

DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

*José Celso Martins**
*Roberto Crespo e Silva***

RESUMO

A ideologia capitalista neoliberal prega que a intervenção do Estado é um mal para a economia e que a administração pública deve se afastar das questões econômicas e gerir somente a ordem política e social. No entanto, é o Estado, por meio de suas instituições, que mantém o sistema econômico adotado por um país e guarda mecanismos e legislações que confirmam e mantêm o *status quo* determinado na Constituição. Desde a Constituição de Weimar, todos os países determinam a ideologia econômica em sua Constituição e o Brasil historicamente não destoa desta linha de organização estatal. Neste artigo, conheceremos as previsões constitucionais de intervenção do Estado na Economia desde a nossa primeira Constituição até os dias de hoje. Também estudaremos as legislações ordinárias que regulamentam a intervenção e quais são os órgãos públicos responsáveis por esta legítima ação do Estado. Após a análise da proposta, percebemos

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Econômico, Mediação e Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de São Paulo. Fundador e presidente do Tasp - Tribunal Arbitral de São Paulo. Autor do livro Arbitragem, mediação e conflitos coletivos do trabalho. Pedagogo, contador e advogado.

** Acadêmico do curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo.

que a intervenção do Estado na economia não ocorre somente para atender às necessidades e aos anseios da sociedade brasileira, mas, sim, e principalmente para a manutenção do sistema e a defesa da ideologia prevista pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Ideologia; Estado e economia; Cade; Constituição.

ABSTRACT

The neo-liberal capitalist ideology holds that government intervention is harmful for the economy and that it should move away from economic issues and manage only the political and social orders. However, it is the State, through its institutions, that keeps the economic system adopted by a country and guards mechanisms and laws that confirm and maintain the status quo determined in Constitution. Since the Weimar Constitution, all countries determine the economic ideology in its Constitution and Brazil historically follows this line of State organization. In this paper, we will see the constitutional forecast of state intervention in economy since the first Brazilian constitution to this day. We will also study the ordinary laws governing the State intervention and public bodies which are responsible for this legitimate State action. After examining the proposal we realized that government intervention in the economy exists not only to meet the needs and desires of Brazilian society, but is mainly for the system maintenance and defense of ideology provided by the Federal Constitution.

Keywords: Ideology; State and economy; Cade; Constitution.

INTRODUÇÃO

Os novos direitos passam necessariamente pelo crivo da ideologia e da Constituição. Falar de novos direitos implica, em primeiro lugar, reconhecer qual é o atual *status quo* de nossa sociedade em seu aspecto social, político e econômico para depois podermos acreditar que olhamos para o futuro na expectativa de que possamos construir algo melhor para nosso povo e País.

O direito brasileiro impõe sua ideologia capitalista quando reconhece a propriedade privada dos meios de produção, incentiva a livre iniciativa, impõe regras para a livre concorrên-

cia e, conseqüentemente, admite a divisão de classe. Quando identificamos estas condições em nossa constituição, reconhecemos o Brasil como um Estado capitalista com princípios reconhecidamente neoliberais em sua forma de gestão.

A organização do Estado nestes moldes exige que ele regulamente, fiscalize e oriente os agentes econômicos quanto à proteção da livre concorrência e defesa do consumidor. Para a consecução dessas premissas necessárias temos a Lei 8.884/94, que regula a existência e forma de aplicação da defesa da macroeconomia por meio do Conselho Administrativo do Desenvolvimento Econômico (Cade), e a Lei 8.078/90, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor.

No presente artigo, a proposta é discorrer sobre a história da intervenção do Estado brasileiro nas questões econômicas e sumariamente conhecer a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sem tratar ou cuidar das questões e regras pertencentes à defesa do consumidor especificamente. Isto porque quando o governo regula questões ligadas à macroeconomia está indiretamente também preservando e contemplando os direitos do consumidor e não temos a pretensão de avançar e tratar especificamente desses direitos.

BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A primeira Constituição Brasileira foi escrita em 1824, período em que o Brasil ainda era uma monarquia parlamentarista. O controle da economia era exercido pelas *Câmaras* criadas em cada cidade ou villa e tinham como objetivo, além da manutenção da economia, a aplicação das rendas e a formação das Posturas policiaes¹. A economia do País

¹ TITULO III - POSTURAS POLICIAES - Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito à polícia e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes: LEI - Do 1º DE OUTUBRO DE 1828 - Dá nova fôrma às Camaras Municipaes, marca suas attribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juizes de Paz. D. Pedro I, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e Nós queremos a Lei seguinte: [...].

àquela época baseava-se essencialmente na produção agrícola para exportação (monocultura ou *plantation*, basicamente de cana-de-açúcar e café), latifundiária e escravista, de caráter extremamente arcaico. Assim, mesmo após a independência política, o Brasil ainda parecia uma colônia dependente de recursos externos adquiridos pela venda de produtos agrícolas (REGO, 2006, p. 27).

A Constituição seguinte, de 1891, foi a Constituição Republicana Brasileira, que serviu de base para a forma política atual. Foi responsável pelo fim do Estado monárquico em todas as suas instituições, incluindo o fim dos privilégios aristocráticos (artigo 72, § 2º, 2ª parte) e do clero, conferindo poder apenas ao povo que, por meio do voto direto, escolhia seus representantes.

Nessa época, o escravismo já havia sido extinto no Brasil, fato que contribuiu muito para o desenvolvimento econômico industrial, junto com o fluxo de imigração que trouxe mão-de-obra livre para trabalhar nas fazendas e indústrias.

O coronelismo, ou a política do cabresto, ganhou força, o que fez com que o Brasil fosse controlado pelas duas forças econômicas da época, as culturas de café paulista e de leite mineira. Por fim, culminou no golpe de Estado de 1930, com a posse de Getúlio Vargas. Posteriormente ocorreu a Revolução Constitucionalista de 1932, o que gerou a mudança sociológica que colocou o Brasil oficialmente no liberalismo econômico industrial (FERREIRA, 1999, p. 52), que hoje conhecemos.

Na forma que tem hoje, a economia começou a ter seu modelo baseado no direito e orientação ideológica de outros países, isto especialmente após a Primeira Guerra Mundial. Destacam-se nesta época como modelo a Constituição de Weimar (de 1919), com seu capítulo "*Wirtschaftsleben*" (Vida Econômica), com características liberais, tendo como contraponto a Lei Fundamental Soviética, de 1918, a qual reformava todo o sistema econômico russo, buscando adequação aos conceitos da Revolução de 1917.

Desta forma, todos os ordenamentos jurídicos do mundo abordaram o tema economia e sua forma de aplicação na sociedade, visando sempre à manutenção do sistema vigente. Somente haverá mudança no regime econômico de um país se houver, então, uma Revolução ou uma nova Constituição.

O Brasil, seguindo os ditames internacionais, cuidou de sua ideologia econômica também no âmbito constitucional. A primeira Constituição brasileira a abordar o tema foi a Constituição de 1934, a qual já em seu primeiro artigo, do Título Da Ordem Econômica e Social, já contemplava os princípios liberais: “Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

O mesmo capítulo ainda continha diversos assuntos, como gestão da produção e distribuição de energia elétrica, direitos dos trabalhadores, incluindo a sindicalização, quantidade mínima e forma de gestão de funcionários e trabalhadores brasileiros em serviços públicos (como um tipo de cláusula de preferência), instituição da Justiça do Trabalho, o instituto do usucapião, observando então a função social da propriedade, o salário mínimo, assim como os artigos de controle da economia – o 116 e o 117– que trazem em suas redações:

Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 113, n° 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais. Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País._

Observamos que na história do Brasil a intervenção do Estado na economia é prática comum. Essa condição, apesar

de parcialmente aceita pela doutrina neoliberal (com exceção à nacionalização das instituições financeiras), foi considerada “comunista” pela Constituição seguinte.

A Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas tinha como forte característica o caráter de extrema direita, como pode ser observado pelo exposto nos motivos da Constituição que literalmente previa que o PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL “[...] deveria atender ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”².

Importante ressaltar o período histórico que precedeu a Constituição de 1934 – a crise econômica mundial de 1929 – que tornou a questão da intervenção estatal mais do que necessária.

A Constituição de 1934 fez a expressa previsão da criação da Justiça do Trabalho em seu Artigo 122 com o objetivo de “dirimir questões entre empregadores e empregados”, com o objetivo claro e precípua de impedir qualquer possibilidade de mudança do regime liberalista para o socialista de Marx, ou, pelo menos, diminuir muito as chances de esta mudança acontecer.

Esta previsão constitucional que se mantém até hoje estabelece com a propriedade privada dos meios de produção a divisão de classes (capital x trabalho), condição que diz muito sobre a condição econômica do País e sobre sua ideologia.

A Constituição de 1937 possui caráter liberal fortemente presente, pelo valor reservado à livre iniciativa. O trabalho aqui é dever social do cidadão e somente este pode levar ao desenvolvimento nacional. Observa-se também aqui um princípio que norteou todo o período do Estado Novo de Getúlio Vargas, o Ultracionalismo, aliado ao fato de colocar o cidadão como uma espécie de “agente pelo desenvolvimento nacional” (BASTOS, 2000, p. 462).

² *Constituição de 1934*: Exposição de motivos.

DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Art. 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

A Constituição fez a previsão da possibilidade de intervenção do Estado na economia, para cobrir os aspectos “impossíveis” de serem tratados pelo setor privado.

Aqui também é possível perceber a menção aos chamados “crimes contra a economia popular” que abrangem todo tipo de prática comercial nociva à sociedade, incluindo as figuras de *dumping*³, oligopólio⁴, monopólio⁵ e outros, que são punidos como práticas criminosas contra a economia do Estado, mas não há, de fato, intervenção direta. A norma jurídica que trata dos atos considerados crimes contra a economia

³ Prática de exportação de um produto com preço inferior àquele produto similar produzido e vendido no mercado interno. A diferenciação de preços é considerada prática desleal de comércio. A palavra *dumping* vem do verbo em inglês “to dump”, que significa “despejar”. Esse é o sentido/objetivo real da figura mercadológica: despejar sua mercadoria em determinada região visando adquirir este mercado.

⁴ Mercado conduzido por poucos – formação de cartéis ou grupos de empresa que se unem para dominar mercado relevante de produtos ou serviços.

⁵ Quando apenas uma empresa ou uma pessoa vende determinado produto. Neste caso existe a plenitude do poder econômico, pois pode dominar o mercado, quanto às condições de preço e quantidade. O lucro será determinado pelas condições de mercado e não pela necessidade de produção.

popular é encontrada no Decreto Lei 2.848 de 1940 e na Lei n. 1.521 de 1951, promulgada por Vargas, agora em seu segundo mandato.

Nesta época as greves e o *lock-out*⁶ eram proibidos, sendo considerados afronta ao desenvolvimento do País.

A Constituição de 1946 acena para um período de liberdade: “todo poder emana do povo e em nome dele será exercido”. É a disposição do Artigo 1º. Por esse período histórico ser mais parecido com o precedente ao Estado Novo, percebe-se também certa semelhança na parte que trata da ordem econômica e social. Novamente observamos a função social da propriedade e até um esboço do que viria a ser uma reforma agrária, a valorização da livre iniciativa, a condição de obrigação do trabalho como meio digno de subsistência e a intervenção estatal na economia, além do fato já apresentado pela Constituição de 1934 da possibilidade de o Estado monopolizar alguma atividade ou ramo da economia, caso fosse necessário (BASTOS, 2000, p. 130).

Vale, nesse passo, ressaltar a intervenção do Estado na economia com a transcrição do Artigo 148, que positiva a ação do Estado sobre o domínio econômico (BASTOS, 2000, 130-1) numa forma bem semelhante ao que temos hoje em nossa legislação ordinária:

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

A Constituição de 1947 possui um formato mais parecido com a nossa Carta Magna atual, tendo o texto do título reduzido, incorporando primordialmente os direitos dos trabalhadores, inclusive os previdenciários, condições de imigração, o

⁶ *Lock out*: fechamento das empresas como repúdio dos empresários, impedindo o trabalhador de exercer seu direito ao emprego, prática proibida pelo direito brasileiro.

retorno do direito à greve, o fato de as minas e jazidas serem propriedades distintas do solo no qual se encontram, sendo sua exploração prescrita em lei, e talvez a maior mudança de todas: trazer ao texto constitucional a ocasião em que o Estado intervirá na economia⁷.

A Constituição de 1967, que regeu a nação no período da Ditadura Militar até 1969, quando foi promulgada a Emenda Constitucional 1, trazia já em seu primeiro artigo, sob o título “Da Ordem Econômica e Social” os princípios que nortearam a nação do ponto de vista econômico:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A nova redação era, de certa forma, parecida com a redação dada ao artigo inicial da Emenda Constitucional número 1 de 1969. Possuía claramente caráter neoliberal, demonstrava particular importância à livre iniciativa e ao direito do trabalho, como de costume nas Constituições anteriores, em virtude da importância econômica que se dava ao trabalho, ao direito à greve, desde que não fosse do serviço público (BASTOS, 2000, 134) e à manutenção do Estado capitalista.

Percebe-se grande influência neoliberal no Inciso VI do motivo que enseja a intervenção do Estado na economia como forma de agente regulador de mercado, cumulado com o parágrafo 8º do mesmo Artigo. Este último recebeu tal destaque que na Emenda Constitucional 1, de 1969, ganhou um Artigo especial com a mesma redação:

⁷ Foi na Lei 4.132/62 que foi instituído o Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Esta lei foi posteriormente revogada pela presente Lei 8.884 de 1994.

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Para falarmos sobre o real significado e importância do monopólio na economia de um país, vale trazer os ensinamentos de Adam Smith:

Um monopólio concedido quer a um indivíduo quer a uma companhia comercial produz o mesmo efeito que um segredo comercial ou de fabrico. Os monopolistas, mantendo o mercado constantemente sub-abastecido, nunca suprindo completamente a procura efetiva, vendem os seus bens muito acima da sua taxa natural, quer consistam de salários, quer de lucros. O preço do monopólio é, em qualquer momento, o mais alto que pode obter-se. O preço natural, ou preço de concorrência livre, pelo contrário, é o mais baixo que é possível praticar, não, na verdade, em qualquer momento, mas em qualquer período de tempo considerável tomado conjuntamente. (SMITH, 1999, p. 168-169).

Finalmente, em nossa atual Constituição de 1988, é importante mencionarmos que o formato do título mudou. Ele não mais trata de assunto de ordem social, por exemplo, que é tratado acertadamente em título diverso.

O novo título chama-se “Da Ordem Econômica e Financeira” e tem como fulcro o real controle da economia. Ainda de caráter neoliberal, sua estrutura está muito mais simples de se identificar. Por exemplo, o Artigo 177, em seus incisos, declara quais são os monopólios da União, assim como o Art. 173 determina quais são os requisitos para que o Estado explore alguma atividade econômica, ainda mantendo os princípios da segurança nacional e aqueles de relevante interesse. Traz também a figura do usucapião Constitucional, termos da política urbana, a propriedade das jazidas de minérios e das águas capazes de produzir energia hidráulica,

que pertencem exclusivamente à União, que pode permitir a concessão às empresas privadas.

O artigo 170 traz em sua redação várias mudanças, o que representa o anseio da população brasileira por igualdade social. Este preleciona que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Seu objetivo final, por assim dizer, é assegurar a todos uma existência digna, conforme as regras da justiça social, observados os princípios:

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.

Os incisos I, II e III definem nossa sociedade em seu sistema capitalista neoliberal. A propriedade privada é necessária para que haja capitalismo, contudo, essa deve ser aproveitada da melhor forma possível, sem o desvio de sua finalidade. Desta forma se evita o abuso do poder econômico e garante a função social da propriedade.

A livre concorrência é também um princípio importantíssimo do neoliberalismo econômico. Ela dita que não haverá privilégios para determinadas empresas (salvo as microempresas)⁸ tornando o mercado ideal para todos competirem em igualdade de condições.

A defesa do consumidor foi um princípio adicionado pela primeira vez em uma constituição brasileira, isto pela grande importância do consumo para o sistema capitalista.

⁸ CF, Arts. 170, IX e 179: Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Este princípio se mantém por meio de uma concorrência livre que permite ao consumidor escolher qual será o fornecedor de seu produto ou serviço, incentivando o consumo com respeito a quesitos como preço, qualidade, conveniência e necessidade etc.

A defesa do meio ambiente tornou-se importante pela grande relevância mundial na defesa da natureza. A Constituição Federal traz a previsão de defesa do meio ambiente, e os princípios norteadores de sua preservação estão inseridos no seu Artigo 225.

A redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o 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) são novidades no sistema Constitucional. Estas alterações demonstram a preocupação em promover a redução das desigualdades sociais, a busca pelo pleno emprego dando às microempresas uma importância nunca antes reconhecida.

A exemplo disso podemos citar programas sociais importantíssimos para o País, como o Bolsa Escola e o Bolsa Família – programa estatal que concede uma ajuda de custo à população carente que respeitar os requisitos mínimos de recebimento do benefício. Estes programas sociais permitem ao cidadão necessitado a possibilidade de consumir e participar do sistema, e de outro lado permite àqueles que fornecem produtos e serviços atingir um novo grupo de consumidores, que antes não participavam do sistema em virtude de sua condição econômica e social, e, dessa forma, se cumpre o preceito constitucional do trabalho e do consumo.

A livre iniciativa nunca teve tanta importância como na previsão constitucional de que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.⁹ O que vale dizer que somente atividades regulamen-

⁹ CF, Art. 170, parágrafo único.

tadas como aquelas ligadas à saúde, educação e segurança necessitam da expressa autorização do Estado para serem exploradas. As demais atividades podem ser exercidas com a proteção da letra constitucional.

O ESTADO BRASILEIRO E O SISTEMA ECONÔMICO

O Estado brasileiro mantém seu controle sobre a economia com o objetivo de manter o sistema capitalista e monitorar condições que venham depor contra esse mesmo sistema de forma ou torná-lo inviável.

A possibilidade objetiva de intervenção está prevista no Art. 174 da CF, que admite que o Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A Lei 8.884/94 veio regulamentar a previsão constitucional insculpida no parágrafo 4º deste mesmo Art. 174, quando prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A lei 8.884/94 traz, em seu artigo 1º, seu escopo social, que vem ao encontro da disposição constitucional:

Artigo 1º: Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo Único: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

A liberdade econômica é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito no Brasil e “o objetivo final da política de defesa da concorrência é promover a eficiência econômica e o bem-estar social” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 356).

Pensar em um Estado Democrático de Direito é considerar o resultado da evolução da doutrina liberal social/econômica, que ocorreu durante os séculos XVIII e XIX¹⁰. Estes princípios reconhecem a obrigação do Estado de respeitar a lei, no sentido de garantir a liberdade e também o cumprimento dos princípios constitucionais que norteiam a vida social e a ordem econômica.

A coletividade é o bem maior a ser preservado, pois a livre iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores são direitos constitucionais e devem ser preservados pelo Estado, que tem mecanismos e meios jurídicos para fazê-lo a partir da Lei 8.884/94.

DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE

O Cade, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em autarquia pela Lei 8.884/94, está vinculado ao Ministério da Justiça e é o órgão encarregado da defesa e manutenção dos direitos ligados à macroeconomia destacados em nossa Constituição.

Ao Cade são atribuídas três formas distintas de atuação: a preventiva (busca e pesquisa sobre atos de concentração entre empresas, prevista no artigo 54 e seguintes da Lei 8.884/94), a repressiva (punição das práticas nocivas ao mercado e dos atos de concentração, artigo 20 e seguintes da mesma lei) e a educativa (difusão da cultura da livre concorrência, artigo 7º, inciso XVIII).

O Cade é composto por seis membros e um presidente, com mandatos de dois anos, podendo ser reconduzidos

¹⁰ “O ‘Estado de Direito’ emerge da formação que normalmente se chama de Estado Liberal e de uma necessidade básica: controlar o uso arbitrário do poder por parte do Estado. Nesse sentido, a concepção dos direitos fundamentais se baseava na filosofia política que imperou durante o século XVIII e início do século XIX: o liberalismo” (XIMENES, J. M. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf>. Acesso em 28/04/11).

uma única vez. Esses cargos possuem dedicação exclusiva, isto é, não são compatíveis com outras profissões, salvo as autorizadas pela Constituição Federal (aplicando analogia ao autorizado aos magistrados, em virtude do caráter julgador do Cade, entende-se que a profissão permitida seria a do magistério¹¹). No caso de renúncia, morte ou perda do mandato do presidente, este será substituído pelo conselheiro mais antigo ou mais idoso, até que haja nova nomeação (objetivando completar o mandato substituto). Caso o Cade possua menos do que cinco membros, todos os prazos serão interrompidos automaticamente e suspensa a tramitação dos processos, iniciando-se a nova contagem de prazos após a recomposição do *quorum*¹².

Os membros do Cade não podem exercer qualquer atividade empresarial nem receber, a qualquer título ou pretexto, honorários, porcentagens ou custas, exercer profissões liberais ou atividades político-partidárias, emitir pareceres sobre sua matéria de especialização ou manifestar publicamente sua opinião sobre qualquer processo (salvo no exercício do magistério, obras técnicas e na realização de críticas nos autos)¹³.

Também compõe o Cade uma procuradoria, à qual incumbe prestar assessoria jurídica ao Conselho, defendê-lo em juízo, promover a execução judicial das decisões do Cade, requerer medidas judiciais com o objetivo de cessar as infrações, promover acordos judiciais (mediante autorização do Cade e ouvido o representante do Ministério Público Federal), emitir pareceres nos processos do Cade, além de zelar pelo cumprimento da Lei 8.884/94 e demais atribuições conferidas pelo regimento interno¹⁴.

O Ministério Público Federal, além da função de *custus legis*, pode promover a execução dos julgados e dos compromissos de cessação de condutas, a adoção de medidas

¹¹ Constituição Federal. Art. 95, parágrafo único, I.

¹² Lei 8.884/94, Art. 4º.

¹³ Lei 8.884/94, Art. 6º.

¹⁴ Lei 8.884/94, Art. 10.

judiciais, e promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, assegurando a ordem econômica, social, e jurídica do País, como previsto no Artigo 12 da Lei 8.884/94 e na Lei Complementar 75 de 1993.

DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – SDE

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) também está vinculada ao Ministério da Justiça e “é responsável por formular, promover, supervisionar e coordenar a política de defesa da concorrência” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 387). É dirigida pelo secretário de Direito Econômico, que é nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Justiça.

A SDE possui função semelhante à do Ministério Público em questões penais, sendo-lhe atribuída a função de fiscalização e cumprimento da lei (8.884/94), orientando os demais órgãos públicos quanto às medidas necessárias para seu cumprimento.

É função da SDE acompanhar permanentemente as atividades e práticas comerciais das pessoas que detiverem posição dominante no mercado, assim como adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática de ato que culmine em infração.

Também são funções da SDE a instrução e fiscalização do andamento de processos no Cade, bem como proceder a investigações ante indícios de infração à ordem econômica, podendo instaurar processos administrativos (que deverão ser enviados ao Cade para julgamento), requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas. Na ausência ou falta de solidez de tais indícios, a SDE deverá arquivar o processo, caso em que deverá recorrer de ofício junto ao Cade, realizar a atuação educativa direcionada ao público, desenvolver estudos e pesquisas visando orientar a política de prevenção das infrações.

Por fim, a SDE deve sugerir e celebrar os acordos de compromisso de cessação de prática de infração e de desempenho, fiscalizando o cumprimento destes¹⁵.

Cumprе salientar que a SDE, caso não haja indícios suficientes para caracterizar infração à ordem econômica, deverá realizar averiguações preliminares, seja de ofício, seja por representação de um terceiro interessado, salvo os casos de representação pela Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas. Tais averiguações poderão ser realizadas com várias medidas de investigação, como a produção de provas e a realização de diligências.

A SDE tem o prazo de 60 (sessenta) dias para concluir as averiguações preliminares, e após concluídas, a Secretaria determinará pela instauração do processo administrativo ou pelo arquivamento, remetendo ao Cade as providências necessárias em ambos os casos¹⁶. Por fim, é importante mencionar que não cabe recurso aos superiores hierárquicos das decisões do secretário da SDE¹⁷.

A SDE pode, caso entenda necessário para a manutenção do mercado, em face da iminência de grande dano e/ou de dano de difícil reparação, por iniciativa própria ou a requerimento do Cade, ordenar a cessação da conduta anticompetitiva, havendo previsão inclusive de multa diária nos termos do Artigo 25 da Lei em comento, no caso do não acatamento da ordem administrativa. Desta decisão cabe recurso (não será admitido sob o efeito suspensivo) ao Plenário do Cade, no prazo de cinco dias¹⁸.

DAS INFRAÇÕES COMETIDAS CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Com relação às infrações previstas na lei, é importante destacar que a responsabilidade será individual (na pessoa

¹⁵ Lei 8.884/94, Art. 14.

¹⁶ Lei 8.884/94, Arts. 30 e 31.

¹⁷ Lei 8.884/94, Art. 41.

¹⁸ Lei 8.884/94, Art. 52.

do responsável) e da empresa, havendo solidariedade entre os sócios, se for o caso, podendo ainda ser a personalidade jurídica afastada nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação de estatutos ou contratos sociais, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica¹⁹.

Importante, neste contexto, conhecermos quais são as infrações tipificadas na Lei 8.884/94 e sujeitas a repressão e a sanção, que estão previstas em seu Artigo 20 e incisos.

Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. (Grifo nosso).

A primeira infração corresponde à violação dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa. A livre iniciativa é uma manifestação liberal de direito do ser humano, devendo ser respeitada, objetivando a manutenção do sistema econômico e da vida do homem em sua busca pela riqueza e pela felicidade. A livre concorrência visa equilibrar o mercado quanto à oferta e à procura e é uma consequência da livre iniciativa, sendo necessária à doutrina liberal para permitir escolha ao consumidor sobre qual produto/serviço deve utilizar/consumir e dar ao mercado uma dinâmica de desenvolvimento e geração de oportunidades.

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

A dominação de mercado é uma forma de abuso de poder econômico de melhor visualização pelo pesquisador. Qualquer tipo de prática nociva ao mercado, ao consumidor e ao sistema, como monopólios, cartéis, *dumping*, entre outras práticas, enquadra-se nessa tipificação.

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

O aumento arbitrário dos lucros é uma consequência do

¹⁹ Lei 8.884/94, Arts. 16, 17 e 18.

abuso do poder econômico, pois é resultado de uma já consolidada dominação de mercado. Uma vez que um mercado está dominado, não há como haver qualquer balanceamento de preços pela concorrência.

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

O inciso IV é talvez a consequência lógica da prática das outras infrações, o que resulta no total abuso econômico por uma ou por várias pessoas. A posição dominante é tratada nos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo que prelecionam que esse termo significa a ocupação de mercado seja no fornecimento, fabricação, venda, financiamento, prestação de serviço e tecnologia. Geralmente tal fato pode ser presumido se a pessoa ocupar 20% do mercado de tal produto, ressalvada a alteração do próprio Cade, que varia de setor para setor²⁰.

Essa variação ocorre quando um determinado mercado com poucos agentes, como uma empresa/pessoa por merecimento próprio e qualidade na prestação do serviço/fornecimento do produto, ocupar parcela superior aos 20% previstos em lei.

Serão determinantes na aplicação da pena ao caso concreto²¹: a gravidade da infração e da lesão aos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa; os efeitos econômicos negativos gerados pela conduta; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, assim como sua situação econômica, além da existência de boa-fé na prática do ato ou de reincidência nele.

As sanções que podem ser aplicadas à pessoa infratora estão previstas nos Artigos 23 e 24 da Lei 8.884. Ao infrator empresa pode ser aplicada multa de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto do último exercício, desde que não seja menor do que a vantagem conseguida com a prática delituosa.

²⁰ Exemplo: a Chocolates Nestlé (33,94% em 2001), com a fusão Nestlé/Garoto, acumularia 58,41% em 2001 (CADE, 2007, p. 53).

²¹ Lei 8.884/94, Art. 27.

Ao administrador, responsável pela prática, a pena vai de 10% (dez por cento) a 50% (cinquenta por cento) da pena que seria aplicada à empresa, quando esta for de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador.

Quando a prática ilícita for de qualquer outra pessoa ou entidade que não exerça atividade empresarial, logo não sendo possível a utilização do valor de faturamento como critério de punição, a multa será determinada entre 6 mil (seis mil) e 6 milhões (seis milhões) de UFIRs²².

Independentemente da aplicação da multa, o Cade pode determinar também que o responsável seja proibido de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações objetivando a aquisição, realização de obras ou concessão de serviços públicos. Pode determinar também a publicação do extrato da decisão por dois dias consecutivos durante uma a três semanas consecutivas em veículo de escolha da autarquia; a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; recomendações aos órgãos públicos para que cassem licença de suas patentes, cancelamento de parcelamento de tributos devidos, inclusive futuros, assim como o cancelamento dos incentivos fiscais; além de qualquer outra forma que julgar necessária para que a conduta seja cessada, por exemplo, a cessação de atividade e venda do ativo²³.

No caso do infrator retardar o processo de recuperação ou continuar na prática delituosa, pode o Cade determinar, por decisão fundamentada, pela aplicação de nova sanção, não inferior a 5 mil (cinco mil reais), que pode ser aumentada até 20 (vinte) vezes se o agente possuir situação econômica que permita a aplicação da pena e for reconhecida a gravidade da ação.

²² A lei 9.069/95 mudou a aplicação do índice para a moeda REAL. O UFIR foi por muito tempo utilizado como índice de referência em virtude da instabilidade monetária do País, a qual deixou de existir após o Plano Real, de 1993. Vide também artigo 23 da lei 8.884/94 e o Guia Prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil, p. 113, nota 17.

²³ Lei 8.884/94, Art. 24.

DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Cumpramos ressaltar que a Lei 8.137/90, em seu capítulo II, “Dos Crimes Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo”, traz nos Artigos 4º, 5º e 6º os crimes previstos contra a ordem econômica, trazendo inclusive a responsabilidade penal de tais condutas.

Temos, portanto, previsões constitucionais regulamentadas em leis ordinárias, que admitem a intervenção do Estado em questões econômicas, especialmente no que se refere à guarda e manutenção do sistema capitalista – neoliberal – adotado pelo Estado brasileiro, como aquele que atende aos anseios de nossa nação em compasso com o mundo globalizado.

O reconhecimento da necessária intervenção do Estado na economia se observa também em tempos de crise, quando o sistema do livre mercado se mostra insuficiente para sua manutenção como modelo ideológico a ser seguido e compartilhado por todos.

O Brasil, com a criação de leis e de órgãos reguladores do mercado, coloca-se em sintonia com as grandes economias do mundo que permitem um mercado livre, mas deve sempre estar vigilante para que a ganância e o egoísmo individuais não venham se sobrepor ao interesse da coletividade que é de responsabilidade e a razão que legitima a existência do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 28 abr. 11.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 28 abr. 11.

BRASIL. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em 28 abr. 11.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em 28 abr. 11.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm > Acesso em 28 abr. 11.
- CADE. **Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.
- FERREIRA, L. P. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- REGO, J. M. (Org.). **Economia brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SMITH, A. **Riqueza das nações**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v. 2.
- XIMENES, J. M. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf> Acesso em: 28 abr. 11.