

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORDEM ECONÔMICA  
BRASILEIRA: DA NECESSÁRIA ATUAÇÃO ESTATAL NO  
DOMÍNIO ECONÔMICO**

CONSIDERATIONS ABOUT THE BRAZILIAN ECONOMIC ORDER:  
THE NECESSARY STATE ACTION IN THE ECONOMIC DOMINION

**Marlene Kempfer Bassoli\***  
**Gabriela Amorim Paviani\*\***

**Como citar:** BASSOLI, Marlene Kempfer. PAVIANI, Gabriela Amorim Paviani. Considerações acerca da ordem econômica brasileira: da necessária atuação estatal no domínio econômico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 3, n. 2, p. 183-201, jul/dez. 2018.

<https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v3n2.bassoli.paviani>

**Resumo:** Tendo em vista o artigo 170 da Constituição Federal, a ordem econômica brasileira é pautada nos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e da função social da propriedade. Tal diretriz é fruto de uma intensa luta por liberdade, como também por um direito antitruste realmente aplicável. Entretanto, apesar de pregar-se tal liberalismo, o Estado intervém de maneira ativa na economia, primordialmente quando diante de abusos de poder econômico, uma vez que o maior prejudicado será o consumidor e o pequeno-médio empresário. Portanto, o presente artigo objetiva explanar os pilares que norteiam a ordem econômica brasileira, bem como a atuação do estatal. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, vez que parte do estudo maior, ordem econômica e seus influenciadores, ao específico, intervenção estatal.

**Palavras-chave:** Ordem econômica. Livre iniciativa. Livre concorrência. Intervenção estatal.

**Abstract:** In view of article 170 of the Federal Constitution, the Brazilian economic order is based on the principles of free competition, free enterprise and the social function of property. Such a guideline is the result of an intense struggle for freedom, as well as a truly applicable antitrust right. However, in spite of preaching such liberalism, the state actively intervenes in the economy, primarily when faced with abuses of economic power, since the biggest one will be the consumer and the small-middle businessman. Therefore, the present article aims to explain the pillars that guide the Brazilian economic order, as well as the performance of the state. For that, the deductive method was used, since part of the larger study, economic order and its

\* Doutora em Direito do Estado – Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos programas de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, e da Universidade de Marília – UNIMAR/SP.

\*\* Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá. Discente de especialização em Direito Empresarial, Universidade Estadual de Londrina – UEL e Direito e processo do trabalho pela Universidade Estácio de Sá em parceria tecnológica com o Centro de Ensino Renato Saraiva. E-mail: [gabriela\\_a.paviani@hotmail.com](mailto:gabriela_a.paviani@hotmail.com)

influencers, to the specific, state intervention.

**Keywords:** Economic order. Free Initiative. Free competition.  
State intervention.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo primordial explicar a ordem econômica brasileira, seus princípios e diretrizes, bem como a atuação do Estado neste cenário, visto que de um lado se tem a liberdade de mercado e de outro o dever do Estado de intervir quando diante de um abuso.

Após as modificações ocorridas na ordem econômica e social, principalmente após as guerras do século XX, o estado assumiu o papel essencial de impulsionar a economia. Assim, para se compreender o atual panorama da economia brasileira e o desempenho do estado nesta, faz-se fundamental esboçar a história da atuação estatal neste setor, bem como as políticas públicas adotadas.

Conforme será demonstrado, a ordem econômica do Brasil é pautada pelos princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, os quais garantem certa liberdade aos particulares no exercício de suas atividades no mercado, entretanto, a mesma liberdade deve ser restringida pela função social.

Além disto, na busca de uma maior compreensão das medidas antitrustes, estudou-se os princípios defendidos pelas Escolas clássicas neste assunto, Harvard e Chicago, bem como os pilares da Lei ShermanAct.

Salienta-se que, apesar da constituição brasileira ter consagrado uma economia descentralizada, seguindo os preceitos neoliberais, cabe ao Estado intervir no domínio econômico, exercendo sua função de fiscalizador e incentivador no setor privado. Assim sendo, dedicou-se ao estudo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o qual possui a função de reprimir as condutas anticoncorrenciais, que infringem a ordem econômica, além de agir preventivamente.

Portanto, chega-se a uma problemática: como é possível a liberdade de mercado conviver com os atos repressivos do Estado para evitar abusos?

## 1 A ORDEM ECONÔMICA

Atualmente, ordem econômica brasileira é descrita como neoliberal, uma vez que aos particulares são asseguradas a prioridade da produção e a circulação de bens e serviços. Entretanto, apesar da constituição ter consagrado uma economia descentralizada, cabe ao Estado intervir no domínio econômico, exercendo sua função de fiscalizar e incentivar o setor privado.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica “está sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador”<sup>1</sup>. Deste modo, a exploração desta atividade deve ser limitada, seguindo os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como, respeitando a chamada função social da propriedade.

Neste sentido, Constituição Federal, em seu art. 170<sup>2</sup>, prevê estes três princípios, sendo

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo. Saraiva.1990.p.10

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

estes considerados fundamentais para o equilíbrio econômico, garantido, por conseguinte, a justiça e a dignidade social.

### 1.1 Livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa se traduz no ideal libertário de possibilitar a qualquer indivíduo integrar-se no mercado de produção de bens e serviços, assumindo este o ônus e o bônus desta atividade.

Sendo assim, na perspectiva de Bastos:

[...]a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para a sua expressão e dignidade enquanto homem, porque cabe-lhe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, a expressão a sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.<sup>3</sup>

Neste aspecto, também é possível associar o princípio da livre iniciativa, previsto expressamente no caput e no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, com o art. 5º, XIII<sup>4</sup>, do mesmo dispositivo, na medida em que o mesmo garante a liberdade de profissão e ofício a qualquer brasileiro, sendo um dos pilares de todo o ordenamento jurídico nacional.

Assim, Fernando Facury Scaff pontua que:

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas.<sup>5</sup>

Ademais, a livre iniciativa pode ser considerada como uma espécie do direito à liberdade, também protegida pelos direitos humanos. Compartilhando deste ideal, corrobora o professor e Procurador Regional da República Lafayete Josué Petter:

O princípio da liberdade de iniciativa econômica constitui a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista. Consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana e termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino.<sup>6</sup>

Portanto, a livre iniciativa não deve ser vista apenas como um pilar da ordem econômica, mas como um fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

### 1.2 Livre concorrência

3 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.450.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

5 SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência**. in: Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p.110-111.

6 PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem econômica: o significado e o alcance do art.170 da Constituição Federal**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.181

A livre concorrência pode ser traduzida como competição uniforme entre os agentes econômicos na busca da clientela, ou seja, trata-se de uma disputa lícita inerente ao próprio mercado. Nesta perspectiva, Izabel Vaz pondera que:

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço de bens e serviços.<sup>7</sup>

Ademais, é de suma importância compreender que a luta da concorrência econômica se desenvolve em torno da clientela, a atividade comercial propriamente dita, a fim de conseguir formar a sua própria, aos dizeres de Charles Chenevarde: “A concorrência é a alma do comércio, ela exige um esforço incessante, e é este título o fator do progresso econômico. Ela é, pois, um benefício e deve ser favorecida pelos poderes públicos como um dos elementos da propriedade geral”<sup>8</sup>.

Nesta perspectiva, os executivos sempre trabalham visando alcançar uma vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes, a qual é, em suma, um melhor desempenho que se destaca no mercado. Uma vantagem competitiva “permite a uma organização lidar com o mercado e as forças do ambiente melhor que seu concorrente”<sup>9</sup>.

Em vista disto, a principal justificativa para a proteção da livre concorrência está pautada no fato de que havendo competição entre os agentes econômicos, existirão: preços de equilíbrios menores, maior variedade de produtos e a busca de linhas de produção mais eficazes, como novas tecnologias, acarretando a uma economia mais eficiente e por consequência o aumento do bem estar do consumidor<sup>10</sup>.

### 1.3 Função social da propriedade

A função social da propriedade pode ser definida como um conjunto de direitos e deveres que envolvem o uso, gozo, disposição e fruição do domínio ou posse de um imóvel rural ou urbano<sup>11</sup>.

Durante muito tempo, a propriedade privada, especialmente de imóveis, tinha como seu objetivo máximo a satisfação única do proprietário, uma vez que a sustentação filosófica e política da época a tratava como um direito natural do homem, sendo que a isto se dava o nome de função individual da propriedade privada<sup>12</sup>.

Neste sentido, o Código Civil de 1916, em seu artigo 524, assegurava ao proprietário de um imóvel o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, sem que houvesse limites para o exercício destas prerrogativas<sup>13</sup>.

As mudanças econômicas e sociais geradas pelo desenvolvimento industrial que aconteceram nos séculos XVIII e XIX trouxeram um novo panorama acerca da ausência de limites no exercício do direito da propriedade, questionando-se o antagonismo entre a individualidade do direito à terra e, concomitantemente, a sua característica de bem produtivo<sup>14</sup>.

A encíclica *Rerum Novarum* e o Manifesto Comunista ou O Capital, de Marx, foram im-

7 VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.27

8 CHENEVARDE, Charles. **Traité de la Concurrence Déloyale**. v. 1. Genebra, 1914, p.7.

9 SCHERMERHORN, John R. **Administração**. 8ªed. Rio de Janeiro. LTC, 2007, p.75

10 GREMAUD, Aumary Patrick. **Economia Brasileira Contemporânea**. 7 ed. São Paulo. Atlas, 2007.

11 FERREIRA, Luisa Braga Cançado e DIAS, Edna Cardozo. **A função sócio-ambiental da propriedade**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2489](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2489)>, acesso em: 01 mai 2017.

12 BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário**. 6 ed. v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

13 Idem.

14 Idem.

portantes ações sociais que contestavam a desigualdade econômica, argumentando que ainda que as propriedades fossem particulares, elas não deixavam de atender a uma utilidade comum<sup>15</sup>, razão pela qual seria necessário realizar uma intervenção estatal no direito absoluto de propriedade.

Deste mesmo entendimento compartilhava a encíclica *Quadragesima Anno*, a qual afirmava que a propriedade possui uma índole individual e social<sup>16</sup>, tendo que haver um equilíbrio entre o particular e o bem comum

Foi com base nestes fundamentos que se passou a sustentar a necessidade de intervenção estatal na propriedade privada, a fim de que a mesma atingisse uma função social<sup>17</sup>. Isto porque a função social passou a ser o elemento definidor da propriedade, já que aquela busca o bem comum e comporta obrigações para atingi-lo<sup>18</sup>.

Neste sentido, a Constituição Mexicana de 1917 inovou ao admitir, em seu artigo 27, a função social da propriedade como princípio constitucional. Porém, foi com a Constituição Alemã que a função social ganhou visibilidade, apontando as obrigações de atreladas ao direito de propriedade<sup>19</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a adotar referido princípio, muito embora tenha sido inserida como princípio constitucional na Constituição de 1969<sup>20</sup>.

Da mesma forma, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIII, expressamente declara a função social da propriedade como um princípio constitucional, atingindo tanto os imóveis urbanos como os rurais<sup>21</sup>. No artigo 186, *caput*, da Constituição Federal, se estabeleceu quando a propriedade rural cumpre a sua função social:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores<sup>22</sup>.

O que se percebe é que, atualmente, a função social é uma característica quase que universal da propriedade privada<sup>23</sup>, estabelecendo obrigações ao proprietário de um imóvel, seja este rural ou urbano, cabendo o estado à prerrogativa e o dever de intervir quando tal função não se vê cumprida, seja por ser uma limitadora a livre iniciativa, seja por proporcionar uma concorrência desleal, e conseqüentemente trazer um mal à sociedade em geral.

## 2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

A proporção com o decorrer dos anos, e em decorrência do sistema jurídico de qual é fruto, a legislação antitruste vem ganhando diversos objetivos, todavia, para se entender a defesa da concorrência no Brasil se faz primordial compreender suas nascentes, qual seja a Lei ShermanAct,

15 BRAGA, José de Santos Pereira. **Introdução ao Direito Agrário**. Belém: Edições CEJUP, 1991. p. 102.

16 *Idem*.

17 BARROS, op. cit., p. 40.

18 BRAGA, op. cit. p.96-100.

19 BARROS, op. cit., p. 41.

20 *Idem*.

21 BARROS, op. cit., p. 41.

22 BRASIL, Constituição Federal de 1988.

23 BARROS, op. cit., p. 40.

bem como ponderações advindas da Escola de Chicago e de Havard.

## 2.1 Da escola de Chicago à Escola de Havard

Com a finalidade de compreender a finalidade das políticas de defesa da concorrência, duas tradicionais escolas americanas possuem destaque, as chamadas Escola de Havard e Escola de Chicago, as quais, apesar de partirem de uma norma comum, qual seja a Legislação Antitruste, possuem objetivos e instrumentos distintos.

Genericamente, a Escola de Havard parte do pressuposto de que as empresas, por serem detentoras de poder econômico, o usam para efetuar condutas contra a competitividade saudável.<sup>24</sup> Assim, tal escola crê em um modelo estruturalista, em que as autoridades antitrustes deveriam atuar preventivamente no combate ao exercício do poder de mercado decorrente de sua concentração, na medida em que estes seriam capazes de gerar preços acima da competitividade. Neste sentido, o doutor em economia, Jorge Fagundes leciona que:

[...] a Escola de Harvard considerava que as forças de mercado não eram suficientes para impedir o surgimento ou diminuir o exercício de poder de mercado por parte das grandes firmas ou dos oligopólios, em função, sobretudo, da presença de barreiras à entrada, de modo que suas propostas enfatizavam soluções de caráter estrutural. [...] tal proposta implicava não somente uma ênfase no controle sobre os atos de concentração, mas também abria espaço para a incorporação de objetivos distributivos para a política antitruste, na medida em que o combate à elevação do poder de mercado implica, ainda que não necessariamente, uma redistribuição da renda do grupo de consumidores num determinado mercado para o grupo de produtores desse mercado.<sup>25</sup>

De outra banda, a Escola de Chicago defende a tese de que os atos de concentração econômica são produtos da eficiência de seus agentes dentro do mercado, e que em grande maioria traz proveitos à sociedade. Conforme Paula Forgioni:

A Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Assim, o jogo da concorrência (apto a, por si só, disciplinar o fluxo das relações econômicas) deve desenvolver-se livremente, com mínimo de interferência estatal.<sup>26</sup>

Neste aspecto, Jorge Fagundes pondera que para a Escola de Chicago a:

competição prevalece na maior parte dos mercados em economias capitalistas, sendo o domínio de mercado por um conjunto de firmas ou por uma firma uma exceção, em geral destinado a desaparecer no médio/longo prazo e freqüentemente gerador de benefícios para a sociedade.<sup>27</sup>

Portanto, segundo a Escola de Chicago, a Legislação Antitruste e as políticas de defesa

24 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.168

25 FAGUNDES, Jorge. **Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de harvard e a escola de chicago**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d82d9a0000015d2fc7262f3d7f6fb4&docguid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&hitguid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&spos=1&epos=1&td=385&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&is-DocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 jul. 2017

26 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.171

27 FAGUNDES, Jorge. **Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de harvard e a escola de chicago**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d82d9a0000015d2fc7262f3d7f6fb4&docguid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&hitguid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&spos=1&epos=1&td=385&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&is-DocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 jul. 2017

da concorrência como um todo, devem, predominantemente, adotar como prioridade a defesa da eficiência econômica.

## 2.2 Da ShermanAct

Conforme a história, a primeira Legislação Antitruste do mundo foi editada no Canadá, em 1889, a chamada *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, todavia, seja por sua influência em todo o globo, seja por se assemelhar a política concorrencial que se tem em dias modernos, merece destaque a Lei ShermanAct, dos Estados Unidos da América, de 2 de julho de 1890.

Tal dispositivo nasce de três elementos que influenciaram a vida econômica norte americana: a guerra civil, a qual gerou uma forte concentração industrial e aumento das tarifas; o monopólio das estradas de ferro, o que ocasionou aumento de impostos; e por fim a mudança da economia estadunidense, a partir de meados de 1865, a qual passou a ser vista por uma grande concentração de capitais.<sup>28</sup>

Neste aspecto, Paula Forgioni, leciona que:

O ShermanAct de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Não se deve dizer que o ShermanAct constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o ShermanAct tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis.<sup>29</sup>

Quanto à função da legislação antitruste, Fábio Ulhoa Coelho defende que:

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.<sup>30</sup>

Portanto, a *ShermanAct* foi responsável por introduzir a defesa do consumidor quanto aos trustes, e por funcionar como um autorregulador do próprio mercado, atuando como defesa contra atos de destruição, produto da demasiada liberdade sem equilíbrio.

28 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69-71

29 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 65-66

30 COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

### 1.3 O sistema brasileiro de defesa da concorrência

Destarte, sabendo-se as diretrizes da ordem econômica nacional, se faz importante saber que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto por dois órgãos, conforme o disposto da Lei Antitruste brasileira (Lei 12.529/2011): a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Destaca-se que a competência da SEAE é limitada, sendo que quando se trata da defesa da concorrência, o CADE é a “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional”<sup>31</sup>.

O CADE foi adotado pelo sistema brasileiro em 1962 pela Lei nº 4.137 e transformou-se em Autarquia Federal pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), sua principal incumbência é reprimir as condutas anticoncorrenciais, que infringem a ordem econômica, atuando também de maneira preventiva, ao analisar atos como: fusões, corporações entre os agentes econômicos, além de possuir um papel pedagógico, ao instruir a população sobre as infrações contra a ordem econômica.

Esta autarquia é formada por um plenário, o qual possui como integrantes seu presidente e os conselheiros, sendo estes indicados pelo Presidente da República, e aprovados pelo Senado Federal. O presidente e os conselheiros possuem um mandato de dois anos, cabendo à possibilidade de prorrogação por igual período, sendo que a destituição deste somente ocorrerá em casos de excepcionalidade.

Também cabe informar que o CADE é constituído por três órgãos específicos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o qual é o órgão judicante; A Superintendência-Geral, que apura e investiga as infrações à ordem Econômica; E o Departamento de Estudos Econômicos, responsável por emitir pareceres e realizar estudos econômicos, a fim de subsidiar a atuação do CADE.

Por fim, destaca-se que pelo CADE possuir, primordialmente, a função de apurar e julgar ações que podem infringir a ordem econômica, além de realizar a análise de concentrações, também cabe ao mesmo realizar três tipos de acordo com a iniciativa privada, quais sejam: compromisso de cessação, onde a administração abre mão do prosseguimento do processo administrativo a fim de descobrir-se um possível ilícito; Acordo de leniência, em que a União oferece extinção da ação punitiva da Administração ou redução da punibilidade pelo CADE, objetivando tornar mais eficaz a identificação, a prova e a aplicação de penalidades aos cartéis; E o acordo em controle e concentrações, em que as empresas que desejam operar por meio de concentrações, devem aceitar algumas restrições impostas pelo referido órgão.

## 3 DAS INFRAÇÕES A ORDEM ECONÔMICA A INTERVENÇÃO ESTATAL

As infrações contra a ordem econômica, genericamente, podem ser compreendidas quando os agentes do mercado atuam contra os ditames constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência ou não cumprem a função social da propriedade, acarretando, por conseguinte, danos ao consumidor e abusos ao poder de mercado.

31 BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. In: VadeMecum Saraiva. Art.4º.

Assim sendo, com a finalidade de compreender quando ocorre as chamadas infrações à ordem econômica, bem como na busca de solucionar o embate liberdade e intervenção estatal, se faz de sua importância compreender o histórico deste processo.

### 3.1 Histórico da intervenção estatal no Brasil

Nos primeiros anos de colonialismo, Portugal metrópole adotou a política fiscalista, impondo a colônia inúmeros impostos, fato que impossibilitava o desenvolvimento industrial brasileiro. Tal modelo de política se pendurou por anos, nos tão conhecidos ciclos do: Pau-Brasil, cana-de-açúcar, ouro e pedras preciosas.

Salienta-se que nesta época não havia qualquer preocupação com a livre concorrência, diante da presença do chamado monopólio bilateral, “um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor dos bens provenientes da Europa”<sup>32</sup>. Ademais, Portugal quando diante de uma ameaça a sua soberania em relação à venda de produtos em nosso país, eliminava a concorrência.

O início do desenvolvimento econômico deu-se com a vinda de D. João IV ao Brasil, visto que se promoveu uma política de incentivo ao desenvolvimento neste setor, além da abertura dos portos as nações amigas. Entretanto, este liberalismo deve ser visto como pragmático, visto que quando diante de qualquer liberdade comercial, que por vez contrariasse os interesses nacionais, esta deixaria de ser aplicada, surgindo assim uma série de restrições comerciais.

Com o Brasil independente, a intervenção estatal dava-se com a atuação de tarifas alfandegárias, mas não há uma concorrência propriamente dita, visto que o país era abastecido por mercadorias estrangeiras. Enfatiza-se que após o fim da primeira república e a tomada do poder por Getúlio Vargas é que se deu início a um sentimento nacionalista e liberalista, todavia, em 1930 observa-se uma grande intervenção do estado, haja vista o enredo da crise de 1929, assim, este assumiu a obrigação de conduzir o sistema, com a finalidade de evitar novas crises.

Foi com a carta de 1934 que se ouviu pela primeira vez em liberdade econômica, haja vista o art.115 da mesma:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica<sup>33</sup>

Embora certa liberdade tenha sido alcançada, a livre iniciativa e a concorrência até então não eram totais, não devendo ser encaradas como hodiernamente. Neste período, a intervenção estatal era tanta, que muitos industriais desejavam que o Estado se dedicasse quase que exclusivamente às questões sociais.

Buscando atender esta situação, a Constituição de 1937 prega que a intervenção do estado no domínio econômico somente ocorrerá com a finalidade de coordenar os fatores de produção ou

32 SIMONSEN, Roberto C., História Econômica do Brasil. 1ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937.

33 BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso: 15 de jul. 2017

para preencher qualquer deficiência, para desta maneira evitar conflitos.

Entretanto, em tal época ainda existia um contínuo abuso do poder em atividades econômicas, portanto, é nesse cenário que Agamemnon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, considerado pioneiro do antitruste, começa sua luta a favor da liberdade de concorrência entre os agentes econômicos. Em suas palavras:

O Brasil que, na colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro e o açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se a Companhia de Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas do mundo, os trusts e os cartéis controlam hoje a produção industrial e sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas, senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e consumo.<sup>34</sup>

Foi no ano de 1945, que o projeto de Agamemnon transformou-se no Decreto Lei 7.666, mais conhecido como Lei Malaia, a qual disciplina de maneira direta e específica contra atos de abuso do poder econômico. Esta lei tem caráter administrativo, e representou um grande avanço nesta área, concedendo à Administração Pública a prerrogativa de averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional, cabendo ao Poder Executivo controlar a atividade de grandes empresas no território brasileiro.

Desta maneira, observa-se que diferentemente de outros países, o antitruste no Brasil nasce com o intuito de reprimir as situações em que se verifica abuso de poder, além de possuir um caráter nacionalista, uma vez que defende o nacional em detrimento do estrangeiro, sendo também um de seus objetivos principais: proteger o interesse da população na figura do consumidor. Cabe informar que a Lei Malaia buscava a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, todavia, este acabou sendo revogado devido à oposição dos Diários Associados, de propriedade de Assis Chateaubriand, e das empresas estrangeiras instaladas no país.

Logo adiante, o ano de 1946 foi marcado como uma nova fase do antitruste brasileiro, visto que com a redemocratização, a Constituição Federal, houve pela primeira vez o princípio de repressão ao abuso do poder econômico de modo expresso, haja vista o art. 148 da mesma:

A Lei reprimirá qualquer tipo de abuso do poder econômico, inclusive as uniões, agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenha por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros<sup>35</sup>.

Finalmente, é no ano de 1962, com a Lei 4.137, que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) surge definitivamente, possuindo a atribuição de apurar e reprimir qualquer tipo de abuso ao poder econômico. Neste diapasão o Procurador-Geral do CADE da época, comenta sobre a lei:

A lei fornece o roteiro, o caminho, a estrada para que o CADE apure, investigue, denuncie e contenha os abusos. Qualquer que seja a capa sob qual se esconda o abuso, ao

<sup>34</sup> MAGALHÃES, Agamemnon. **Abuso do poder econômico**. Recife, Folha da Manhã, 1949, p.12-13.

<sup>35</sup> BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) >. Acesso: 15 de jul. 2015

Conselho cumprirá despir-lhe a máscara, através da verdade dos fatos e reprimir a prática abusivas<sup>36</sup>.

Em meados de 1970, um importante fato deve ser mencionado, neste período de ditadura militar, em que certas liberdades foram reprimidas, iniciou-se o Movimento Nacional pela Livre Iniciativa, onde o principal lema era: em uma sociedade politicamente livre, o sistema econômico deve ser livre. Seus defensores acreditavam que no sistema de livre iniciativa, os cidadãos possuíam por consequência: opções, direitos e liberdades<sup>37</sup>.

Muitos empresários foram adeptos e vários textos jornalísticos anunciavam a ideologia, indubitavelmente este acontecimento contribuiu para o exercício da atividade econômica que se tem hoje.

Ademais, algumas alterações foram de suma importância para vislumbrar o direito antitruste brasileiro hodierno. Em 1991, buscando a celeridade do processo administrativo, quanto à apuração das práticas que violem a ordem econômica, foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE). Já a Lei 8.884, de 1994, foi marcada por: consolidar o controle das concentrações empresariais e o controle de cartéis, além de aumentar a atuação do Ministério Público na área do antitruste.

Por fim, chega-se na Lei 12.529 de 2011, a atual Lei Antitruste, a qual entrou em vigor em 2 de junho de 2012. Do ponto de vista material não houve grandes alterações, entretanto, ressaltam-se algumas importantes inovações: reestruturação da secretaria de acompanhamento econômico, imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração, aumento do poder de administração pública, modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica e o aumento dos recursos materiais à disposição do CADE.

### 3.2 Considerações quanto às infrações à ordem econômica

O ordenamento brasileiro por ser neoliberal, nos traz o seguinte questionamento: como é possível a liberdade de mercado conviver com atos repressivos do Estado para evitar abusos?

Visando solucionar tal embate, é imprescindível compreender que o direito repudia duas formas de concorrência, a primeira, conhecida como desleal, que envolve apenas os interesses dos particulares, sendo reprimida tanto em âmbito civil, quanto penal. Já a segunda forma, de outra banda, é conceituada como àquela perpetrada com abuso de poder, comprometendo assim estruturas do livre mercado, são as chamadas infrações de ordem econômica, sendo repudiadas também no âmbito administrativo, uma vez que atinge um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes<sup>38</sup>. Por conseguinte, nasce a necessidade do estabelecimento de leis capazes de proporcionar o restabelecimento do equilíbrio, ponto essencial para o crescimento econômico, como também a interferência do Estado, a fim de impedir tais desvios da concorrência.

36 VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. P.302

37 CORRÊA, Roberto. *Movimento Nacional pela Livre Iniciativa*. 2ª ed. São Paulo. ESPM, 2008.

38 COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa* V1. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.208.

Desta maneira, a lei 12.529, de 30.11.2011, também conhecida como lei antitruste<sup>39</sup>, em seu art.36, concede apenas a existência de monopólios privados naturais, advindos da conquista de mercado, por meio de processo baseados na maior eficiência do agente econômico em relação aos demais concorrentes.<sup>40</sup>Reforça-se que o art. 36 também regula as condutas ilícitas no que concernem as infrações da ordem econômica, sendo os seguintes efeitos proibitivos: I- Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II- dominar mercado relevante de bens ou serviços; III- aumentar arbitrariamente os lucros; IV- exercer de forma abusiva posição dominante.

As práticas consideradas como antitruste, normalmente são classificadas em três relevantes manifestações: acordos horizontais e verticais, abuso de posição dominante e concentrações.

Os acordos quando surgem de modo horizontal, faz referência a aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, como é o caso dos cartéis, por sua vez, os verticais surgem quando estes acordos são feitos entre mercados diversos, é o caso de um acordo firmado entre uma empresa fabricante e uma distribuidora<sup>41</sup>.

Todavia, quando se trata da posição dominante, a empresa atua sozinha no mercado, seu poder econômico é tamanho que lhe permite agir independentemente. Logo, diante da não concorrência, a empresa que se encontra em tal posição começa a adotar atitudes monopolistas, como aumentar os preços, sem, contudo, prezar pela eficiência e qualidade do serviço<sup>42</sup>.

Já a terceira manifestação, concentração entre agentes econômicos, pode ocorrer de vários modos e nos mais diversos setores, sinteticamente, ela pode ser compreendida como uma aglutinação de poderes econômicos. Destaca-se que a evidência de tais práticas não é suficiente para se comprovar a infração, é vital ser demonstrado a real danificação à concorrência<sup>43</sup>.

Segundo Paula Forgioni<sup>44</sup>, para que haja uma infração à ordem econômica, o ato praticado deve prejudicar de algum modo a livre concorrência, bem como a livre iniciativa, além de dominar o mercado relevante, aumentando, por consequência, os lucros de maneira arbitrária ou exercendo de forma abusiva a posição dominante.

### 3.3 Meios de intervenção do Estado na economia

Com base no texto constitucional de 1988, o Estado foi autorizado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Entretanto, questão que merece referência é a expressão *intervenção e atuação* do Estado, na medida em que a noção de intervenção, em sentido rigoroso,

39 Neste diapasão, cabe lembrar que Truste é considerado como a união de grupos os quais se unem pelo objetivo comum de dominar o mercado e suprimir a livre concorrência.

40 VERCOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Teoria Geral: Direito Comercial e Atividades Empresariais Mercantis; Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais**. 6<sup>o</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.279.

41 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014p.336-338

42 Ibid., p. 259

43 Ibid., p. 399

44 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

caracteriza atuação de área de outrem.

Portanto a distinção de intervenção é que esta se refere à ação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito e atuação estatal se trata da ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo, pode-se dizer que a Constituição de 1988 destaca ambos, conferindo tratamento peculiar a atividade econômica e serviço público.

Conforme o artigo 173 da carta magna, este enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta da atividade econômica pelo Estado além de, no § 1º deste mesmo artigo 173 indicar o regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, as quais explorem a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Por sua vez, o artigo 175 incube ao Poder Público a prestação de serviços públicos, e o artigo 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Salienta-se que é preciso entender que o conceito de regulação estatal se modifica em razão das mudanças que envolvem a relação entre Estado e sociedade e pelo aumento da atuação regulatória estatal. Por outro lado, o próprio conceito de serviço público está se transformando, e acaba por aceitar as privatizações de empresas e ativos estatais e, por conseguinte, a quebrar o monopólio estatal na exploração destas atividades. Ambos os aspectos representam significativas mudanças de como o Estado deve regular os serviços públicos de especial relevância social.

Por regulação de serviços públicos entende-se a atividade estatal por meio da qual o Estado, direta ou indiretamente, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva uma atividade econômica, com a finalidade de preservar a sua existência, garantir o equilíbrio interno e atingir objetivos públicos, como a consagração dos direitos fundamentais.

Indigitada regulação, durante muito tempo, se manifestava pela atividade normativa, isto é, pela regulamentação de uma série de atividades econômicas, ou pela intervenção direta no estado no domínio econômico. No entanto, atualmente, verifica-se uma redução do Estado na intervenção direta, o que pode ser verificado pelas privatizações, de forma que, esta transferência da prestação dos serviços estatais implica no fortalecimento da atuação pública na regulamentação destes.

Desta forma, as prestações dos serviços públicos pelo setor privado representam mais do que o aumento da atividade regulatória indireta por parte do Estado, sendo identificado um novo padrão de atuação.

Este novo paradigma é resultado do diálogo entre Estado e sociedade. Assim, não há espaço para a imposição unilateral e autoritária do Estado sobre as condutas econômicas, pressupondo a articulação de interesses no estabelecimento das pautas regulatórias, denominada como regulação reflexiva. Nela, o Estado se torna um mediador de interesses, ponderando os interesses econômicos a fim de se alcançar o bem-estar social, por meio da realização dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, “mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses”<sup>45</sup>.

45 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova regulamentação dos serviços públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1. Salvador, fev/mar/abr 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br> >

Neste contexto, a atuação regulatória do Estado se legitima sob os seguintes pontos de vistas: político, jurídico e organizacional. Sob a ótica política, a atividade regulatória deve permitir a participação da sociedade, inclusive possibilitando que ela também controle as atividades. O prisma jurídico, por sua vez, pressupõe a elaboração de normas específicas, que atendam as peculiaridades de cada atividade econômica regulada, dando origem aos sistemas dotados de especialidades. Já os reflexos organizacionais se demonstram pela necessidade de novos órgãos e instrumentos de ação estatal aptos a conferir independência, autonomia e especialidade, dentre os quais se destaca as agências reguladoras.

Ademais, assevera-se que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não podem ser considerados como absolutos, devendo o CADE atuar em situações de abusos decorrentes da liberdade de atuação, aplicando as devidas sanções aos envolvidos. Assim sendo, alguns aspectos devem ser sempre observados, como os preceitos de leis que visam a motivar os particulares à exploração de atividades empresariais e o reconhecimento do direito de explorar as mesmas. Neste sentido, Fernando FacuryScaff, traz algumas ponderações, as quais merecem destaque:

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas. Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.<sup>46</sup>

Neste sentido, cabe esclarecer que o Estado possui a prerrogativa de intervir na economia por meio de três mecanismos: pela disciplina, por meio de leis; pelo fomento, mediante apoio à iniciativa privada; e pela atuação direta, que inclui prestação de serviços públicos, como a atividade exercida pelo CADE e a exploração da atividade econômica<sup>47</sup>.

### 3.4 Teoria da ponderação e princípio da proporcionalidade

Outro ponto relevante à discussão entre a colisão dos princípios libertários da economia e o dever de intervenção do estado, é Teoria da ponderação, construção de Robert Alexy. Tal teoria

com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO%20MARQUES%20NETO.pdf>. Acesso em 21 set 2017. p. 4-5

46 SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência*. in: Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p. 110-111

47 BARROSO, Luis Roberto. *O Estado e a livre iniciativa na experiência constitucional brasileira*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>>. Acesso: 03 de jul. 2015.

prega que “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”.<sup>48</sup>

A ponderação estaria estritamente ligada ao Princípio da Proporcionalidade, o qual é fruto de três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se que a proporcionalidade deve ser aplicada segundo os padrões comuns, os quais não devem ser medidos conforme a letra fria da lei, mas sim de acordo com o caso concreto<sup>49</sup>.

Logo, como a própria palavra diz, quando diante de um embate de princípios é necessário ponderar, “pesar no espírito, apreciar maduramente, examinar com atenção”.<sup>50</sup>

Destarte, quando as liberdades comerciais são exercidas de modo abusivo, é indispensável que o Estado exerça seu papel-dever de fiscalizador, e intervenha na economia, uma vez que, na hipótese de nada ser realizado, o maior prejudicado será: o consumidor, o qual ficará à mercê dos trabalhos e preços monopolistas das empresas dominantes; os pequenos e demais empresários, que não possuem poder de concorrer, entrar ou se manter no mercado; e o país como um todo, visto que tal inobservância acarreta insegurança jurídica, tanto em âmbito nacional, quanto mundial, dado que os países estrangeiros ficaram temerosos em manter relações comerciais com um Estado não atuante e vítima dos trustes.

## CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que as atitudes que vão de embate com os preceitos da liberdade comercial sempre existiram, logo, foi inegável a luta para se ter o atual direito antitruste brasileiro.

Após várias modificações na Constituição Federal e preceitos de lei, a Ordem Econômica atual é construída em vários setores, dentre eles merece destaque a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da propriedade, que de certo modo atuam como limitadores da liberdade em sentido amplo.

Ademais, objetivando alcançar uma visão ampla da legislação antitruste brasileira, não se pode deixar de mencionar as escolas clássicas que estudaram os objetivos das políticas da concorrência, as Escolas de Havard e de Chicago, além da própria Lei ShermanAct, a qual influenciou o Brasil.

Assim sendo, chega-se a uma indiscutível colisão, se a ordem econômica prega a posição da não intervenção por parte do Estado neste setor, é aceitável a atuação deste no domínio econômico?

Não restam dúvidas que o Estado possui o dever de atuar diante de um abuso de ordem econômica, haja vista que apesar de defender a livre iniciativa e a livre concorrência, em primeiro lugar, o mesmo possui o compromisso e a responsabilidade de defender o consumidor, impedindo que lhe seja imposto preços demasiadamente exorbitantes, já que haveria um aumento sem medidas dos lucros por parte dos detentores do poder econômico.

Nesta situação, usa-se da ponderação, visto que em detrimento dos princípios basilares da economia, prevalece à segurança jurídica e o bem-estar social.

48 LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 06 de jul. 2015.

49 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2009, p.80.

50 PONDERAR. In: **DICIONÁRIO Michaelis**. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ponderar>>. Acesso em: 25 jul. 2015

**REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luis Roberto. **O Estado e a livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>>. Acesso: 03 de jul. 2017
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso: 10 de jul. 2017
- \_\_\_\_\_. **Constituição de 1946**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso: 10 de jul. 2017
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. In: VadeMecum Saraiva. 15 ed. atual. eampl.. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. In: VadeMecum Saraiva. 15 ed. atual. eampl.. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp: 1433797 DF 2014/0023935-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 04/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014 Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1361995&num\\_registro=201400239350&data=20141110&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1361995&num_registro=201400239350&data=20141110&formato=PDF)>. Acesso em 10 de jul. 2017
- BULOS, UadiLammêngo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- CADE. **Meio século de defesa da concorrência**. Disponível em:< <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f145d523f228fc06103d0f58ec54>>. Acesso em 5 de jul. 2017.
- CHENEVARD, Charles. **Traité de laConcurrenceDéloyale**. V 1. Genebra, 1914
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa** .V1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. **Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei nº 11.482/2007**. Revista de direito da concorrência. Maringá, n.18, abr./jun.2008.p.63-90.
- CORRÊA, Roberto. **Movimento Nacional pela Livre Iniciativa**. 2ª ed. São Paulo. ESPM, 2008
- COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Grando da Silva. **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2002.

- FAGUNDES, Jorge. **Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de harvard e a escola de chicao**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad-82d9a0000015d2fc7262f3d7f6fb4&docguid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&hit-guid=Icbf33cd0d2c911e0b4ce00008558bb68&spos=1&epos=1&td=385&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&start-Chunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 jul. 2017
- FARIA, Werter R.. **Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo. Sarai-va. 1990
- FIDELIS, Andressa Lin. ShamLitigation e o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência. **Revista Direito da Concorrência**, Maringá, n. 22, p. 67-79, abril/maio. 2010.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- FORGIONI, Paula A.. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GREMAUD, Aumary Patrick. **Economia Brasileira Contemporânea**. 7 ed. São Paulo. Atlas, 2007.
- IANNI, Octavio. **Estado e planejamento econômico do Brasil**. 6ª ed, rev. atual. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1996.
- LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 06 de jul. 2017.
- MAGALHÃES, Agamemnon. **Abuso do poder econômico**. Recife, Folha da Manhã, 1949, p.12-13.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova regulamentação dos serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1. Salvador, fev/mar/abr 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em 21 set 2017
- MAZZUCATO, Paolo Zupo. **Acordo de leniência – A política econômica de combate a cartéis. Dissertação de Mestrado em Direito econômico**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed, rev. atual. São Paulo. Atlas, 2013

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: RT, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2009

POPP, Carlyle; ABADALA, Edson Vieira. **Comentários à nova Lei Antitruste**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1997.

PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 43ª ed. São Paulo. Brasiliense, 1998.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos da Economia**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**.

VERCOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Teoria Geral: Direito Comercial e Atividades Empresariais Mercantis**; Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência – doutrina e jurisprudência**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência**. in: *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006.

SCHERMERHORN, John R. **Administração**. 8ªed. Rio de Janeiro. LTC, 2007.

SIMONSEN, Roberto C., **História Econômica do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937.

**Como citar:** BASSOLI, Marlene Kempfer. PAVIANI, Gabriela Amorim Paviani. Considerações acerca da ordem econômica brasileira: da necessária atuação estatal no domínio econômico. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 183-201, jul/dez. 2018.