DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

"UMA VISÃO SOBRE A DINÂMICA DA ECONOMIA BRASILEIRA E OS MEIOS COERCITIVOS DE COMBATE À ABUSIVIDADE DA CONCENTRAÇÃO DO CAPITAL E PRODUÇÃO"

Economic Development And The Abuse Of Economic Power
"An insight into the dynamics of Brazilian economic and coercive means to combat the abuse due to the concentration of capital and production"

Adilson Ivan C. Pinheiro
Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Especialista em Direito Público, Sanitário e Processual Civil. Mestrando em Planejamento e Governança Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – TFPR.

REVISTA RDJ • 2015 • VOL. 106 Nº 01

SUMÁ]RIO

Introdução. 1. Um Breve Histórico. 2. Política Econômica. 2.1. Ordem econômica 3. Poder Econômico. 3.1. Poder econômico do Estado. 3.2. Atuação do Estado na área econômica. 3.3. O poder econômico da iniciativa privada. 3.3.1. Competição: livre mercado e poder econômico privado. 4. Abuso do Poder Econômico. Conclusão. Referências.

RESUMO

Historicamente, a República Federativa do Brasil foi marcada por uma série de planos econômicos e formas de desenvolvimento que se sucediam a cada governante estabelecido. Assim, políticas de industrialização, infraestrutura, estabilização econômica, controle inflacional e políticas sociais sucumbiram ao tempo e à globalização. A base do capital liberal perseverou sobre todos os regimes e épocas da modernidade, favorecendo não apenas o progresso, mas também acumuladores de capital, investidores oportunistas, corruptores e corruptos. O sistema político deixou-se levar pelo capital em uma crescente necessidade de progresso e modernização, o que motivou, por outro lado, uma corrente de oportunismo financeiro montado sobre o capital público e privado. Assim, o presente artigo, mediante uma análise metodológica da doutrina, das leis e jurisprudências, busca apresentar uma visão real das ações, consequências e prevenções dos entes públicos e sociedade no uso abusivo do poder econômico. Diante de uma visão histórica da evolução industrial e do capital no Brasil, procura mostrar a linha tênue entre desenvolvimento, progresso social, capital e a oportunidade do abuso e desequilíbrio.

» *Palavras-chave: Poder. Constituição. Economia. Jurisprudência. Abuso.*

ABSTRACT

A series of economic development plans marked the history of the Federal Republic of Brazil. Globalization has defined the infrastructure development, economic stabilization, inflation control and social policies. Although massive capital flows fueled economic progress, they also contributed to crony capitalism, proliferation of vulture investors, and massive corruption. The political system - desperate for progress and development - facilitated this inflow: this, in turn, yielded financial opportunism utilizing public and private capital. This study aims to examine, through a methodical analysis of the legal apparatus at the disposal of the state, the abuse of economic power in the history of the industrial development of Brazil and shows how

the use of capital for development and social progress also created the opportunities for abuse and imbalances.

» *Keywords: Power. Constitution. Economy. Case. Abuse.*

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe-se a fazer uma análise qualitativa doutrinária, apoiando-se na jurisprudência nacional, sobre os fatos resultantes das transformações econômicas conquistadas e objetivadas por políticas econômicas, como também os possíveis reversos que essas transformações possam provocar nas relações de mercado.

Em vista disso, o estudo será realizado diante do poder econômico nas relações de mercado, bem como do aspecto jurídico do Estado, isto é, como são enfrentados os problemas resultantes da elaboração de uma nova política econômica e suas possíveis consequências legais nos meios de produção e, principalmente, do capital sobre estes.

1. UM BREVE HISTÓRICO

No início do século XX, momento em que o país era de base agrícola, exportador de *commodities* e de infraestrutura precária, o poder econômico estava nos grandes produtores agropastoris, os quais conduziam a política do estado com força política e financeira, aliados ao poder central, por intermédio de uma supremacia política e eleitoral (currais eleitorais).

Esse momento histórico era caracterizado pela política dos coronéis, do café com leite (República das Oligarquias), conforme relata a história nacional, motivando uma intensa movimentação social culminada com a revolução de 1930 (Governo Provisório – início da era Vargas).

Nesse período, a base das exportações em monocultura gerou crises, principalmente no Estado de São Paulo, onde se localizava a sede da produção cafeeira do Brasil. O café foi o produto que teve uma grande queda de preços e oferta no mercado internacional. Desse modo, em 1933, a dívida do Estado de São Paulo era de 60% em relação aos demais Estados da Federação.

Entre 1930 e 1940, o Brasil iniciou a sua transição de país agrícola para um país de industrialização crescente orientada pelo Estado, com a liberalização política e valorização do social. Todavia, sofria todos os impactos de sua modernização, sobretudo os impactos sociais e do poder econômico. Nos governos que se seguiram, vieram outros planos, sempre com a visão de desenvolvimento, industrialização, redução das importações, infraestrutura, tais como: Planos de Obras e Equipamentos (1948); Salte (1950) com a criação do BNDE; Metas (1956/61) na era JK; Trienal (1956/61); PAEG

do regime militar (1964); criação do BNH e FGTS; Decenal (1967); PED (1968/70); MBAG (1970/73); I PND (1972/74); II PND (1975/79); III PND (1980/85); Cruzado (1986); PAG (1987/91); Cruzado; Bresser; Verão; Collor; Real e PAC.

> O Brasil desde 1945 até 1984 teve 20 anos de democracia e 20 anos de regime militar. Em 1994 ao disputar as eleições Fernando Henrique Cardoso (FHC) tinha claro duas coisas:
>
> 1. Ele sabia que as alianças políticas eram necessárias para governar o Brasil;
>
> 2. Ele foi eleito para vencer a inflação e que a história o reconheceria por isto[1].

A partir da proposta de modernização do Governo Vargas, todos os governos que se seguiram tiveram seus olhares para novas práticas políticas e econômicas. Elas eram voltadas para a solução imediata dos problemas nacionais, chancelando, de certa forma, o poder econômico de determinados entes, como destaca Bresser Pereira[2].

> Não é novidade afirmar que o poder econômico está na raiz do nosso processo de subdesenvolvimento. Elemento formador da economia colonial baseada no monopólio exportador e importador da metrópole, torna-se fator central na acumulação de capital das fases econômicas sucessivas, transplantando-se da economia agrícola para a industrial. Essa lição, didaticamente explicada pelos autores clássicos de nossa história econômica, é sistematicamente desconsiderada por força de um curioso e artificial consenso. Curioso, por carecer de demonstração empírica. Artificial, pois às vozes dissonantes não é dada a necessária atenção.

Posto isso, entende-se que a democracia do Estado sucumbe à supremacia do poder econômico e do poder político. A participativa visão de um poder econômico, socialmente igualitário, vem-se mantendo desde a Revolução Industrial. Com essa base, outra economia surge e já se faz em desenvolvimento em alguns países, dando-se ouvido às vozes daqueles explorados e excluídos pelo poder e planos econômicos, muitas vezes de irrelevância social, como cita Louis Cord, "estas medidas incluem a estabilidade macroeconômica, os direitos de propriedade bem definidos, a abertura comercial, um bom clima de investimento, um quadro de incentivos atraentes, mercados de fatores que funcionem bem, e amplo acesso à infraestrutura e educação[3]".

2. POLÍTICA ECONÔMICA

Cabe ao Estado promover o bem comum dos seus cidadãos, assim sendo, ele possui instrumentos constitucionais para o planejamento e implementação de políticas ou planos para esse fim[4].

[1] Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011.

[2] http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2437. Acessado em 17/04/2014.

[3] International Proverty Centre, Brasília, março de 2007. p. 10.

[4] "Entre as décadas de 50 e 80 basicamente foram utilizados diversos tipos de proteção comercial (imposto de importação e barreiras não tarifárias, tais como exame de similaridade, índices de nacionalização, contingenciamento, licenciamento prévio das importações, preferência nas compras governamentais), estímulo à exportação (câmbio favorecido para exportação de manufaturados e isenções fiscais) e subsídios à produção em setores selecionados (isenção e redução de impostos e aceleração da depreciação do capital). Além disso, houve intenso direcionamento de crédito para os setores considerados prioritários e uma pesada presença direta do Estado em diversas atividades

A cada estabelecimento de meta para o alinhamento do sistema econômico, o Estado assume uma nova ordem de empenho e motivação para manifestar a sua presença. Para a sociedade, não interessa apenas que o Estado venha em seu auxílio através de correções de falhas ou disfunções do mercado, mas sim que produza bons frutos sociais e econômicos a partir dessas intervenções.

As intervenções do Estado, à vista disso, demandam um planejamento considerado como um ato político de intervenção, o qual poderá relevar apenas um assunto e objeto, ou vários assuntos e objetos; dessa maneira, fala-se em planos educacionais, de saúde, PACs etc., traduzindo-se em medidas a serem adotadas em cada uma dessas áreas.

Considera-se que não é só por se adotar o termo plano, mesmo com estreita ligação com um procedimento econômico, que se podem nomear os anteriores de planos econômicos. Para tanto, faz-se necessário viabilizar uma série de recursos materiais e financeiros para cumprir a meta na área idealizada (saúde, educação, desenvolvimento etc.), incluindo-a no plano econômico.

Conforme as palavras de Washington Peluso A. de Souza (2003, p. 377), há como estabelecer o entendimento do que é um plano ou política econômica:

> Entretanto, quando apresenta sentido econômico fundamental desdobra-se em um elenco predominante de 'atos' e 'fatos econômicos' que o levam a constituir, ele próprio, uma 'peça de natureza econômica'. Como tal, o Plano decorrente passa a assumir a posição de 'conteúdo econômico' da norma que o juridiciza. Por outro lado, os dados econômicos nele contidos são trabalhados no sentido de racionalização que configura a política econômica de sua efetivação. O plano afirma-se, então, como de natureza jurídico – político – econômica. (...) A partir de então, passa a ser considerado em relação aos tipos e as formas que venha a assumir, ao 'sujeito' do ato econômico incluído em seu bojo, à natureza e à eficácia da lei que o aprova, aos objetivos que pretende, às medidas que o efetivarão e assim por diante[5].

Ainda, na visão de Nusdeo (2001, p. 171), a política econômica, sendo um determinado fim, busca adaptar-se a um sistema:

> A doutrina está voltada para os fundamentos do sistema econômico. Uma vez, porém, assentados esses e definidos os contornos de sua estrutura, surge a necessidade de direcioná-la, estabelecendo-lhe determinados fins, impondo-lhe, em suma, um padrão de desempenho. Surge a política econômica, ou seja, o estudo das relações entre certas variáveis sob a ótica de que umas serão meios ou instrumentos para que as outras assumam um determinado valor ou posição[6].

Dessa maneira, entende-se que a geração de um plano ocorre com a promulgação da lei que o conduzirá, dará suporte jurídico, político e econômico do Estado, assumindo então o *status*

produtivas. Soma-se a isso entraves para adoção de novas tecnologias (Lei da Informática, por exemplo), grandes investimentos estatais em infra-estrutura (principalmente até o final da década de 70) e expansão do ensino superior (principalmente a partir da década de 70)" Canêdo-Pinheiro, Pessôa e Schymura: EPGE/FGV e IBRE/FGV. "Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial". p. 3/4.

[5] SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas do Direito econômico. 5ª ed. – São Paulo. LTr, 2003.

[6] NUSDEO, Fabio. Curso de economia: introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005.

de política econômica, global ou setorial. Como se deve observar, há um sentido político devido à natureza da sua geração; assim, adotando-se a lei, a ação política será implementada durante toda a sua vigência como o diploma regulador da política econômica do Estado.

Como exemplo desse projeto legal e político, a criação de uma estratégia de aplicação e manutenção de determinadas ações visando determinados fins são configurados e aplicados. Exemplificando esse projeto do estado de política econômica, cita-se o relatório da Comissão de Orçamento da Câmara Federal sobre o projeto do orçamento nacional de 2013[7]:

> No âmbito da *política econômica*, o esforço coordenado implementado ao longo dos últimos anos, nas esferas *fiscal e monetária*, permite formular, por meio do Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2013 – PLOA 2013, políticas e instrumentos para elevar o patamar do *crescimento sustentável da economia com redução da desigualdade*. A sustentabilidade do quadro macroeconômico interno, mesmo em cenário externo de incerteza, é resultado da consistência das diretrizes e da política econômica, que visam:
>
> a) *equilíbrio fiscal*, com melhora qualitativa na alocação das despesas e nos indicadores de endividamento do setor público: alongamento do prazo médio; redução do percentual de vencimentos no curto prazo; diminuição da parcela da dívida exposta à volatilidade de mercado, como câmbio e taxa Selic; e trajetória declinante da dívida líquida como proporção do Produto Interno Bruto - PIB;
>
> b) *controle da inflação*, no âmbito do regime de metas, com atuação da política monetária de forma cautelosa e oportuna, decorrente da autonomia operacional da autoridade monetária;
>
> c) equilíbrio das contas externas, por meio do regime de câmbio flexível, o qual permitiu a elevação expressiva do estoque de reservas internacionais e o alcance pelo País da posição de credor externo líquido e, consequente, a queda do risco-país e a melhora de sua classificação em 2011, quando as três principais agências de risco passaram o Brasil do primeiro para o segundo nível de grau de investimento;
>
> d) *elevação da capacidade produtiva do País*: a priorização do investimento público em áreas estratégicas de infraestrutura; a adequação do ambiente de negócios, de forma a incentivar o investimento privado; e os incentivos para a indústria nacional, a ampliação da inovação produtiva e a melhora da qualidade da mão de obra;
>
> e) *maior inclusão social*, com melhora na distribuição da renda e no poder de compra da população, por meio da valorização do salário mínimo e das políticas sociais de transferência de renda às famílias. (Grifamos)

A mensagem do orçamento brasileiro de 2013, citada, constitui um ato legislativo do Poder Executivo, baseado na Constituição Federal (art. 165 ss.) e na Legislação Infraconstitucional, que deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional.

[7] http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2013/Proposta/mensagem/02_res_pol_eco.pdf. Acessado em 25/06/2014.

Nesse aparte, há introdução no sistema legal pátrio de determinada norma responsável pela política, então vigente, configurando-se em diretriz legal das ações governamentais. Assim, apresenta-se uma manifestação da Corte Suprema sobre o tema, em que o fator legal desse ato do governo é reconhecido.

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (STF - ARE: 685230 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013).

O texto trata de política econômica como um plano institucional do Estado, não podendo o poder público dela desvincular-se ou atingir alguns em detrimento de outros. Vislumbra-se, nesta interpretação legal sobre o tema, um verdadeiro cunho social do plano assumido e as consequências legais que não podem ser minoradas pelos seus aplicadores.

Nessa temática, observa-se que a economia do Brasil é regrada por bases legais e políticas, sendo que, a despeito da igualdade de todos os cidadãos, qualquer ação econômica do Estado não poderá abater-se sobre as classes sociais ou sistemas produtivos de forma diferenciada a se traduzir como exclusão ou privilégio de um, ou de outro, sem justificativa legal.

Nesses termos, o desenvolvimento econômico, através da implementação de uma política do Estado, deverá, principalmente, atingir aqueles menos favorecidos, como relata Lundstrom e Ronnas[8] (2007, p. 12), "Economic growth is the aggregate result of the efforts of all economic actors to increase their incomes. Thus, it is not growth as such that reduces poverty, but people, including those living in poverty, who individually or collectively create growth and improve their material wellbeing in the process".

2.1. ORDEM ECONÔMICA

O Estado é responsável por toda ordem jurídica capaz de dar suporte e condições de aplicação ao seu processo decisório descentralizado; assim, o Estado mantém os mecanismos de mercado, definindo e limitando os pontos de encontro entre o plano político e o econômico.

[8] International Proverty Centre. Poverty in Focus – Analysing and achieving pro-poor growth. Brasília, março de 2007.

Durante os Governos FHC e Lula (1995 a 2010), ocorreram importantes modificações na ordem econômica brasileira, inicialmente sofrendo com o desequilíbrio externo e com uma crise fiscal marcantes no Governo FHC, seguido pelo Governo Lula com a implementação de programas sociais e redução da dívida externa[9].

A posição de afastamento do mercado nem sempre se faz respeitar pelo mesmo, pois, além das correções necessárias, o ente público possui outra tarefa que o permite participar do sistema econômico, constituindo-se na manutenção do seu próprio desempenho assentado em seus objetivos e nas metas dos seus planos ou políticas econômicas.

Em contrapartida ao poder de participação do Estado na ordem econômica, constitucionalmente afirmada em vários artigos de nossa Carta Política (art. 170 a 181), bem como fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a qualquer um é concedida a liberdade de exercer a atividade econômica, independe de autorização de qualquer órgão público; logicamente, nesse caso, deve-se observar as ressalvas que a lei faz. Toda essa liberdade visa garantir uma existência digna, participativa e com justiça social, a qual deverá também concorrer para uma economia livre, participativa e justa.

Atualmente, não se vê apenas um Estado interventor no sistema econômico, como alguns doutrinadores relatam. O ato de intervenção denota a provisoriedade da atitude, um estado rápido, não permanente, o que hoje se percebe é um Estado integrado ao sistema econômico *dual*, sendo um agente de decisões permanentes.

Nessa intervenção e participação do Estado no plano econômico, cria-se um arcabouço legal – Ordem Econômica – que determina o espaço e a forma de agir desse e dos demais entes. De acordo com Eros Roberto Grau (2004, pp. 66/67), a Ordem Econômica é entendida como:

> I. Ordem econômica é modo de ser empírico de determinada economia concreta. É um conceito de fato e não um conceito normativo e de valor. Refere-se a uma relação entre fatores econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos.
>
> II. Ordem econômica é expressão que indica o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza, no que tange ao comportamento dos sujeitos econômicos.
>
> III. Ordem econômica possui o mesmo significado de ordem jurídica econômica[10].

Sobre o que foi citado, ainda, de Eros Roberto Grau (2004, p.216), esse autor discorre sobre a Constituição e a Ordem Econômica, o que se faz pertinente mencionar no presente trabalho:

[9] "O governo FHC apesar de uma política que deu início a uma transformação no Brasil, deixou a desejar quanto a geração de empregos, dobra da dívida pública, aumento da dívida externa, empréstimos ao FMI para manter as reservas. O governo Lula, retomada do crescimento e do investimento, geração de empregos redução da dívida líquida do setor público, dívida externa líquida negativa e uma reforma modesta da previdência, injeção de investimentos em programas sociais, inflação relativamente baixa, e taxa de investimentos reduzidas. Julgamento favorável do governo Lula por parte dos contemporâneos". Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª Ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011. jan/mar 2013.

[10] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

> A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1.º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios de participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem estar. À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira[11].

Dessa maneira, cabe aos poderes constituídos preservarem os direitos institucionalizados na Constituição Federal, por meio de ações que solidifiquem a implantação e o sucesso de políticas públicas, bem como da ordem e planos econômicos por eles administrados. Diante de tal posicionamento, pode-se claramente ver no julgado que segue, por coincidência, da relatoria do citado autor, ex-ministro do STF, Eros R. Grau:

> É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veículados pelos seus arts. 1º, 3º e 170º. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contempla-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

Destaca-se como princípio na Constituição Federal a ordem econômica, guardando-se dentro de seu rol legal, os Princípios da Soberania Nacional, da Propriedade Privada, da Livre Concorrência, da Defesa do Consumidor, entre outros.

Assim, pode-se dizer que a ordem econômica, como salienta Souza (2003, p. 179):

[11] *bis in idem.*

> Não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la, indica-os como 'referências harmoniosas'. A sua efetivação depende de sua adoção, porém não oferece a 'força' que só a 'norma jurídica' possui e que se tornará 'força cogente', quando seja transformada em 'Lei'.

Dessa forma, sancionada a norma, as suas medidas e objetivos passam a ser coativos, devendo o Estado tê-la como parâmetro para os seus passos[12].

3. PODER ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, § 4º, remete a uma caracterização do que pode ser o poder econômico segundo o legislador originário. Veja o que expressa o referente artigo:

> 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 A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No parágrafo quarto, encontram-se as características negativas do poder econômico e a consequência dele quando enfrentado pelo poder público – reprimirá qualquer ação que abuse das liberdades equânimes do mercado nacional visando à dominação desse, eliminando os concorrentes com práticas ilegais e onerando os menos favorecidos por intermédio do aumento arbitrário dos lucros. Nesse sentido, a história brasileira já demonstrou que nem todos os planos ou políticas econômicas estabeleceram um equilíbrio social e uma justa distribuição de renda, conforme Suzigan e Furtado (2006, p. 171):

> Contudo, a industrialização e o crescimento econômico se aceleraram e o país logrou iniciar um processo de mudança de seu padrão de inserção internacional, deixando de ser apenas fornecedor de commodities agropecuárias e agroindustriais e se tornando crescentemente importante como fornecedor de manufaturados e semi-manufaturados. Mas isto não se traduziu em mudanças sociais. Pelo contrário, os problemas sociais se agravaram. A concentração populacional aumentou nas áreas urbanas — fenômeno intrínseco ao processo de industrialização — mas não houve um movimento simultâneo no sistema educacional e de treinamento e qualificação de mão de obra. Com isso, e com o enfraquecimento dos sindicatos trabalhistas, deteriorou-se o salário real e piorou a distribuição da renda — bom para o crescimento imediato, péssimo para o futuro do país".

[12] A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade." (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/97).

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos os cidadãos a justa igualdade econômica, a livre concorrência, o trabalho humano valorizado e a livre iniciativa privada, desde que esta não extrapole os limites da justiça e da paz social.

De Souza (2003, p. 237), a respeito do poder econômico explica:

> O poder econômico exprime, antes de tudo, uma concepção de 'natureza política' (ALCAZAR 1960, p. 159 apud De Souza), pois representa uma das manifestações do poder. Simbolizando uma forma de 'domínio' no relacionamento entre pessoas ou entidades de diversa natureza, envolve, ao mesmo tempo, o aspecto jurídico que se estabelece o regime dessas 'relações'.' Direitos" e 'Obrigações' a elas estão presentes na mais variada gama, indo da imposição e do domínio absoluto até os relacionamentos mais democráticos e igualitários[13].

A definição do que é poder econômico passa pela interpretação jurídica e econômica, sendo que o enfoque principal reside no substrato político da ação. Carvalhosa (1962, p. 2) considera o poder econômico como sendo:

> Capacidade de opção econômica independente, naquilo em que esta capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular de poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado[14].

Alguns autores acreditam que o poder econômico não pode ser definido, mas sim identificável, pelas condições em que se manifesta[15]. Nesse entendimento, pode-se referenciá-lo com a ideia do Estado de Direito que, segundo pensadores, se estabelece em modelo trifásico no pensamento: liberal, social e pós-social[16]. Por essa evolução do Estado, partindo-se da não intervenção dele na economia, por uma valorização do grupo, do social, entretanto sem desconsiderar, em momento algum, as individualidades e suas liberdades.

Pelo que se verifica, a mínima intervenção do Estado, *a priori*, pode ser suficiente para regulamentar a atividade econômica, a autonomia da vontade/contrato e o direito de propriedade. No entanto, esses dois princípios não se mostraram muito eficientes na entrada do século XX, quando o abuso do poder econômico começou a ser mais frequente, conotando sempre o capital e o crédito. De Souza (2003, p. 238) retratou esse período de transição:

> O funcionamento da atividade econômica assegurava-se pela disputa, isto é, pela 'concorrência' no mercado. Cada concorrente exercia o seu 'poder econômico privado'. O estado abstinha-se de exercê-lo, deixando livre aos concorrentes o seu campo de lutas. Só intervinha quando chamado judicialmente para restabelecer o respeito aos dispositivos livremente estabelecidos pelo próprio 'contrato'. Este figurava como lei entre as partes. Ressalvava-se apenas a hipótese do seu objeto deixar de ser 'lícito', segundo os 'princí-

[13] DE SOUZA, Washington Peluso Albino. Ob. Cit.

[14] CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico, São Paulo: RT, 1967.

[15] FILHO, Calixto Salomão.Direito Concorrencial: as estruturas, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82.

[16] LENZA, Pedro. Ob. Cit. p. 1137.

> pios' de natureza mais propriamente ética, ou de determinação legal. Fora disso, a ação econômica privada era livre, a disputa ia selecionando os mais fortes, como convinha as teorias da 'seleção das espécies', e se verificava na própria natureza (Darwin). Assim, a 'vitória', na concorrência, definia o Poder Econômico do vencedor, que, por sua vez, decorria do funcionamento 'natural' da economia de mercado".

Dessa forma, moldados em sua lei maior, os estados iniciaram uma constitucionalização da economia. Como exemplo maior, menciona-se a Constituição Federal, a qual caracteriza o Estado como agente normativo e regulador do mercado (art. 174, CF/88).

Posto isso, com base na Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal – STF observa os desníveis econômicos na sociedade e, principalmente, a omissão do Estado diante do abuso econômico latente:

> Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

Para exemplificar, até o momento tem-se denotado o poder econômico na visão da iniciativa privada, quando o contrato entre as partes é o gerador da obrigação, também, o princípio da livre concorrência e o da propriedade privada deveriam ser mediadores desse poder. Quando essas partes se relacionarem, no entanto, obviamente que, diante de uma concorrência de mercado, vencerá aquela que tiver mais condições de sustentação de uma produção alta com preços de venda baixos, o que caracteriza o poder econômico do produtor.

3.1. PODER ECONÔMICO DO ESTADO

Os princípios que norteiam a atividade econômica, em constituições passadas, nunca deram muito espaço para a participação do Estado, salvo o pouco que elas permitiam (participação supletiva à privada).

O neoliberalismo permitiu ao Estado direcionar investimentos na produção, reduzindo os investimentos sociais, seguindo, assim, as orientações propostas pelo Consenso de Washington (1980).

O poder econômico público exerce, assim, controle e orientação sobre o poder econômico privado, tudo em benefício da política econômica adotada pelo Estado, no qual é manifestada por meio de investimentos, incentivos e isenções. Todavia, o Estado está adstrito às permissões e limitações que lhe são impostas pelos princípios prolatados em suas leis.

Pode-se perceber a atuação direta do Estado na seara econômica, em posição contrária ao princípio liberal-histórico adotado por ele, quando mantém o monopólio de áreas da economia ou cria empresas estatais. Contudo, entende-se que a posição do estado nunca foi plenamente desvinculada de uma participação direta na economia, de maneira a permitir uma liberdade total de ações dos indivíduos.[17]

Nas palavras de De Souza (2003, p. 244), "quando o estado passa a agir na vida econômica, discute-se, então, o campo, a expansão dessa área de 'atuação', e a expressão mais corrente é intervenção no domínio econômico".

A Constituição Federal de 1988 registrou mudança quanto à temática em reflexão, abrindo-se a possibilidade de o Estado atuar na área econômica de duas maneiras: direta e indiretamente.

3.2. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA ECONÔMICA

O Estado atua diretamente na área econômica quando ingressa no mercado como empresário, geralmente através de pessoas jurídicas por ele constituídas, e sob o seu controle, atuando na prestação de serviços ou produção de bens, sempre vislumbrando um conteúdo econômico, na forma de monopólio (correios), ou em conjunto com outras pessoas do setor privado (S/A – ex.: Petrobrás), sempre se equiparando ao particular no que diz respeito à economia de mercado.

Há duas formas de o Estado, no Brasil, explorar diretamente a atividade econômica. A primeira seria na forma de monopólio, o qual se faz explicitado no artigo 177 da CF. Essa forma de atuação, apesar de estar na Constituição, é vista com ressalvas pela iniciativa privada, pois domina o mercado, elimina a concorrência e pode aumentar arbitrariamente os lucros. Considera-se que a outra forma seria como agente regulador do mercado,[18] indicando à iniciativa privada os limites legais de sua atuação de maneira clara e inescusável.

Como observou Max Weber,[19] sob o princípio do poder econômico, nas suas palavras isso se explicaria pelo poder do capital sobre o político:

> (...) Os interessados em sentido capitalista continuam desejando a crescente ampliação do livre mercado até que alguns deles se arriscam, mediante a compra de privilégios do poder político ou simplesmente graças à força de seu próprio capital, a conquistar mo-

[17] Redistribuição de renda: o Estado arrecada impostos e contribuições sociais e, como contra partida, paga aposentadorias, pensões e subsídios diversos; Autoridade monetária: através do Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Banco do Brasil, CEF e BNDES, o Estado dirige os mecanismos monetários e creditícios; Legislação e regulação econômica: O Estado define as "regras do jogo" econômico-social, por exemplo: as condições de concorrência; operações com exterior; regras de emprego e salários e o chamado direito trabalhista; regulamentação do direito de propriedade, entre outros. NEGREIROS, Davys Sleman de. Estado e Economia: uma falsa oposição Apud SANTOS OLIVEIRA, João Paulo Candido. O Estado como agente normativo e regulador da atividade economica in http://jus.com.br/artigos/6000/o-estado-como-agente-normativo-e-regulador-da-atividade-economica/1. Acessado em 26/06/2014.

[18] Constituição Federal Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[19] WEBER, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1. p. 421

> nopólios para a venda de seus produtos ou para a obtenção de seus meios de produção materiais, fechando então, por sua vez, o mercado.

O Governo Collor revelou a crescente redução do monopólio público. Esse governo iniciou o processo de privatizações ou desestatização[20] com a transferência de empresas estatais para a iniciativa privada através de leilões públicos, o que foi seguido pelos governos seguintes com o Plano Nacional de Desestatização – PND e as Parcerias Público-Privadas – PPPs, cuja transferência visava, principalmente, reduzir o déficit público, que, no ano de 2001, chegava a R$ 200 bilhões[21].

Na visão de José Coelho Matos Filho e Carlos Wagner A. Oliveira:

> Alguns fatos explicam essa deterioração das finanças públicas: o crescimento do setor produtivo estatal, a partir de 1973, financiado por empréstimos externos; a concessão de subsídios creditícios ao setor privado, principalmente ao setor rural, na segunda metade da década de 70 e nos anos 80; o financiamento de déficits na balança comercial por meio de endividamento de estatais, a partir de 1979. Os reempréstimos de recursos depositados no Banco Central, na década de 80, para pagamento da dívida no exterior; a absorção, pelo Tesouro, das dívidas dos estados e municípios, por ele avalizadas; a desvalorização cambial, como forma de gerar excedentes na balança comercial, em virtude das dificuldades posteriores da entrada de recursos externos, na década de 80, entre outros [Velloso (1993)]. Para referidos autores, a privatização foi um meio alternativo de financiamento não inflacionário do déficit público (tradicionalmente financiado pela emissão de moeda, aumento de impostos, endividamento externo ou interno, ou, a combinação de um ou mais instrumentos listas). Configura modo alternativo porque estariam esgotadas as possibilidades do financiamento tradicional: a) emissão de moeda aumenta o processo inflacionário; b) o aumento de impostos seria um instrumento politicamente difícil de ser implementado; c) o financiamento externo, embora com taxas viáveis, estaria prejudicado com problemas envolvendo a dívida externa; d) o financiamento interno equivale

[20] "O Banco Mundial, no capítulo 6 de seu relatório Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform de 2005, declara que muitos observadores questionam agora se a privatização e a desregulamentação não teriam ido longe demais. A insatisfação atual não está limitada a países como a Confederação Russa, onde uns poucos indivíduos privilegiados e bem relacionados politicamente assenhorearam-se do controle de várias empresas a preços vis. Segundo o Banco Mundial, numa pesquisa conduzida em 2002 em 17 países da América Latina, dois terços dos entrevistados consideraram que "a privatização de empresas públicas não foi benéfica (43% a mais do que na mesma pesquisa em 1998)". Gobind Nankani (13). Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform. Banco Mundial. Banco Mundial. "cap. 6". Acessada em 16/05/2014.

[21] "A utilização de receitas de privatização para abater dívida pública busca conter uma acumulação excessiva dessa última, evitando que os desequilíbrios fiscais pressionem a dívida demasiadamente, enquanto o governo implementa as medidas necessárias para um ajuste fiscal duradouro. Esse *timing* é importante, pois as medidas de ajuste podem levar um certo tempo para surtirem os efeitos desejados, donde se infere a importância de um dos aspectos da privatização, ao atuar como instrumento auxiliar da política fiscal. Este trabalho analisa os efeitos do programa de desestatização brasileiro sobre a dívida e o déficit públicos, enfocando o período 1995-1999. O objetivo central é avaliar se a utilização de receitas auferidas com a alienação de ativos estatais e concessões de serviços públicos no abatimento de dívidas de curto prazo tem efeito significativo sobre a redução, ou contenção do crescimento, da dívida pública e alteração do seu perfil, com reflexos sobre as necessidades de financiamento do setor público. Como possível contribuição adicional, este estudo apresenta um conjunto de dados, relativos às empresas estatais, ao programa de desestatização e à dívida pública, considerados de interesse geral. A análise dos resultados indica que a contribuição da privatização para a redução da dívida do setor público e o esforço de ajuste fiscal pode ser significativa, mesmo no curto prazo. A redução da dívida líquida do setor público alcançou 8,4% do PIB, no período 1995-1999, tendo as privatizações estaduais contribuído com 3,6% do PIB. As necessidades de financiamento do setor público foram reduzidas em 5,4% do PIB. Entre 1995 e 1999, o Tesouro Nacional deixou de emitir em títulos competitivos de sua dívida mobiliária R$ 30,8 bilhões e economizou em juros desta dívida R$ 8,8 bilhões, a preços de dezembro de 1999, como consequência do programa de privatização. A utilização de receitas de privatização para abater diversas dívidas governamentais e as dívidas transferidas para o setor privado efetivamente reduziram a carga de juros incidentes sobre a dívida, seu estoque e o déficit público no período sob análise. A privatização possibilitou, ainda, a melhoria do perfil da dívida e a reestruturação de passivos do setor público". CARVALHO, Marco Antonio de Sousa. TD 0847 - Privatização, Dívida e Déficit Públicos no Brasil. IPEA. Brasil. Rio de Janeiro. 2001. Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4097. Acessado em 17/05/2014.

> a substituição de impostos – que, reduzidos, induziriam a um aumento da demanda e um aumento de preços, ocasionando processo inflacionário. Assim, a privatização de ativos, além de complementar as receitas correntes, reduzem as necessidades de financiamento do setor público[22].

O fato é que o Estado está aberto à possibilidade de exploração direta da atividade econômica (art. 173, CF), impreterivelmente, quando estiver em jogo a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo[23] definidos em lei.

O Estado atua, indiretamente, na economia quando há distorções geradas pela liberdade de mercado. Dessa forma, ele poderá agir de três maneiras a fim de utilizar o seu poder regulador e normativo:

> a) Como fiscal – poder de polícia, fiscalização do cumprimento das normas pelos agentes econômicos;
>
> b) Incentivador – fomentando determinadas atividades ou áreas, benefícios fiscais, isenções, empréstimos a juros baixos;
>
> c) Planejamento – organizando os fatores de produção através de normatização e medidas de governo.

Segundo Bastos (2004, p. 258), a regulação do mercado, por si só, tornou-se algo difícil:

> Numa economia de mercado pura, é o próprio mercado que regula a atividade econômica, sem que haja qualquer intervenção por parte do Estado. Nesse sentido, de uma economia totalmente livre de uma sorte de intervenção, nenhum Estado se submeteria a esse modelo. Não existe o estado de mercado puro, porque alguns pontos do sistema econômico são sempre retidos nas mãos do Estado, entre os quais a própria utilização do seu orçamento, a emissão de moeda etc.

Ferreira Filho (1990, p. 37) expõe a seguinte visão sobre organização econômica descentralizada feita pelo Estado:

> (...) é uma economia em que o Estado exerce somente uma intervenção indireta e global. Indireta, isto é, respeita a liberdade de decisão dos que demandam e dos que ofertam e a liberdade na formação dos preços. Global, quer dizer, não desce aos pormenores do mecanismo econômico. (...) "O Estado procura proteger o mercado, melhorá-lo e não destruí-lo" (*Barre, Économie politique*), ou seja, sua intervenção é respeitosa da lógica interna da economia de mercado e de empresa.

No momento em que possibilita que o Estado funcione como agente regulador, a Constituição não lhe deu a centralização dessas ações e, muito menos, lhe permitiu agir revel ao ordenamen-

[22] MATOS FILHO, José Coelho. OLIVEIRA, Wagner A., in O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileiras, extraído do site: http://www.ipea.gov.br/pub/td/1996/td_0422.pdf. Acessado em 17/05/2014.

[23] Exemplos: o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X da Constituição Federal), o petróleo e os minerais nucleares (art. 177 da Carta de 1988), cujo monopólio é atribuído à União, e a distribuição de gás canalizado, conferida aos Estados-membros (Constituição Federal, art. 25, §2o) e ao Distrito Federal, por extensão (art. 32, §1o).

to jurídico. O Estado atua de forma a excluir agentes exploradores das variantes de mercado, mesmo que, para isso, tenha que fazer o tabelamento de preços. Assim, como bem entende a Suprema Corte ao analisar abusos nesse campo:

> 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (...) 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que 'a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.' (...) (STF - RE: 648622 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013).

A jurisprudência exarada pelo Ministro do STF Luiz Fux exemplifica as diretrizes constitucionais de intervenção do Estado (Política Econômica Pública); assim, considera-se que essa deverá ser dirigida pela primazia das Leis e pelos princípios basilares da Magna Carta, ou seja, de um princípio econômico justo para toda a Nação.

Nesse sentido, citando José Maria Souvirón Morenilla *apud* Alexandre Aragão[24] (2007, p.179/180):

> Uma coisa é a atuação empresarial do Estado, desenvolvida com fins de rentabilidade econômica e conforme o mercado, e outra é – ou deveria ser – a atividade "de não-mercado" ou de serviço público. Esta se define porque, a partir dos princípios de universalidade e de igualdade que a presidem, se dirige à satisfação de uma necessidade coletiva com objetivos de justiça e de solidariedade social, prevalentes, em todo caso, sobre os critérios econômicos de rentabilidade na exploração do serviço.

Conclui-se pelas informações expostas que a atuação do Estado na Ordem Econômica será por diretiva constitucional ambivalente: a primeira – intervenção – estabelecerá empresas em áreas estratégicas[25] e deficitárias do país ou em caso de segurança nacional (guerra ou estado de sítio); assim, fora o aspecto de segurança nacional e monopólio, as empresas estatais (públicas e mistas) concorrerão da mesma forma com as empresas privadas, existentes no mercado, sem privilégios.

Na segunda diretiva, ter-se-á um Estado interventor na ordem econômica, bem como sobre as regras do plano econômico de governo estabelecido de acordo com as normas Constitucionais, simplesmente para manter um estado de igualdade entre todos os agentes do mercado. No que diz respeito à livre concorrência e iniciativa, o Estado deverá agir impondo regras sobre a produção,

[24] ARAGÃO, Alexandre, Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[25] I - Programas Sociais; II - Programas de Infraestrutura; III – Programas de Desenvolvimento Produtivo e Ambiental; e IV - Programas de Soberania, Território e Gestão, de acordo com o PPA -2012/2015 do Governo Federal.fonte:http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/publicacoes/2014/140625_Dimen_estr.pdf. Acessado em 26/06/2014.

tributação, incentivo, abolindo o domínio de mercado e abusividade na obtenção de lucros, assim, alcançando um mercado de justa competição, porém, sob o olhar fomentador, fiscalizador e repressor do Estado.

3.3. O PODER ECONÔMICO DA INICIATIVA PRIVADA

A essência do Direito Liberal[26] é garantir o poder econômico do cidadão ou dos entes com personalidades capazes de implementar o sistema de troca em que se baseou este Direito, em outras palavras, pela capacidade de esses entes realizarem atividades econômicas aferindo lucros.

Como visto, a partir da atividade econômica reservada aos particulares, somente quando a relação entre eles entra em desequilíbrio é que o Estado é chamado, através do seu poder público, para mediar a questão. Dessa forma, configurou-se a economia de mercado, baseada nos já citados princípios da livre concorrência e da propriedade privada, essência da atividade empresarial até hoje, a qual visa, primordialmente, os lucros com base no paradigma da oferta e da procura (Adam Smith), devendo o Estado ficar em constante alerta quanto ao equilíbrio das ações privadas junto ao mercado nacional.

Nesta seara da oferta e da procura, em condições de concorrência, certamente, aquele com maior capital levará vantagem sobre aquele menos favorecido, subjugando-se ao poder econômico do seu concorrente.

Como explica De Souza (2003, p. 250), o poder concentra-se na obtenção do lucro:

> Para melhor compreensão deste fato, deve-se considerar a figura do detentor desse "poder", pessoa de Direito Privado, isto é, o "indivíduo" ou a 'empresa'. Do mesmo modo, deve-se ter presente que o "objetivo" do uso deste "poder" é a obtenção do lucro. Assim, "sujeito" e "objeto" do Poder Econômico vão frequentar uma Ordem Econômica própria, que é a Ordem Jurídico – Econômica Privada, com suas regras a estabelecer direitos e obrigações dessas pessoas na defesa de seus interesses.

Não há nada mais natural do que um mercado livre para a atuação da iniciativa privada, protegido pelo sistema legal, ao qual também possui como ideal da Ordem Econômica Constitucional, e como princípio dessa ordem, a livre concorrência, bem como o acesso a matéria-prima, mão de obra e um livre mercado balanceado na concorrência justa.

De acordo com a explicação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. a respeito da livre concorrência, considerando-a como um princípio do livre mercado, obviamente não sendo idêntico à livre iniciativa:

[26] "A relação entre o público e privado na esfera do poder econômico, ocorre por meio de troca de interesses. Tal prática, entretanto, não é um fato atual, pelo contrário, a história revela que essa relação imbricada data de longa data, por exemplo, das concessões que o Estado Absolutista fazia a particulares para a exploração de monopólios mediante pagamento de taxas. Outrossim, a Revolução Gloriosa explicita a sustentação da monarquia constitucional pela burguesia, ao passo que o monarca daria segurança jurídica para o burguês realizar seu comércio. O próprio Napoleão, ápice da Revolução Francesa, revela a expansão das fronteiras (e dos mercados) como a constituição de um Império e de oportunidades para a classe burguesa". BOGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre público e privado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101. P. 587 – 624. Jan/Dez 2006.

> A questão, no entanto, não é tão simples porque, em primeiro lugar, é preciso chamar a atenção para o fato de que a livre concorrência como um princípio do chamado "livre mercado" não é necessariamente idêntica à livre iniciativa. Ou seja, quando falo em mercado livre, quando digo que o regime é do livre mercado posso estar me referindo à ausência de uma interferência externa no seu próprio funcionamento. Mas isto não quer dizer que livre mercado propicie imediatamente livre iniciativa. Há uma diferença entre as duas coisas. Ou seja, livre mercado, num certo sentido, é neutro perante a livre iniciativa. Livre mercado, regido pelo princípio da livre concorrência, significa apenas, num primeiro momento, a possibilidade de auto-regulação, ele se regula. Regular-se significa, entre outras coisas, que é no mercado que se formam os preços conforme as suas próprias regras e é no mercado que se dá a boa alocação dos recursos. Nesse sentido é que o mercado se auto-regula. Mas desta auto-regulação, isto é, do fato do mercado ser livre e, portanto, não sofrer interferências externas não decorre a livre iniciativa. E a livre iniciativa é mais forte no mandamento constitucional porque além de ser fundamento da Ordem Econômica, é fundamento da República. Ora, se do livre mercado não decorre necessariamente uma proteção à livre iniciativa, o assunto tem que ser examinado com um certo cuidado, no que diz respeito à intervenção do Estado na economia[27].

Na ocorrência da evolução do liberalismo para um neoliberalismo mitigado, em que o Estado, através de sua Constituição, passou a criar e a estabelecer instrumentos para coibir os abusos advindos da exploração do livre poder econômico; assim, nas palavras de De Souza (2003, p. 251), "foram dadas as bases para a definição do 'lícito' e do 'ilícito', com a mais íntima relação entre os Poderes Econômicos Público e Privado".

» 3.3.1. COMPETIÇÃO: LIVRE MERCADO E PODER ECONÔMICO PRIVADO

Para a obtenção de um mercado dinâmico, em que os princípios e valores da ordem econômica são respeitados, e o movimento do capital se faz de acordo com a política econômica vigente, o Estado deverá promover a competitividade a fim de estabelecer um aprimoramento tecnológico da produção, patrocinado pela concorrência livre e justa. Um fomento para a iniciativa privada de menor potencial financeiro, a fim de que esta possa desenvolver-se em seu segmento, em que o Estado deverá fiscalizar se o justo e o correto estão sendo aplicados na competição pelo mercado.

Ainda, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., a competição deverá ser promovida, garantindo-se a livre iniciativa:

> A partir desse momento, podemos entender que a competitividade deverá ser promovida e ela será tão mais bem promovida quanto mais se garanta aos agentes a sua livre iniciativa. Esta garantia, que se dá aos agentes em termos da sua livre iniciativa, ocorre entre outras coisas, por meio do mandamento constitucional que ordena reprimir o abuso do poder econômico. Eis uma das formas pelas quais aparece essa garantia da livre iniciativa, tendo em vista a livre concorrência.

[27] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência, – Janeiro-Março de 1997, ano 5, nº 18, RT, São Paulo, pp. 95-98.

> O livre mercado, protegido pelo princípio da livre concorrência, proporciona competitividade, o que é fator de importância relevante na formação, por exemplo, dos preços. Competitividade é um fator fundamental do livre mercado e, portanto, da própria concorrência. Ela é função da existência de mercados segmentados, do dinamismo tecnológico, do uso adequado da economia de escala. Ou seja, nesse modelo nós podemos perceber que a competitividade é um elemento importante na formação do preço, na alocação de recursos, na dinâmica do mercado. E ela, à primeira vista, exclui aquilo que poderíamos chamar de cooperação: ajuste, por exemplo, de preços entre competidores etc. Portanto, para haver competitividade, há que evitar-se estes tipos de ajustes. Os ajustes prejudicam à competitividade e tendem a provocar exclusões, por exemplo, de agentes econômicos que com isso sentem que a sua liberdade de iniciativa passa a ser restringida. Por exemplo, se dois concorrentes dividem entre si um mercado podem estar excluindo outros competidores, prejudicando a concorrência livre[28].

A nossa mais alta Corte tem enfrentado esse tema: competição e mercado. Dentro de sua ideia jurídica vem aplicando os parâmetros constitucionais com sobriedade e justiça.

> 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.
>
> 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (...) A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. (...) Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que: "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (DIÓGENES GASPARINI, *in* Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64).
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que "a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor." (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). (...) (RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012).

O julgado mencionado expõe toda a pertinência do tema até aqui conduzido, observando-se que as orientações e formações doutrinárias são postas à prova diante da realidade dos fatos. Assim, a norma constitucional personaliza-se como fiscal do mercado, do capital e da produção,

[28] FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Ob. Cit.

mantendo o justo equilíbrio entre os agentes do sistema econômico.O mercado, mesmo observado de perto pelo Estado, possui falhas e abusividades que são evidentes para qualquer observador, impondo-se um questionamento ao sistema de fiscalização do ente público, e, posteriormente, a mesma dúvida recairá sobre os aplicadores do direito envolvidos na solução legal dessa falha de mercado.

Na última década, infelizmente, tem-se assistido no Brasil a um festival de descasos e inobservância da ordem constitucional, cujo poder financeiro, de forma abusada, tem superado a inteligência jurídica dos poderes fiscalizadores do Estado, transformando a nação em circo, fazendo valer como regra, e não como exceção, o abuso do poder econômico de quase todas as formas possíveis, desde a corrupção passiva e ativa de entes públicos até o financiamento ilegal de campanhas eleitorais de políticos pela iniciativa privada.

4. ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A utilização do potencial econômico tanto do ente público quanto da iniciativa privada epitoma-se pelos interesses individuais e coletivos, transformando-se no uso extremado do poder econômico. Se essa prática consolidar-se no mercado, sem a imposição de limites legais, se estabelecerá a realidade selvagem e a plena liberdade econômica destrutiva do equilíbrio da livre concorrência e da produção.

Analogicamente, sobre as informações mencionadas conclui-se que o abuso do poder econômico surge na situação de mercado, quando há livre concorrência dos sujeitos, sem a necessária fiscalização do maquinário do Estado.

Como bem explicitado pelo art. 170 da CF/ 88, 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 (art. 173, § 4º), a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Os referidos artigos, em conjunto, tendem a tutelar a economia de mercado visando coibir a concentração capitalista supressora da liberdade, garantir a simetria do mercado e a incentivar a produção nos setores industrial, de prestação de serviços, fomentando a economia, o trabalho e a renda.

O governo brasileiro vem tentando coibir a dominação do mercado por monopólios ou oligopólios através da norma, de maneira clara, como exemplo cita-se a Lei nº 4.137/62 (regulamentada pelo Decreto nº 93.323/86), a Lei 8.884/94 (primeira Lei Antitruste – revogada, surgimento do CADE como autarquia) e a Lei nº 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste), que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico, explicitando, em seu artigo 1º, a formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela norma:

> Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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.

Deve-se reconhecer que o poder econômico existe em todos os mercados[29], possuindo legitimidade e liberdade, não podendo ser limitado pelo poder público a não ser quando este potencial for utilizado para desvirtuar os parâmetros legais do próprio mercado, configurando um abuso. Carvalho (2005, p. 733) exemplifica a abusividade em sua obra:

> Se a empresa busca dominar o mercado, a consequência será a do desaparecimento do equilíbrio daquelas forças e a da possibilidade de a empresa dominante impor condições que somente a ela favoreçam. Logicamente, esse domínio e essas imposições provocam efeitos nocivos à coletividade. Em seguida temos a eliminação da concorrência, que, é fácil observar, tem próxima relação com a dominação dos mercados. A relação é de causa e efeito: a eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado. Embora seja difícil modernamente admitir-se a concorrência perfeita. [...] Finalmente, temos como forma abusiva o aumento arbitrário dos lucros, que também guarda relação com as formas anteriores. Sempre que a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, seu objetivo é mesmo o de auferir lucros despropositados e arbitrários. [...] Se o lucro é arbitrário, quem o está pagando é a massa de consumidores do produto ou do serviço. Ocorrendo essa conduta, cabe ao Estado reprimi-la por ser abusiva e ilegal[30].

A lei proíbe a dominação do mercado por monopólio ou oligopólio. Contudo, existe o exemplo contido na Lei nº 6.404/76, especificamente nas Sociedades por Ações, constituindo uma permissão que poderá levar a uma concentração consentida, através dos expedientes da fusão, incorporação e cisão. Dessa forma, caberá ao CADE a observação de dominação do mercado mediante abuso dos instrumentos transformadores das sociedades empresariais.

O domínio do mercado, por outro lado, não está sujeito apenas à concentração do capital, mas também ao domínio da técnica, da tecnologia, do *know-how* adquirido:

> A legislação de defesa da concorrência situa-se num quadro de preservação do adequado funcionamento da economia de mercado, não pretendendo ser uma força anti-mercado. Aceito o pressuposto de uma economia em regime capistalista, não há como fugir à existência e às exigências do mercado. Até mesmo o processo de socialização, de distribuição dos benefícios da atividade econômica, deve passar pelo mercado[31].

[29] A China, hoje, é exemplo deste mercado que iniciou a sua abertura para o mundo a partir da década de 80, hoje vive características de país capitalista, apesar de sua ideologia comunista. O abuso do poder econômico já se faz presente em consequência da "liberdade" política que se implementou. "Segundo pesquisa feita pelo jornal da juventude do partido comunista; já 75,4% dos entrevistados consideram como uma ameaça as desigualdades entre ricos e pobres, e 59,4% deles acreditam ser problemático o poder "sem restrição" de seus dirigentes". Fonte: http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/desigualdades-sociais-e-abuso-de-poder-preocupam-chineses. Acessado em 21/05/2014.

[30] CARVALHO, José dos Santos Filho. Manual de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

[31] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Anti-truste. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97 – 98.

A jurisprudência do STF, que segue, relata a abusividade de escolas ao cobrarem e reajustarem as mensalidades escolares de seus alunos. No Acórdão abaixo transcrito, o julgado impossibilitou a formação do preço (Cartel) em desacordo à lei estadual de educação e à Constituição Federal (a Lei nº 8.039/90 foi revogada pela Lei nº 9.870/99, que passou a regular as anuidades escolares e dar outras providências à matéria).

> ATO JURÍDICO PERFEITO - DIREITO ADQUIRIDO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional. Isto não ocorre quando a Corte soberana no exame dos elementos probatórios dos autos decidiu considerada a possibilidade de o Estado coartar abusos econômicos perpetrados na fixação dos preços das mensalidades escolares. E que o par. 4. do artigo 173 da Constituição Federal reserva a lei à repressão ao abuso do poder econômico, no que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, não se pode ter a Lei n. 8.039/90, no particular, como conflitante com a autonomia assegurada no artigo 209, nem com princípio estabelecido no inciso XXXVI do artigo 5. Ambos da Carta Federal de 1988. (AI 155772 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/11/1993, DJ 27-05-1994 PP-13177 EMENT VOL-01746-04 PP-00693).

Por fim, compete, como bem aventado no presente tópico, ao Estado fiscal a vigilância do mercado interno, coibindo a concorrência ilegítima, os lucros abusivos, em troca do sofrimento social e sucateamento industrial, guarnecendo-se o justo interesse de todos em serem livres economicamente, assim, participarem da mecânica da ordem econômica do Estado.

CONCLUSÃO

A evolução histórica do Brasil demonstra que o capital, o extrativismo, a exploração dos mais fracos sempre estiveram incrustados na esfera política do Estado, no qual governos influenciados por oligarquias e pelo poder econômico, durante muito tempo, conduziram os rumos da nação à vontade própria das classes dominantes.

Nos idos do séc. XX, os governos nacionais ingressaram o país na doutrina liberal, na industrialização, na infraestrutura e no caráter social; contudo, a cada governo e pensamento político que se sucediam, mais forte ficava a influência do capital, bem como desse sobre a classe política.

As políticas econômicas que emergiam, a cada novo governo, lutavam contra o subdesenvolvimento da nação, a inflação, a falta de produtos e gêneros alimentícios que só afligiam a base da pirâmide social.

O poder econômico do Estado se contrapõe ao poder econômico privado, em uma luta por investimentos contrários à livre concorrência e iniciativa, cuja lei do mais forte, a cada ano, cerra

milhares de portas de micros, pequenos e médios empresários, jogando os consumidores nas mãos de oligopólios ou monopólios conducentes da política de mercado vigente.

A Constituição Federal de 1988 foi uma inovação, guiadora dos parâmetros jurídicos de julgamento e dos parâmetros econômicos de condução das políticas econômicas do Estado. Contudo, de nada adianta a alegação de condução jurídica da economia ou de políticas públicas pelo Poder Judiciário, se o desmando político e econômico incrustado, como ideologia no Estado moderno, valoriza o mais forte e detentor do capital, glorificando um suposto aumento do poder econômico e ascensão de novas classes sociais que, todavia, continuam às margens, camufladas, de políticas econômicas voltadas ao fracasso para muitos (povo) e lucros para poucos (capitalistas).

REFERÊNCIAS

1. ARAGÃO, Alexandre, Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. Ed. Celso Bastos. São Paulo. 2004.
3. BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
4. BOGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre público e privado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101.
5. CANÊDO-PINHEIRO, PESSÔA e SCHYMURA. Mauricio, Samuel e Luiz Guilherme. EPGE/FGV e IBRE/FGV. Artigo: "Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial".
6. CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico, São Paulo: RT, 1967.
7. CARVALHO, José dos Santos Filho. Manual de direito administrativo. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
8. De Souza, Washington Peluso Albino. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 5ª Ed. LTR, São Paulo. 2003.
9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003.
10. DINIZ, A.S.; JAYME Jr., F.G. Competitividade e Restrição Externa na Zona do Euro. Revista de Economia Política, vol .33, nº 1 (130), pp .17-40, janeiro-março/2013.
11. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência, – Janeiro-Março de 1997, ano 5, nº 18, RT, São Paulo.
12. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. Direito constitucional econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.
13. FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial: as estruturas, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
14. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Anti-truste. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97 – 98.
15. Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª Ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011. Jan/mar 2013.
16. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e critica). 9ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
17. LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
18. MORAES. Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
19. MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

20. Nusdeo, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico. 4ª Ed. Ver. E Atual. Ed. Revistas dos Tribunais – São Paulo, SP. 2005.

21. SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

22. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas do Direito econômico. 5ª Ed. – São Paulo. LTr, 2003.

23. SUZIGAN, FURTADO, Wilson, João. Política Industrial e Desenvolvimento. Revista de Economia Política, vol. 26, nº 2 (102), pp. 163-185 abril-junho/2006.

24. WEBER, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1.