# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

**JOSÉ BARROSO FILHO**

**JOSÉ QUERINO TAVARES NETO**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Barroso Filho; José Querino Tavares Neto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-421-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia. 4.Intervenção. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

---

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

---

## Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdante/obsolescente da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 18 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (UFG)

Prof. Dr. José Barroso Filho (ENAJUM)

# O ESTADO BRASILEIRO E O SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ENTRE O LIBERALISMO E A REGULAÇÃO

# THE BRAZILIAN STATE AND THE COMPETITION DEFENSE SYSTEM: BETWEEN LIBERALISM AND REGULATION

**Mário Augusto de Carvalho Rodrigues** [1]
**Marisa Rossignoli** [2]

**Resumo**

O objetivo geral deste trabalho é discutir os aspectos regulatórios da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, analisando o Welfare State, o Neoliberalismo e a Ordem Econômica vigente. Como objetivos específicos são tratados os aspectos regulatórios especificamente no tocante às Leis 8.884 de 1994 e 12.529 de 2011. Realiza-se pesquisa bibliográfica e utiliza-se do método dedutivo. Como resultado, observa-se que a política intervencionista da década de 80 fracassou, sendo substituída pelo neoliberalismo que também se desgastou com a crise de 2008, inclusive pela negligência de regulação para sua própria autossuficiência, o que se demonstra consideravelmente necessário.

**Palavras-chave:** Constituição federal de 1988, Regulação, Ordem econômica, Welfare state, Neoliberalismo

**Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this paper is to discuss the regulatory aspects of the economic order in the Federal Constitution of 1988, analyzing the Welfare State, Neoliberalism and the current economic order. As specific objectives, there will be treated the regulatory aspects in the liberal ideology specifically regarding the Laws 8.884 of 1994 and 12.529 of 2011. Bibliographic research and deductive methodology. It can be observed that the interventionist policy of the 1980s failed, being replaced by neoliberalism that also wore out with the 2008 crisis, including the neglect of regulation for its own self-sufficiency, which is considerably needed.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Federal constitution of 1988, Regulation, Economic order, Welfare state, Neoliberalism

---

[1] Bacharel em Direito. Mestrando em Direito - Universidade de Marília-UNIMAR. Bolsista Capes.

[2] Mestre em Economia pela PUC-SP e Doutora em Educação - UNIMEP, é Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR.

## INTRODUÇÃO

O Estado tem assumido diversas configurações em função dos momentos históricos, político e econômico. As mudanças pelas quais um Estado passa, acompanha ampla discussão em uma via de mão dupla no campo jurídico.

Neste sentido, este trabalho apresenta como problema de pesquisa: No tocante à ordem econômica, o Estado brasileiro apresenta-se de forma liberal? A Lei 12.529/11 ao regular elementos da economia, se alinha ao posicionamento ideológico da ordem econômica constitucional?

Objetiva-se assim, a análise do papel atual do Estado brasileiro no que se refere à regulação e regulamentação da economia, tendo como objetivo específico a análise da Constituição Federal no que se refere aos artigos 170 a 174 e as Leis 8.884 de 1994 e 12.529 de 2011 além da identificação de elementos liberais e intervencionistas nos referidos artigos e Leis.

Justifica-se tal trabalho pela importância da análise do intervencionismo no livre mercado, partindo-se da discussão do Welfare State e do Neoliberalismo até a atual ordem econômica vigente.

## 1 ANTECEDENTES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO BRASILEIRO

As ideologias econômicas do Estado de Bem Estar Social e o Neoliberalismo influenciaram profundamente o texto constitucional, especialmente em decorrência da data na qual a Constituição foi elaborada e o contexto econômico-social do país.

### 1.1 ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL: FUNDAMENTOS E CRÍTICA

A ideologia intervencionista do Welfare State[1] vigorou desde o fim da segunda guerra mundial até aproximadamente 1980. De modo geral, foi idealizada por John Maynard Keynes e era caracterizada pela alta interferência estatal na economia por meio de políticas fiscais e monetárias, além da promoção e proteção dos direitos sociais dos cidadãos.

[1]Neste artigo, utiliza-se as nomenclaturas Welfare State e Estado de Bem Estar Social como sinônimos.

No entanto, com as crises petrolíferas de 70 do século XX, somado ao alto gasto com políticas sociais até a década seguinte (que não se provaram eficientes, muito em decorrência da má administração estatal), inicia-se o declínio do Estado de Bem Estar Social (STRECK, 2004, p. 58).

> Os problemas de caixa do Welfare State já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas são percebidos. Os anos 70 irão aprofundá-la, à medida que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do déficit público (STRECK, 2004, p. 58).

No mesmo sentido, Fiori (1997, p. 16) indica que o Estado de Bem Estar Social passou a ser visto como *"[...] extenso, pesado e oneroso, o responsável central [...] da própria crise econômica que avançou pelo mundo a partir de 1973/1975"*.

Assim, após o natural desgaste com décadas de má administração pública de recursos, somados à contínua recessão e ao sufocamento do setor privado com a interferência estatal, ganha-se força a ideologia neoliberal (defendida por Milton Friedman) a qual prima pelo livre mercado (resguardando ao Estado, apenas atividades não lucrativas ou não competentes à iniciativa privada, como a segurança nacional, por exemplo). Aliás,

> O remédio (...) era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo (ANDERSON, 2003, p. 11).

O fim do Estado de Bem Estar Social se justificou como necessidade para o retorno do crescimento da economia, bem como o desmonte das onerosas políticas sociais adotadas. Desta forma, faz-se importante a discussão sobre as premissas do pensamento neoliberal.

## 1.2 DESENVOLVIMENTO DO NEOLIBERALISMO

Esse novo modelo econômico coincidiu temporalmente com a Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual adotou a livre concorrência em seu artigo 170, inciso IV, além de rechaçar abusos e atividades contrárias à concorrência, conforme artigo 173, §4º.

Segundo Rossignoli e Ferrer (2013), desde 1990, a política brasileira já se convergia ao ideal neoliberal, tendo sido intensificada nos governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

O modelo neoliberalista promoveu maior abertura do mercado, participação primordial de agentes privados em detrimento dos públicos, sujeição dos Estados às organizações comerciais (Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, etc.), alavancando economias da crise.

Do mesmo modo, também trouxe significativos retrocessos, especialmente no campo social, como indica Buffon:

> Seguindo essa receita contida na "bula" do neoliberalismo, para que o capital se expandisse e posteriormente fosse possível haver a dita "divisão do bolo", seria necessário que determinados pressupostos fossem preenchidos, entre os quais, sobretudo:
> a) A redução do Estado mediante processos de privatização das atividades nas quais o Estado ocupava um posto de proeminência ou mesmo atuava como único ator;
> b) A transferência para a classe assalariada do ônus concernente à manutenção do que subsistisse de serviços públicos, reduzindo-se ou diminuindo-se os tributos incidentes sobre o capital;
> c) O enfraquecimento dos sindicatos, para que fosse viabilizada a redução dos salários dos trabalhadores, pois esses seriam responsáveis pelo desemprego;
> d) A substituição gradual do trabalho humano pela automação para haver ganho de produtividade e redução dos custos de produção;
> e) A diminuição dos direitos sociais, especialmente os direitos dos trabalhadores, haja vista que os ônus de tais direitos são responsáveis pelas imperfeições que produzem desemprego (BUFFON, 2009, p. 44).

E a própria ordem econômica e ideológica de livre mercado (sem interferência estatal) também potencializou, a crise de 2008 no mercado imobiliário e bancário estadunidense, posteriormente se alastrando ao mundo inteiro.

A regulação natural do mercado por seus próprios agentes (retomando o princípio de Adam Smith da mão-invisível) e a ideia de não interferência estatal potencializou o surgimento da crise na medida que desestimulou medidas protetivas do Estado para com a economia de mercado.

E apesar dos Estados Unidos serem um dos precursores do neoliberalismo em conjunto com a Inglaterra[2], há, de tempos em tempos, interferências estatais nas taxas de juros por

[2] Nas gestões Ronald Reagan e Margareth Tatcher, respectivamente.

meio de seu Banco Central (*Federal Reserve System*) estimulando ou desestimulando o consumo conforme demanda o cenário macroeconômico.

Esse tipo de regulação, periódica e pontual, não foi o suficiente para prevenir a crise, (NORRIS, 2008) que permaneceu indetectável até o "estouro da bolha", o que poderia ser evitado por meio de uma contínua e específica rotina regulatória voltada à proteção do ambiente neoliberalista.

A regulação com a finalidade de autossuficiência da própria ideologia de livre mercado não pode ser entendida como o clássico intervencionismo estatal e sim como método de proteção contra eventuais abusos de poder econômico ou forças mercadológicas que possam prejudicar a ordem econômica.

Dardot e Laval (2016, p. 85) afirmam que: *"[...] a economia liberal pressupõe uma ordem jurídica ativa e progressista que visa à adaptação permanente do homem a condições sempre cambiantes.*"

Chamam então de "*intervencionismo liberal*" ou "*liberalismo construtor*" e clamam por um dirigismo estatal distinto do clássico intervencionismo coletivista e planista. Segundo esse raciocínio, pontuam que: "*o neoliberalismo é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada* [...]" (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 85).

Portanto, a discussão de regulação e regulamentação é de extrema importância mesmo em economias liberais, visto que as consequências de sua inobservância podem acarretar na dominação de mercados, abusos do poder econômico, e na eliminação da concorrência.

## 1.3 REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Em primeiro lugar, são necessários breves comentários sobre a regulação e regulamentação:

> A regulação é muito mais abrangente do que a regulamentação. Trata-se de atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2009, p. 565-566).

Portanto, é um conjunto de medidas pelas quais o Estado, induz, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos (ARAGÃO, 2002). A criação de regras, sua efetividade e a aplicação de punições em casos de infrações, são componentes integrantes

da regulação (edição de regras, a garantia de sua aplicação e a punição de infrações seriam as três funções inerentes à regulação) (ARAGÃO 2002).

Em síntese, a regulação é a intervenção, direta ou indireta, do Estado na economia, abrangendo, e não se resumindo, à regulamentação de determinada área econômica, para direcionar o mercado conforme sua agenda política, sendo imperativo o amparo no texto constitucional. O fundamento nas diretrizes constitucionais deve sempre estar presente nas atividades regulatórias.

Assim, enquanto a regulamentação se restringe ao aspecto normativo por meio da edição de atos para complementar leis e permitir sua efetividade (CARVALHO FILHO, 2006) a regulação envolve o poder coercitivo e fiscalizatório do estado para subsidiar e recomendar a adoção de medidas (MARQUES NETO, 2009). O primeiro, restringe-se, portanto, ao poder normativo da Administração Pública.

É nesta perspectiva que o trabalho discute a Constituição Federal de 1988, objetivando respostas às condutas liberais ou intervencionistas do Estado Brasileiro.

## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal de 1988 adotou a ordem econômica capitalista, direcionada ao ideal neoliberal (GRAU, 2005, p. 190), por meio dos artigos 170 ao 174, especialmente em relação ao art. 170, inciso II, e IV, e art. 173 caput e parágrafo 4º:

> 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: (...)
> II - propriedade privada; (...)
> IV - livre concorrência;
> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)
> § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988).

O conjunto de normas e princípios constitucionais embasados em elementos sócio ideológicos e direcionadas à organização e funcionamento do sistema econômico compõem a ordem econômica constitucional.

Os elementos sócioideológicos revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. (SILVA, 2005)

Neste sentido, Eros Grau aponta:

> A ordem econômica na Constituição de 1988 (...) opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, com a defesa da livre iniciativa (GRAU, 2005, p. 190).

Portanto, ao se apoiar na iniciativa privada e no controle privado dos meios de produção, conclui-se que a ordem econômica constitucional adota características essencialmente capitalistas e direcionadas à ideologia neoliberal.

Analisando o contexto normativo da Constituição, subtrai-se que a livre iniciativa no caput do art. 170 deve ser compreendida em seu sentido amplo, abarcando o princípio da liberdade individual ou coletiva.

No entanto, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa é característica essencial do liberalismo econômico, também é seu limitador, pois o avanço natural da economia privada ensejaria o controle e a concentração do poder econômico em determinado grupo que dominaria seu respectivo *Market share*[3], inibindo a livre iniciativa para pequenos grupos ou indivíduos que tentassem se instalar.

Para evitar esse tipo de concentração abusiva, torna-se imprescindível a existência da livre concorrência, que Tavares conceitua como:

> abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social (TAVARES, 2006, p. 259).

Robert Boyer (2009) indica ainda que não haja concorrência sem intervenção pública, apontando que a concorrência, entregue aos comportamentos estratégicos das empresas, tende a resultar na concentração, no monopólio e no oligopólio, assim que se estabelecem custos fixos, rendimentos crescentes, vitimando compradores e consumidores por via de consequência.

[3] Grau de participação de uma empresa no mercado, abrangendo um ou vários gêneros econômicos.

Fazendo uma alusão da livre concorrência à livre iniciativa, Celso Ribeiro Bastos aponta que

> só pode existir a livre concorrência onde há livre-iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro – pode existir livre-iniciativa sem livre concorrência. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre-iniciativa (BASTOS, 1998, p. 455).

Voltando ao princípio da livre iniciativa, há ainda a imposição de um viés negativo ao Estado, determinando a sua não intervenção, que só poderá se configurar mediante atividade legislativa, obedecendo aos demais postulados constitucionais e respeitando o conteúdo mínimo da própria livre iniciativa (TAVARES, 2006).

O art. 173 da Constituição Federal corrobora essa não intervenção econômica na medida em que limita profundamente os casos em que o Estado poderá explorar a atividade econômica, vedando ao Estado a ampla autonomia concedida ao agente privado.

Não obstante, Eros Grau (2005) admite que, apesar da ordem econômica ser capitalista, há na Constituição, a possibilidade de transformação social, que poderá conduzir ao intervencionismo, dirigismo e estatização.

Isso se dá pelo direcionamento indicado na CF no tocante ao art. 1º, inciso IV, que objetiva a persecução dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (aliás, antes objetiva-se o valor social do trabalho, após, a livre iniciativa). O direcionamento também se encontra no próprio art. 170 caput, e em seus incisos VII e VIII os quais fundamentam a ordem econômica na valorização do trabalho humano, na redução das desigualdades regionais e na busca pelo pleno emprego.

E José Afonso da Silva identifica a coesão entre a iniciativa privada e o direcionamento social da Constituição:

> (...) a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que "liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo". É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social (SILVA, 2005, p. 794).

Esse entendimento é corroborado por Eros Grau:

> São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o *valor social do trabalho* e o *valor social da livre iniciativa*. A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* – a Constituição consagra, aí, note-se, *valorização do trabalho humano* e *livre iniciativa*, simplesmente. A *livre iniciativa*, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica*, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho (GRAU, 2005, p. 212/213).

Percebe-se, portanto, o dinamismo da Constituição Federal, que apesar de adotar uma ordem econômica voltada ao capitalismo, mais especificamente ao ideal neoliberal, também estabelece valores altamente sociais para serem tutelados dentro de seu próprio contexto normativo.

A adoção da ideologia neoliberal na ordem econômica traz certos inconvenientes naturais da própria essência capitalista. A importância do lucro, o consumismo e o materialismo impulsionam os agentes privados à dominação do mercado, eventualmente suprimindo a concorrência por meio de sua superioridade econômica.

Não há como o equilíbrio da livre iniciativa e concorrência serem atingidos com a ausência total de regulação e fiscalização do Estado. Em certo sentido, se torna necessária a adoção de medidas Keynesianas e o consequente abandono da teoria absoluta da regulação do mercado por seus próprios agentes (TAVARES, 2006).

O que se mostra imperativo não é o dirigismo da economia pelo Estado, e sim a tutela de conceitos intrínsecos ao capitalismo para sua própria autossuficiência. O intervencionismo no sentido de resguardar a livre iniciativa, a livre concorrência e a ordem econômica constitucional não pode ser considerado idêntico ao intervencionismo com o desejo de projetar e direcionar situações econômicas.

Trata-se aqui, de sustentar um certo paradoxo, por meio do qual promove-se a intervenção estatal (contrária à ampla liberdade) justamente e na exata medida do necessário para manter-se a liberdade econômica. Na realidade, paradoxal seria permitir que a livre concorrência, exercida com abuso, fosse tão distorcida que significasse sua própria eliminação (TAVARES, 2006).

José Afonso Silva identifica esse posicionamento na Constituição Federal:

> Essa prática abusiva [abuso do poder econômico], que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena,

> não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. (SILVA, 2005, p. 795)

Portanto, a regulação da economia (e consequente intervenção estatal) no sentido de resguardar a ordem econômica e os pressupostos neoliberais é evidentemente necessária para evitar (ou, ao menos, minimizar) crises como a de 2008 ou abusos econômicos.

Após a Constituição de 1988, foi criada a Lei 8.158 de 1991 que tentou, com limitado êxito, positivar os objetivos dos artigos 170 ao 174 que configuram a ordem econômica.

## 3 REGULAÇÃO DA ECONOMIA BRASILEIRA E AS LEIS 8.158 DE 1991, 8.884 DE 1994 E 12.529 DE 2011

A Lei 8.158/91 tratou de forma muito genérica a abordagem estatal no mercado, com expressões como "*apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos*".

Identificou, no entanto, por meio dos artigos 2 e 3, um rol de anomalias e infrações que poderiam comprometer a livre concorrência, objetivando seu afastamento.

Mas talvez o maior problema da Lei citada seja a abordagem dos órgãos de fiscalização, que apesar de atuarem de ofício, se restringiam apenas a quando "tomassem conhecimento", inexistindo qualquer comando normativo de controle, para que os atos de concentração passassem sob seu crivo antes de serem aprovados.

Conforme mencionado anteriormente, a manifestação pró ativa do Estado no sentido de resguardar a ordem econômica constitucional é necessária para a manutenção saudável do mercado. A Lei 8.158 de 1991, talvez por ter sido elaborada tão cedo à Constituição, ainda não havia entendido esse posicionamento, comandando suas entidades a permanecerem inertes, aguardando provocação para poderem atuar no mercado.

Isso mudou fundamentalmente após a entrada em vigor da Lei 8.884 de 1994, que inclusive determinou em seu artigo 1º a proteção dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

No tocante ao intervencionismo liberal a Lei 8.884/94 superou em muito sua antecessora, criando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O CADE foi transformado em autarquia e recebeu significativas atribuições para efetivamente fiscalizar o mercado e inclusive estabelecer diretrizes para regulamentar a proteção à ordem econômica e à livre concorrência.

Além dessas novas atribuições ao CADE, houve fundamental avanço no sistema de controle, que se antes era apenas por provocação, agora era concentrado obrigatoriamente à autarquia, para análise e eventual aprovação.

Assim, o art. 54 caput e §3º da Lei 8.884/94 afirmavam o seguinte:

> Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE: (...)
> § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (BRASIL, 1994)

A grande falha desta Lei residia no fato de que o controle só ocorria após efetuado o ato de concentração, ou seja, realizava-se a fusão ou incorporação por exemplo, e 15 dias após enviava-se a documentação para eventual aprovação do órgão de fiscalização. A falha, portanto, residia no fato de desfazer certas operações ser tão prejudiciais ao mercado (inclusive custosos), que se tornava mais interessante deixar a situação como estava (NESTER, 2012).

O parágrafo 4º do art. 54 dava a opção de apresentação do ato de concentração ao órgão (o que de fato não ocorria), e determinava prazo máximo para sua apresentação após a concretização do referido ato:

> § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae (BRASIL, 1994).

Esse tipo de controle deixava a desejar na medida em que, como foi dito, após a realização do ato de concentração, era praticamente impossível desfaze-la, o que poderia, inclusive, causar mais danos ao mercado e à concorrência.

A compra e venda por valores altíssimos, a mudança da composição societária, a aquisição de propriedades, a aplicação de capitais de investidores, a nova denominação empresarial e registros comerciais, as operações de importação e exportação (que refletiam inclusive na política externa), amontoavam um problema de magnitude elevadíssima para o SBDC, pois a desconstrução da operação (depois de já realizada) causaria impactos maiores ao mercado do que se permanecesse no estado atual. Isso, no entanto, não impedia a aplicação de multas e reprimendas pelo CADE.

Soma-se a isso, o inconveniente natural de todos esses controles, a burocracia. Há pontuais críticas no tocante à lentidão dos atos de concentração, que avançam com muito mais agilidade no meio privado e eventualmente travam nos prazos e análises dos órgãos fiscalizadores (NESTER, 2012).

Não obstante, a pró atividade dada ao SBDC pela Lei 8.884/94, através do controle repressivo dos artigos 20 e 21, ficou ressaltada a proteção à ordem econômica no tocante à livre iniciativa, livre concorrência e principalmente ao rechaçar o abuso do poder econômico.

Indo além, a Lei 12.529 de 2011 que substituiu a Lei 8.884/94, potencializou a interferência do Estado na economia ao fortalecer o CADE como regulador do mercado econômico, atribuindo ao órgão controles fiscalizadores, preventivos e repressivos, regulamentando condutas e diretrizes para resguardar a concorrência.

A nova Lei reformulou o SBDC priorizando o CADE com 3 setores distintos para fortalecer a fiscalização e repressão de abusos econômicos. Os setores ficaram estabelecidos como Tribunal Administrativo; Superintendência-Geral e a Procuradoria Federal Especializada (NESTER, 2012).

Há alterações pontuais como a proporção do *Market share* que será considerada abusiva, inclusão de novas situações para configurar abuso econômico, entre outras. O mais relevante para o presente estudo é o disposto no artigo 88 que determina:

> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:
> (...)
> § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda (BRASIL, 2011).

O parágrafo 2º indica que o controle será prévio, passando o ato primeiro a crivo do órgão administrativo e somente depois poderá haver autorização. Isso evidentemente afasta as situações da Lei anterior em que ficava inviável o desfazimento do ato de concentração.

> § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei (BRASIL, 2011).

A consequência da inobservância do parágrafo segundo já vem no parágrafo seguinte, que determina a nulidade do ato se ele não houver sido apreciado anteriormente pelo CADE. Trata-se de rigorosa fiscalização da economia de mercado mas que resguarda a própria ordem econômica neoliberal:

> § 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.
> § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo (BRASIL, 2011).

Os parágrafos 4º e 5º ressaltam as consequências da inobservância do controle da autarquia e reprimindo aquelas concentrações que dominem parte significativa do *Market share*, comprometendo a concorrência e o interesse dos consumidores.

A mudança de posicionamento da Lei 12.529/11 fica evidente quando não há mais opção ao agente privado de apresentação do ato de concentração (art. 54, §4º da Lei 8.884/94) e sim sua obrigatoriedade. Antes de realizar o ato, passa-se à avaliação da autarquia estatal, ao crivo do Estado.

Sendo esses os principais avanços da Lei 12.529/11 em comparação com a Lei 8.884/94, percebe-se a tendência cada vez mais regulatória do Estado.

Resta clara a intervenção estatal na economia, mas, diferente da clássica ideologia do liberalismo (regulação natural por meio de agentes privados) e da clássica ideologia intervencionista (direcionamento e planejamento econômico com o fim de dirigir a economia). O limitador da intervenção neste caso, deve ser a própria ordem econômica.

## CONCLUSÃO

Este artigo objetivou discutir os aspectos liberais e intervencionistas previstos na Constituição Federal de 1988 e, especificamente, na legislação referente à intervenção direta do Estado no mercado.

Verificou-se que para garantir o livre mercado e a ordem econômica definida na Constituição Federal de 1988 de forma eficaz, são necessárias intervenções regulatórias do Estado como as que deram força ao CADE (Leis 8.884/94 e 12.529/11) com a fundamental finalidade de se atingir os objetivos da própria ordem econômica, ou seja, garantir a livre iniciativa, livre concorrência, a justiça social, o valor social do trabalho, entre outros.

Essa regulação, apesar de denominada intervenção do Estado na economia, ainda está alinhada à ideologia neoliberalista, que conforme exposto, admite e requer a necessidade de regulação justamente para assegurar o livre mercado, devendo ser configurada como uma intervenção liberal, com a finalidade de autossuficiência da ordem econômica.

As Leis 8.884/94 e 12.529/11 corroboram essa necessidade, na medida que o capitalismo em sua forma mais natural implica na busca pelo lucro (a todo custo) e em acentuado individualismo, o que potencializa a possibilidade do abuso de poder econômico, trazendo consequências profundas a nível macroeconômico.

A própria crise de 2008 é um dos exemplos de como o neoliberalismo puro (alheio à intervenção estatal), e um sistema regulatório falho, podem produzir prejuízos catastróficos.

Os autores analisados deram suporte para concluir sobre a necessidade da regulação estatal, não vinculada aos clássicos ideais liberais ou intervencionistas, mas dirigida à manutenção da ordem econômica constitucional.

## REFERÊNCIAS


ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOYER, Robert. Teoria da Regulação: Os Fundamentos. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.>. Acesso em: 01 mai. 2017.

BRASIL, Lei 8.884 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

BRASIL, Lei 12.529 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.> Acesso em: 01 mai. 2017.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade** Humana: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

FIORI, José Luis. Federalismo e reforma tributária**.** In: AFFONSO, R. de B.; BARROS SILVA, P. L. (Org.). **A federação em perspectiva: ensaios selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 (**interpretação e crítica**)**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES NETO**,** Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica.** Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. **O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 64, 2012, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=64&artigo=668&l=pt>. Acesso em: 09 mai. /2017.

NORRIS, Floyd, Another Crisis, Another Guarantee. 2008. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/11/25/business/25assess.html?hp>. Acesso em 25 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica***:* uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSSIGNOLI, Marisa, e FERRER, Walkiria Martinez Heinrich**,** Estado Liberal ou Intervencionista*?* Uma Análise Econômica do Atual Modelo do Estado Brasileiro. **Anais**, CONPEDI, 2013.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos, **Direito Constitucional Econômico**, 2 ed. São Paulo: Método, 2006.