestação da intervenção do Estado no domínio econômico que, paradoxalmente, busca preservar a própria liberdade econômica.

4. A proteção à livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico

A livre concorrência é a possibilidade jurídica concedida aos particulares de competirem entre si, objetivando, através de meios lícitos, o êxito econômico.

A proteção jurídica conferida à livre concorrência se justifica não apenas em função da tutela do mercado, como também do consumidor, por permitir a competitividade das empresas e favorecer o aperfeiçoamento de suas técnicas.

²⁶ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 572.

O poder econômico é um elemento inerente ao sistema econômico capitalista. A Constituição brasileira de 1988 não ignora a assimetria de poder econômico entre os diferentes competidores. Ao contrário, privilegia o legítimo poder econômico através do combate ao seu uso indevido.

Em verdade, pode-se afirmar que o poder econômico é um fenômeno da realidade, limitado, mas também tolerado, pelo direito. Trata-se de uma tolerância indiretamente legitimadora²⁷.

Três são as formas que a Constituição brasileira reconhece expressamente, em seu § 4º do artigo 173, como sendo manifestações do abuso do poder econômico a serem reprimidas pela lei: a) a que vise à dominação do mercado; b) a que vise à eliminação da concorrência; e c) a que vise ao aumento arbitrário dos lucros.

Tem-se, com base nos elementos trazidos pela Constituição, a difícil tarefa de delimitar em quais casos se está diante de um uso indevido do poder econômico. O tema envolve reflexões sobre a espinhosa (e muitas vezes tênue) diferença existente entre abuso de direito e exercício regular de direito.

Os agentes econômicos são livres para desenvolver as suas atividades produtivas, sem interferência do Estado, mas esta liberdade é regulamentada, não é absoluta. Quando se abusa da tolerância indiretamente legitimadora do poder econômico, constitui-se infração à Ordem Econômica concorrencial, por desvio do exercício do direito de concorrer²⁸.

Há duas espécies de ação econômica capazes de gerar responsabilidade do agente por danos: a esfera de ilicitude *per se* e a esfera da abusividade. No primeiro caso, tem-se uma transgressão dos limites estabelecidos em lei, no segundo, está-se diante da obediência aos limites objetivos do preceito legal, mas há violação ao “espírito” da concorrência, à finalidade da instituição social do mercado, isto é, desvio no exercício do direito de concorrência²⁹.

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, CADE, n. 21, Out./Dez., Brasília, 1995, pp. 23-30.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, CADE, n. 21, Out./Dez., Brasília, 1995, pp. 23-30.

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, CADE, n. 21, Out./Dez., Brasília, 1995, pp. 23-30.

A determinação constitucional é de que a lei puna o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, isto é, os desvios no exercício do direito de concorrência, e não as práticas concorrenciais enquadráveis como ilícitos *per se*. Não cabe à lei concorrencial definir os limites do ato concorrencial, sob pena de intervenção indevida no domínio econômico. Não deve a lei definir preços, margens de lucro, percentuais de participação no mercado etc.³⁰

A infração contra a Ordem Econômica concorrencial ocorre em razão de abuso de um poder legítimo, e não de um ato ilícito *per se*. Tem-se a violação da finalidade do direito, sem que necessariamente haja a transgressão dos limites objetivos legais.

O abuso de poder econômico, portanto, caracteriza-se pelo desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade³¹.

A ilicitude concorrencial administrativa está na conjugação da prática (independentemente da sua ilicitude) com o efeito gerado. A intenção do agente não é um elemento essencial. Daí o artigo 36 da nova Lei (nº 12.529/11) repetir a dicção normativa da Lei anterior (Lei nº 8.884/94), prescrevendo que as infrações da ordem econômica independem de culpa.³²

No campo do direito da concorrência, o aspecto subjetivo (excesso de poder) e o aspecto objetivo (desvio de finalidade) convergem para uma espécie de responsabilidade objetiva (“culpa social”). Ainda que não haja intenção de lesar ou pôr em risco o direito específico de alguém, há a infração em razão de uma ruptura do equilíbrio concorrencial (interesse difuso). Verifica-se se o agente econômico, mesmo adotando prática em condições objetivamente legais, atinge, atingirá ou poderá atingir (mesmo que não consiga) efeitos

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, CADE, n. 21, Out./Dez., Brasília, 1995, pp. 23-30.

³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31, p. 14.

³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31, p. 14.

contrários aos protegidos pelo princípio da livre concorrência: eliminação da concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros³³.

A noção de abuso do poder econômico integra a categoria dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. É um conceito aberto, típico de um direito faticamente intensivo e de baixa densidade normativa, como é o caso do direito da concorrência, cuja positivação pode ser situada historicamente no período de transição do Estado Liberal para o Estado Social ou Interventor.

A ideia de abuso do poder pode ser trabalhada através da noção de risco. O conceito de risco de poder, segundo Luhmann, poderia substituir o histórico conceito “jurídico” de abuso de poder³⁴.

Há, historicamente, o risco do “poder demais” e, mais recentemente, surge o risco do “poder de menos”. Estes problemas fomentam, ainda, os “novos riscos de perda de funções, de ineficiência perceptível e de desagregação do poder”³⁵.

Pode-se, então, perceber a normalidade dos riscos que envolvem o poder. Mas há também as condições de estabilidade, que podem ser encontradas, por exemplo, na construção de instrumentos organizacionais da técnica de crise. Não se trata de um esforço por impedir ou protelar crises do sistema social, que viriam de qualquer modo, mas, sim, da absorção de crises numa espécie de planejamento do poder. A legislação pode antecipar e calcular o risco de um poder maior e compensá-lo com determinadas restrições no processo decisório³⁶.

Um dos pontos de partida para o controle jurídico do poder econômico está no fato de que quem detém este poder tem a possibilidade de escolher, multiplicar ou isolar os locais em

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31, pp. 15-16.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 68.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 69.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 71-73.

que os conflitos se resolvem, sendo capaz de se esquivar das normas reguladoras de conflitos³⁷.

Quem possui poder econômico tem a possibilidade de exercê-lo em desconformidade com a sua finalidade social. Este risco é inafastável, mas pode ser administrado. Daí a necessidade da busca no direito da legitimação do poder.

5. A positivação da proteção à livre concorrência no Brasil

É no contexto da passagem do Estado Liberal ao Estado Social que surge no Brasil a proteção constitucional à concorrência, através do fomento à economia popular, isto é, da tutela do consumidor, como previsto nas Constituições de 1934³⁸ e 1937³⁹.

O Estado Social se caracteriza, dentre outros aspectos, pela promoção da intervenção no domínio econômico, mediante a qual impõe limites ao livre funcionamento do mercado.

Neste período, o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas, definiu os crimes contra a economia popular.

Ainda durante o Governo Vargas, o Decreto-lei nº 4.807, de 7 de outubro de 1942, criou a Comissão de Defesa Econômica, diretamente subordinada ao Presidente da República, com a função de resolver, por solicitação ou de ofício, a rescisão ou forma de liquidação dos contratos de pessoas cuja atividade econômica se tornasse necessário reprimir.

Do mesmo contexto histórico é o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, que dispôs sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, conferindo caráter de ilícito administrativo aos atos contrários à economia nacional, e criou a Comissão Administrativa de

³⁷ MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica. In: **Revista do IBRAC**, vol. 12, n. 4, p. 177–192, 2005, p. 185.

³⁸ “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”

³⁹ “Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

Defesa Econômica, órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, mas diretamente subordinado ao Presidente da República.

O direito concorrencial brasileiro, portanto, tem as suas origens nos dispositivos constitucionais de proteção à economia popular. A tutela ao consumidor é o foco da legislação que irá disciplinar os ilícitos anticoncorrenciais neste período.

Apenas a Constituição de 1946 previu expressamente o princípio da repressão ao abuso do poder econômico⁴⁰. Foi sob a égide desta Constituição que a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi promulgada, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para reprimir o uso abusivo do poder econômico.

Inobstante a proteção constitucional e legal conferida à livre concorrência não ser novidade no sistema jurídico brasileiro, apenas no novo contexto político e econômico do país, marcado pelos movimentos de liberalização, abertura da economia e controle inflacionário, a defesa da concorrência se aperfeiçoa e se consolida⁴¹.

A Constituição atualmente vigente opta pelo modelo econômico capitalista, incluindo a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV) e da ordem econômica brasileira (artigo 170, *caput*).

Mas, ao lado da livre iniciativa, o Poder Constituinte incluiu a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica brasileira, enfatizando a preocupação com a existência digna, com os ditames da justiça social (artigo 170, *caput*) e com a observância dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (artigo 170, incisos I a IX).

⁴⁰ “Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

⁴¹ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). **Concentração de empresas no Direito Antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Singular, 2011, pp. 32-37

A Constituição de 1988, consoante aponta Miguel Reale, “optou por uma posição intermediária entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal”⁴².

Preocupou-se a Constituição vigente, em seu artigo 174, *caput*, em atribuir ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. Ao Estado compete a fiscalização, o incentivo e o planejamento econômico. Mas o planejamento econômico apenas é determinante para o setor público, sendo meramente indicativo para o setor privado, o que afasta a possibilidade de dirigismo econômico.

A Constituição brasileira não apenas insere a livre concorrência no rol de princípios da ordem econômica (artigo 170, inciso IV) como também prevê que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, § 4º).

Na década de 90, sob condições políticas e econômicas mais favoráveis à tutela da concorrência, foi promulgada a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, originada da Medida Provisória nº 204, de 2 de agosto de 1990, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e introduziu mudanças na Lei nº 4.137/62, trazendo instrumentos mais eficazes para a regulação dos comportamentos dos competidores no mercado brasileiro.

No mesmo período, foram promulgadas a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que tipificou como crime contra ordem econômica o abuso do poder econômico mediante dominação do mercado ou eliminação, total ou parcial, da concorrência, e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que sistematizou e consolidou a matéria, instituindo o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e estabelecendo as competências dos demais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

A nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, por sua vez, reestrutura o SBDC, unindo a SDE ao CADE e criando a Superintendência-Geral

⁴² REALE, Miguel. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 13.

e o Departamento de Estudos Econômicos. A nova lei antitruste, que reflete o crescimento econômico do país e o amadurecimento institucional do CADE nos últimos anos, busca conferir maior efetividade e celeridade às decisões administrativas desta autarquia federal.

Apenas no contexto posterior à promulgação da Constituição de 1988, a defesa da concorrência passou a existir efetivamente no Brasil. A existência de leis mais adequadas à realidade somada a um ambiente político e econômico propício, consoante Martinez, levaram a uma verdadeira “revolução antitruste no Brasil”⁴³.

A proteção jurídica conferida à livre concorrência tem como base a tutela de interesses liberais e sociais: por um lado, favorece à livre iniciativa e à estruturação do mercado capitalista, por outro, traz reflexos positivos para os consumidores e pressupõe a intervenção do Estado no domínio econômico.

Há uma evidente tensão nas bases da proteção à livre concorrência. Exige-se um espaço de liberdade, sem o qual os competidores não podem atuar, mas também a intervenção normativa e fiscalizadora do Estado.

6. Considerações finais

A proteção da livre concorrência encontra as suas origens na transição do Estado Liberal ao Estado Social.

É neste contexto que o direito passa a combater as práticas de abuso de poder econômico, cujos efeitos são considerados contrários aos interesses protegidos pelo princípio da livre concorrência.

Assim, a adequada compreensão do Estado Liberal e do Estado Interventor permite que a proteção constitucional e legal à livre concorrência seja interpretada à luz das tensões existentes no atual modelo estatal brasileiro, que, por um lado, valoriza a livre iniciativa, mas, por outro, está marcado pela intervenção estatal no domínio econômico.

⁴³ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). **Concentração de empresas no Direito Antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Singular, 2011, p. 39.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal**. 1987. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V.8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, CADE, n. 21, Out./Dez., Brasília, pp. 23-30, 1995.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, n° 2, Novembro, pp. 11-31, 2013.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Org.). **Concentração de empresas no Direito Antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo: Singular, 2011.
- MESTMÄCKER, Ernst Joachim. Poder, Direito, Constituição Econômica. In: **Revista do IBRAC**, vol. 12, n. 4, p. 177–192, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 – Com a Emenda n. 1, de 1967**. Tomo VI (Arts. 160 – 200). 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- REALE, Miguel. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

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

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**: Estado e Normalização da Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

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