



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

DANIELA MOTTA MONTE SERRAT

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA – A
PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DO BNDES E DOS
FUNDOS DE PENSÃO DE ESTATAIS PARA A
CRIAÇÃO DA BRFOODS**

Ribeirão Preto-SP

2012

DANIELA MOTTA MONTE SERRAT

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA – A
PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DO BNDES E DOS
FUNDOS DE PENSÃO DE ESTATAIS PARA A
CRIAÇÃO DA BRFOODS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto, da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla
Bliacheriene

Ribeirão Preto-SP

2012

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica

Monte-Serrat, Daniela Motta. Intervenção do Estado na economia – a participação acionária do BNDES e dos fundos de pensão de estatais para a criação da BR Foods / Daniela Motta Monte-Serrat. -- Ribeirão Preto-SP: FDRP /USP, 2012.

66 p. ; 30 cm

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Bliacheriene.

Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

1. Direito Econômico. 2. Direito Administrativo. 3. Intervenção do Estado. 4. Economia. 5. Constituição. 6. Teoria dos sistemas. 7. Luhmann. 8. BNDES. 9. Fundos de pensão. 10. Fusão. 11. Brasil Foods.

DANIELA MOTTA MONTE SERRAT

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA – A
PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DO BNDES E DOS
FUNDOS DE PENSÃO DE ESTATAIS PARA A
CRIAÇÃO DA BRFOODS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto, da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Bliacheriene

Examinador: _____

Ribeirão Preto - SP

2012

Ao Brenno

Agradeço

À Profa. Dra. Ana Carla Bliacheriene, cuja alma transborda as mais excelentes virtudes de educadora e amiga. Seu exemplo de coragem e combatividade na defesa de valores éticos será perene fonte de inspiração.

À minha família, pelo apoio, incentivo e carinho de sempre.

Ao Brenno, amor da minha vida, que me completa e me faz a mulher mais feliz do mundo.

A Deus, fonte de alegria, paz e vida eterna – razão do meu viver.

Se o Estado é forte, esmaga-nos. Se é fraco, perecemos.

Paul Valéry, “Olhares sobre o Mundo Atual”

RESUMO

Trata da intervenção do Estado no domínio econômico – fenômeno com origem nos tempos antigos e desenvolvido, principalmente, com o advento do mercantilismo e do Estado Moderno –, que, recentemente, tem se apresentado em novas formas não classificáveis pelas doutrinas tradicionais do Direito Administrativo e do Direito Econômico, como a forte influência estatal sobre as decisões de grandes empresas privadas viabilizada pela aquisição de ações dessas empresas mediante a utilização do BNDESpar e dos fundos de pensões de empresas estatais. Estuda o caso da fusão da Perdigão com a Sadia para a criação da Brasil Foods, que evidencia essas novas modalidades de intervenção.

Palavras-Chave: Direito Econômico, Direito Administrativo, Intervenção do Estado, Economia, BNDES, Fundos de Pensão, Fusão, Brasil Foods.

ABSTRACT

This study addresses State intervention in economic dominance, a phenomenon that originated in ancient times, developed particularly with the advent of Mercantilism and the Modern State and has recently presented itself in new non-classifiable forms by the traditional doctrines of Administrative Law and Economic Law, with strong state influence on the decisions of large private companies. It has become feasible through the acquisition of such companies' shares by using BNDESPar and pension funds of state-run companies. The case of the merger of *Perdigão* with *Sadia* for the creation of *Brasil Foods*, which shows these new intervention modalities, is investigated.

Keywords: Economic Law, Administrative Law, State Intervention, Economy, BNDES, Pension Funds, Merger, Brasil Foods.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social

BNDESPar – BNDES Participações

BRF – Brasil Foods

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

cf. – conforme

CF – Constituição Federal

ed. – Edição

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador

FMI – Fundo Monetário Internacional

n. – número

OMC – Organização Mundial do Comércio

p. – página

TCD – Termo de Compromisso de Desempenho

v. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
METODOLOGIA E DESENVOLVIMENTO	3
1 HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	5
1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS GERAIS	5
1.2 INTERVENÇÃO NO BRASIL	12
2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988: DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO PARA A LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA	13
3 POLÍTICA, ECONOMIA E DIREITO ECONÔMICO	15
3.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN – UM OLHAR SOB A ÓTICA DO PROFESSOR CELSO CAMPILONGO	19
4 FORMAS DE INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO: COMPARATIVO ENTRE DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA E ECONÔMICA	22
4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS	26
5 NOVOS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A UTILIZAÇÃO DO BNDESPAR E DE FUNDOS DE PENSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO POLÍTICO/ECONÔMICO EM FUSÕES	28
5.1 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DO FENÔMENO CONCENTRACIONISTA MODERNO	29
5.2 NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: O BNDES E O BNDESPAR	29
5.3 OS FUNDOS DE PENSÃO DOS FUNCIONÁRIOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS	35
5.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFLUÊNCIA DO GOVERNO NAS EMPRESAS PRIVADAS MEDIANTE O USO DE FUNDOS DE PENSÃO	41
5.5 CASO BRFOODS	43
6 UMA PROPOSTA TEÓRICA DO SENTIDO DE INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO PARA O DIREITO ECONÔMICO	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	51

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA – A PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DO BNDES E DOS FUNDOS DE PENSÃO DE ESTATAIS PARA A CRIAÇÃO DA BRFOODS

INTRODUÇÃO

Quais os limites da intervenção do Estado brasileiro na economia? A resposta a essa pergunta depende claramente de uma definição do que seja “intervenção estatal”.

Geralmente, o tema da intervenção estatal no domínio econômico é estudado a partir de uma perspectiva do Direito Administrativo, do qual, um dia, derivou o Direito Econômico. É uma abordagem fundada nos artigos da Constituição Federal de 1988 e que expressa uma análise sobre a intervenção direta e indireta do Estado, destacando o papel das sociedades de economia mista, empresas públicas e agências reguladoras. Privilegia o aspecto dos atos administrativos que geram interferência nas escolhas econômicas dos administrados em geral, e não sobre os agentes econômicos especificamente. Ademais disso, tem uma forte preocupação com os serviços públicos, o que não é o foco mais específico do Direito Econômico.

Observa-se que há outras formas de o Estado intervir nas escolhas dos agentes econômicos, como, por exemplo, quando se utiliza dos tributos extrafiscais com o fito de induzir ou estimular condutas no mercado, como também quando compra grandes proporções de ações de grandes empresas privadas (e internacionalizadas) por meio dos fundos de pensão de servidores de empresas públicas. Estes fundos de pensão, embora inicialmente não representem a personificação do Estado, têm grande influência do Poder Executivo nos seus órgãos decisórios, que apontam o destino último dos valores sob sua custódia. Exemplo disso ocorreu na decisão – fortemente influenciada pela participação do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e dos fundos de pensão (Previ, dos

funcionários do Banco do Brasil SA, e Petros, da Petróleo Brasileiro SA) – pela criação da Brasil Foods (BRF), atualmente a maior exportadora de carne do mundo.

Desse modo, vê-se que cada vez mais o Estado se utiliza de mecanismos heterodoxos de interferência na ordem econômica para impor ou sugerir suas pretensões aos setores sociais, incluindo os agentes econômicos, lançando mão do “braço de investimento” do BNDES, e não do seu “braço de crédito”, o mais tradicional desses mecanismos de intervenção, e manejando seu poder decisório em fundos de pensão de empresas estatais para interferir no mercado de capitais.

Para situações como essa, a delimitação e classificação da intervenção e regulação apresentadas pelo Direito Administrativo são insuficientes para compreender sua amplitude, na seara das relações econômicas com as quais se preocupa o Direito Econômico.

Além dessa insuficiência, os termos intervenção, regulação e concorrência muitas vezes são tomados como sinônimos por doutrinadores do Direito Administrativo ou do Direito Econômico, havendo certa imprecisão terminológica que pode dificultar ainda mais o enquadramento de determinados fenômenos da atuação estatal na economia. Como exemplo, tem-se que “intervenção” pode significar (i) poder de polícia, atuação normativa, fiscalização, planejamento e concessão de subsídios estatais (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.783; MARTINS, 2006, p.353-354); (ii) atuação em domínio alheio (GRAU, 2010, p.146; BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.783; TAVARES, 2006b, p.177; NOGUEIRA, 2005, p.215; FRAÇA, 2009, p.54-55; RAMOS FILHO, 2009, p.65; ABREU, 2008, p.82-83), ou ainda (iii) limitação normativa e participação direta do Estado como agente econômico (NOGUEIRA, 2005, p.229).

Semelhantemente, o termo “regulação” pode ter significados variados, como (i) atuação normativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.783; ALMEIDA, 2006, p.137; PEREZ, 2006, p.149); (ii) instrumento implementador de políticas do governo e garantidor da realização dos valores econômicos e sociais (JUSTEN FILHO, 2008, p.532); (iii) garantia ativa das mínimas condições de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2001, p.41; NESTER, 2006, p.64); (iv) poder de polícia e atuação empresarial do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.783); (v) imposição normativa de determinações a respeito do desenvolvimento das atividades econômicas visando ao interesse público (TAVARES, 2006b, p.181); (vi) planejamento, fomento e fiscalização (ALMEIDA, 2006, p.137); (vii) limitação da liberdade

dos agentes econômicos (MARTINS, 2006, p.355), e (viii) subespécie de intervenção indireta diretiva setorial (NOGUEIRA, 2005, p.248).

Por fim, nota-se que a “concorrência” também apresenta significados diversos, podendo ser entendida como (i) proteção dos interesses dos agentes do mercado e do interesse institucional da ordem concorrencial (SALOMÃO FILHO, 2007, p.61); (ii) espécie de intervenção indireta diretiva geral (NOGUEIRA, 2005, p.247-248), e (iii) meio adequado para a obtenção dos objetivos de interesse público eleitos pelo Estado Democrático de Direito (NESTER, 2006, p.64).

A polissemia emprestada pela doutrina a esses instrumentos do Direito Econômico generaliza situações, retirando do pesquisador a clareza necessária à análise do objeto de estudo. Essa polissemia mantém-se na novel doutrina do Direito Administrativo Econômico, que também não alcançou consenso na consolidação da semântica jurídica a ser aplicada para intervenção, regulação e concorrência.

Desse modo, a contribuição que se pretende apresentar neste trabalho é uma proposta, sob o enfoque do Direito Econômico, de delimitação para a intervenção do Estado na economia, diferenciando-a de regulação e de concorrência, que ajude a um enquadramento da participação acionária do BNDES e da utilização de fundos de pensão pelo governo para a consecução de objetivos e metas do Estado.

METODOLOGIA E DESENVOLVIMENTO

Tal objetivo é buscado mediante o levantamento bibliográfico de doutrinas administrativistas e econômicas e o estudo de caso. Com a análise do processo de fusão das empresas Sadia e Perdigão, o trabalho trata de questões amplas como a relação entre Direito, Economia e Política, a alta concentração do mercado e a regulação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o problema da utilização do orçamento público para fins particulares.

O trabalho se divide em 6 capítulos.

O Capítulo 1 traz um histórico da intervenção estatal na economia. Lembra o fato de que esse fenômeno não é recente – pelo contrário, tem raízes nos tempos antigos, sendo

posteriormente desenvolvido, principalmente, com o mercantilismo e o advento do Estado Moderno. Mostra também o movimento pendular pelo qual oscila a intervenção, que ora mostra-se mais intensa, ora menos. Relembra, ainda, algumas medidas intervencionistas na economia brasileira, de 1500 aos dias atuais.

O Capítulo 2, por sua vez, aborda a Constituição Econômica de 1988 e o impacto sobre a livre iniciativa e livre concorrência gerado por suas normas. Observa-se que há casos em que o Estado está autorizado a intervir na economia, o que aparentemente conflita com as liberdades econômicas. No entanto, após um olhar mais atento, fica evidente que não há conflito real.

Já no Capítulo 3, está um breve estudo da relação existente entre Direito, Economia e Política, com destaque para a teoria dos sistemas de Luhmann, segundo a qual estes três seriam sistemas parciais da sociedade e que se comunicam entre si por estarem acoplados estruturalmente. Contudo, possuem linguagens distintas, e a mensagem de um sistema parcial passa por um processo interno no outro e provoca uma reação (fechamento operacional) de acordo com o código e os programas de operação próprios. Isso mostra que um comando normativo pode ter um efeito diferente do planejado após ser “interpretado” por outro sistema e que há outras formas de intervenção no domínio econômico.

O Capítulo 4 faz uma comparação entre as doutrinas administrativistas e econômicas no que se refere aos institutos da intervenção, regulação e concorrência, e a insuficiência das classificações existentes quanto à atuação estatal mediante a utilização dos fundos de pensão de empresas públicas em setores econômicos privados.

O Capítulo 5 aborda a questão dos novos mecanismos de intervenção do Estado na economia, analisando o modo como ocorre a utilização do BNDESpar e dos fundos de pensão das estatais como instrumento político e econômico nas fusões de grandes empresas, especialmente as ocorridas segundo o interesse do Estado em criar “multinacionais verde-amarelas”, como foi o caso da criação da BRF, que se tornou a maior processadora de carne de frango, a maior empresa de alimentos industrializados e a maior empregadora privada do país. Alguns questionamentos são levantados, como: o investimento em uma empresa de alimentos de fato interessa ao contribuinte brasileiro? E a utilização desses recursos para a formação de um conglomerado com poder econômico é correta?

O Capítulo 6 traz proposta teórica para uma nova classificação dos institutos da intervenção e regulação, de acordo com o Direito Econômico e a inclusão das novas modalidades praticadas pelo governo.

Finalmente, como se verá no Capítulo da Conclusão, reconheceu-se, após o levantamento doutrinário e a análise da fusão das empresas Sadia e Perdigão, que as práticas do uso determinante de recursos do BNDESpar e dos fundos de pensão das empresas públicas governamentais para realizar operações no mercado de capitais não são classificáveis nos modelos tradicionais. Além disso, coloca-se, com esta pesquisa, um novo desafio a ser estudado e sistematizado, o de observar as novas práticas interventivas do governo que aparentemente aproximam-se da linha divisória entre intervenção legalmente autorizada e o desvio de finalidade no uso de dotações orçamentárias, ou na gestão de patrimônio que não lhe é disponível, o que pode gerar incompatibilidades em face do modelo republicano e das limitações impositivas à Administração Pública pelo regime democrático.

1 HISTÓRICO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS GERAIS

A intervenção do Estado no domínio econômico não nasce com o liberalismo econômico. Desde os tempos antigos, tem-se notícia de que os governantes já adotavam processos de política econômica no mercado. Essas medidas apenas se intensificaram e adquiriram características próprias ao longo da história econômica, culminando com um modelo peculiar no regime capitalista.

Há relatos históricos sobre a atuação do Estado na economia durante a Idade Antiga. Nos impérios grego e romano, a intervenção estatal ocupava-se do tema dos monopólios. O monopólio poderia ser estatal¹ ou particular². Em Roma, o Senado teria editado normas com punição severa (inclusive pena de morte) para aqueles que não obedecessem às regras de monopólio (FORGIONI, 2010).

¹ Como o monopólio do chumbo na cidade de Atenas e o do sal em Roma, por exemplo (FORGIONI, 2010, p.40 e 42).

² Às vezes, eram estimulados pelo próprio Estado, principalmente em setores estratégicos de países conquistados (FORGIONI, 2010, p.42).

Já na Idade Média, como lembra Saddy (2009, p.62), a intervenção era realizada principalmente mediante técnicas patrimoniais referentes ao direito de propriedade. Intensificou-se, mais tarde, com o surgimento das corporações de ofício, uma vez que o Estado controlava o processo produtivo.

Com o advento do Estado Moderno (absolutista), as intervenções estatais na economia se intensificaram por meio do modo de produção mercantilista, caracterizado por uma política de acumulação de metais preciosos, maximização do emprego, promoção de riqueza e bem-estar nacionais, estabelecimento de balança comercial favorável, proteção da indústria nacional e acréscimo do poder estatal. Britto Filho (2011, p.37-38) lembra que tais políticas não foram implantadas em igual medida em todos os Estados. Como exemplo disso, verifica-se que, enquanto Espanha e França priorizaram a acumulação de metais preciosos, a Inglaterra deu mais importância à manutenção da balança comercial favorável, instituindo, para tanto, os Atos de Navegação em 1615³, revogados apenas em 1849. Em ambos os casos, a intervenção continuou forte, sendo o Estado um importante incentivador da I Revolução Industrial, conferindo grande estímulo à ordenação das atividades dos agentes econômicos.

Ao serem lançadas as primeiras sementes da doutrina liberal, temos um ambiente político e econômico de transição onde se mitigam as limitações impostas sucessivamente pelos poderes feudal e monárquico, recorrentes desde o século XV e que muitas vezes prejudicavam as relações comerciais com países que já adotavam políticas liberalizadoras⁴. Quando se estabelecem os cânones da doutrina liberal (garantia da propriedade e da tributação exclusiva via parlamento) e seus princípios se consolidam – com a chamada “Era das Revoluções” do século XIX – no campo filosófico, o homem passou a se encarar “como senhor de seu destino e construtor de sua felicidade na terra, sem que o soberano, o Estado, a Igreja ou organizações diversas a que estivesse compulsoriamente atado viessem a lhe determinar o caminho a seguir” (NUSDEO, 2010, p.124). Germinado o liberalismo, germinam também os primeiros Estados democráticos.

Mais tarde, com o movimento constitucionalista e de codificação do direito privado nos países de tradição romano-germânica, foi reconhecido o maior dos limites à atuação estatal na esfera privada: o princípio da legalidade, segundo o qual tanto governados quanto

³ Restrições legais ao uso de embarcações no comércio realizado com o Império Britânico.

⁴ Britto Filho (2011, p.40) traz o exemplo dos Países Baixos, cujas embarcações eram mais eficientes e com tecnologia mais avançada do que as britânicas, obtendo vantagens concorrenciais sobre estas.

governantes deveriam submeter-se à lei e à mais importante doutrina contemporânea para a garantia da legalidade e das Constituições, o positivismo jurídico. Esse acontecimento diminuiu o âmbito de atuação estatal, criando o chamado Estado mínimo⁵, e assegurou as liberdades individuais (com destaque para as de natureza econômica) ao erguer uma proteção aos direitos positivados dos cidadãos. Desse modo, o Direito Econômico passou a ser “fundamentalmente um direito da organização dos mercados destinado a aperfeiçoar a sua operacionalidade”, desempenhando o limitado papel de “corretor das principais disfunções ou inoperacionalidades do mercado” (NUSDEO, 2010, p.212-213), segundo o entendimento de Fábio Nusdeo, do qual discordamos parcialmente como justificaremos mais a frente.

Embora tenham sido colocados limites à atuação do Estado, a liberdade absoluta dos particulares nos domínios da economia nunca foi integralmente exercida, nem mesmo no século XVIII, quando o Estado Liberal emergia, com toda a sua força, da Revolução Francesa e da Revolução Industrial inglesa. (ROSSETTI, 1980 *apud* TAVARES, 2006a, p.47).

Em contraposição ao modelo liberal clássico de limitação à atuação do Estado, surge o modelo socialista, proposto pela Revolução Russa de 1917, como passo anterior e necessário à consolidação do comunismo. Em seguida, ocorre uma grave crise cíclica do capitalismo denominada *crash* da Bolsa de Nova York em 1929. A questão social tornou-se o centro da discussão e propunha-se uma análise crítica do papel do Estado nas questões de caráter social. Os Estados capitalistas – ao modo do que ocorrera no México e no Brasil na década de 1990 e que se propõe hoje para a solução da crise que se arrasta desde 2008 – reagiram adotando pacotes de medidas regulatórias com forte caráter intervencionista, porque entenderam que a liberdade absoluta de atuação dos agentes econômicos não conferiria uma situação ótima para o mercado, o qual pode apresentar falhas, imperfeições ou inoperacionalidades tais como⁶:

- 1. Falha de mobilidade (rigidez de fatores)** – rigidez de ordem física, operacional, institucional e psicológica (como os hábitos de consumo da população).

⁵ “Procurava-se, em suma, ante a impossibilidade da completa separação dos planos de decisão, econômico e político, fazer com que as intersecções entre ambos fossem reduzidas a áreas restritas e de localização muito específica, nomeadamente aquelas com relação às quais o mecanismo de mercado se revelasse decididamente inoperante. A isso passou a chamar-se posteriormente de *o Estado mínimo*, que não deveria, em nenhuma hipótese, confundir-se com *Estado fraco*” (NUSDEO, 1993, p.12).

⁶ Cf. NUSDEO, 2010, p.138-170.

2. **Falha de transparência (restrição ao acesso às informações relevantes)** – agentes econômicos não têm acesso a todas as informações relativas ao mercado e às características dos produtos negociados.
3. **Falha de estrutura (concentração econômica)** – há disfunção do mercado quando o número de compradores e vendedores apresenta grande desequilíbrio e não existe entre eles total interação (ex: casos de concentração). As decisões econômicas passam a ser tomadas de acordo com os interesses de umas poucas unidades dotadas de grande poder econômico, inibindo os mecanismos de decisão e controle do mercado.
4. **Falha de sinalização (externalidades)** – custos (externalidades negativas) e benefícios (externalidades positivas) que circulam externamente ao mercado e não são compensados por este. O papel do direito é tentar fazer com que os custos e benefícios incidam sobre a própria unidade que os gerou, ou impedir que sejam gerados.
5. **Falha de incentivo (quanto aos bens coletivos)** – a economia de mercado tem tendência de produzir um número muito maior de bens exclusivos do que de bens coletivos. A falta de incentivo à produção de bens coletivos pode inibir ou reduzir a otimização da aplicação de recursos.
6. **Falha analítica e institucional (custos de transação)** – “transação” aqui entendida no sentido de operação, contratação. São custos que decorrem do funcionamento das instituições que conferem estabilidade, previsibilidade e segurança nas relações entre os agentes.

Essas limitações não levaram à extinção do mercado (no sentido de sistema autônomo, muito adotado sob o ponto de vista liberal), mas ao acoplamento, junto a ele, de outro centro decisório, de ordem política, cujo objetivo primordial seria, no entendimento de alguns, o de suprir as inoperacionalidades e garantir a realização de determinadas metas ambicionadas pela sociedade por meio da aplicação da política econômica. Tal centro decisório veio a ser o Estado⁷, pois

A prevalência de um *hiato funcional* entre o objetivo de maximização do bem-estar social – considerado como a

⁷ Cf. NUSDEO, 1993, p.17.

potencialização das utilidades individuais geradoras de aumento da riqueza global da sociedade – e a capacidade do mercado de responder a essa desiderato é notada com o questionamento dos princípios basilares do sistema da economia clássica identificados com o Estado liberal, bem como com o posterior desenvolvimento da capacidade interventiva e regulatória do Estado. (CARVALHO, 2010, p.22)

Nesse sentido, Lucia Del Picchia (*in* SCHAPIRO, 2010, p.334) afirma que, enquanto os cidadãos passaram a se organizar em associações e sindicatos a fim de reivindicarem direitos sociais, os quais dependem da atuação positiva do Estado para a sua concretização, também passaram a aceitar a ideia de que o mercado necessita de investimentos, de uma intervenção estatal ordenadora para o seu bom funcionamento. Isso altera a percepção do papel do Estado e da lei⁸, a qual não mais deve proteger apenas o indivíduo e garantir o livre mercado, mas também responder às novas demandas sociais e fazer do Estado o agente principal de sua plena realização.

Assim, para os adeptos desse ponto de vista, para cada falha do mercado, o Estado deveria reagir criando normas legais ou regulamentares. A presença do Estado e seu aparelho controlador no domínio econômico se mostraria imprescindível para tentar corrigir, atenuar ou impedir que ocorressem tais problemas, o que fez com que, na transição do século XIX para o século XX, houvesse grande produção legislativa com o escopo de formalizar as competências estatais da intervenção econômica. Nas palavras de Nusdeo (1993, p.33), a “*mão invisível* de Smith passou crescentemente a ser substituída pela mão visibilíssima da lei, do regulamento, das normas geradas no interior dos órgãos burocráticos.” Desse modo,

Se, de um lado, por meio do Estado, criou-se um padrão institucional de mercado autorregulável e autônomo, fazendo da busca da realização do interesse pelo lucro o elemento estabilizador das relações econômicas, de outro, o Estado foi o instrumento que a sociedade encontrou para realizar a intervenção política de proteção contra os efeitos do mercado autorregulado. E essa intervenção política, apesar de preservar o próprio capitalismo como modo de produção, desenvolveu uma série de instrumentos capazes de aproximar a política da economia, aumentando a regulação. (CARVALHO, 2010, p.27)

⁸ Del Picchia (2010, p.342) ainda observa que “a nova realidade do Estado Social [...] harmoniza-se com a revisão também da ideia de lei. A lei deixou de servir às garantias de liberdades individuais, limitando o Estado. Foi preciso adaptar a legalidade para que o Estado pudesse cumprir o seu novo papel. Tendo o Estado sua função revista, necessariamente a lei, enquanto instrumento de mediação entre o Estado e a sociedade, deveria ter sua definição ajustada. A doutrina da distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal vem a contribuir nesse ponto, ainda que tenha sido formulada em tempos de Estado Liberal. Na verdade, passou-se a reconhecer as novas fontes de normas reguladoras das situações sociais força vinculante, integrando-se ao ordenamento.”

Seguindo essa lógica, uma vez aberta a oportunidade de sua entrada no sistema, o Estado passou a assumir, gradualmente, outro papel, impondo, além das condições de superação das limitações anteriormente citadas, o cumprimento de finalidades de política econômica, que determina distorções, alterações, interferências no funcionamento do mercado para que se produzam resultados de acordo com as metas do governo ao invés de resultados espontâneos ou naturais^{9,10}.

No período em que Estado Social se consolidou, uma vez que o número de atribuições acolhidas por ele aumentou, passou-se então a incentivar cada vez mais as políticas públicas positivas de caráter econômico e social¹¹, transformando-se, portanto, em agente fomentador de prestações positivas com o objetivo de promover o desenvolvimento sócio-econômico. O marco legal mais importante dessa transição é a constituição econômica, geralmente referida como sendo inaugurada pela efêmera Constituição do México de 1917 e consolidada pela Constituição de Weimar de 1919.

A partir de então, a intervenção estatal na economia aumentou expressivamente, chegando a atingir seu clímax durante as três décadas seguintes à II Guerra Mundial. Isso se deu porque, além da queda da bolsa de 1929, a destruição gerada pelos dois pós-guerras fez com que os Estados repensassem o seu papel diante das necessidades sociais, reconhecendo a importância do desenvolvimento de todos os agentes econômicos, inclusive os da classe trabalhadora. Aqui, se instalou um período fértil para a criação e multiplicações de organizações internacionais, como centros “independentes” de poder.

O Estado Social, contudo, revelou-se altamente custoso e passou a ser criticado e repensado com vistas a um modelo menos interventivo na ordem econômica. Isso fez com que sua postura passasse a variar num movimento pendular entre a mínima e a máxima intervenção.

Esse movimento de “fluxo e refluxo de posições” é impulsionado pela rotatividade dos partidos políticos no poder e seus respectivos programas, tendências e ideários, e deve ser visto como saudável, uma vez que permite a correção dos excessos das diferentes posições e

⁹ Cf. NUSDEO, 1993, p.25.

¹⁰ Cf. NUSDEO, 1993, p.25.

¹¹ “O Estado passou a direcionar, através das normas jurídicas, um conjunto de princípios sócio-econômicos que nortearam as políticas públicas de cunho social e protetivo, alcançando a todos os indivíduos. Foi um passo decisivo na afirmação da cidadania que o mercado não poderia atender sem ferir a lógica interna que preside o sistema capitalista” (RAVA, 2006, p.38).

estimula a criatividade na busca de soluções engenhosas e pragmáticas para os problemas econômicos (NUSDEO, 2010, p.211).

A partir de então, a questão passou a ser a de formatar um modelo de Estado no qual se resolvam os problemas derivados das crises capitalistas cíclicas, da ineficiência da prestação de serviços públicos, e que, ao mesmo tempo, possa se adaptar à nova realidade da globalização, que impõe uma nova ordem social com limitações nas fontes de receitas públicas. Nesse quadro histórico, ressurgem alguns pressupostos do liberalismo nas práticas de gestão dos Estados, as quais são rapidamente referidas como neoliberais ou meramente reguladoras.

Nos dias atuais, após a crise financeira que tem seus efeitos visíveis desde 2008 e tem fortes raízes nas economias europeias e norte-americana, os Estados, ainda que com linhagem histórica liberal, têm aplicado instrumentos de intervenção mais significativos em áreas consideradas estratégicas para a manutenção da estabilidade de sua economia. Ademais disso, em todas as reuniões de chefes de Estado que vêm ocorrendo, repete-se a necessidade de aplicação da fórmula amarga, tão conhecida do povo brasileiro na década de 1990: ajuste fiscal, diminuição da atuação direta do Estado em projetos sociais e econômicos; aumento do poder regulatório Estatal e aumento da carga tributária.

Hoje, dificilmente conseguiríamos classificar um país em categorias estanques como liberal ou como social ou, ainda, como interventor puro¹². A dinâmica das relações econômicas internacionais não permite tal posicionamento, principalmente após a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), na década de 1990. De qualquer modo, o sistema desses Estados pode ser chamado de *dual* ou *misto*, uma vez em que há, claramente, dois setores com iniciativa econômica: o setor privado e o setor público. Conforme ressalta Fábio Nusdeo (1993, p.20), “ambos tomam decisões econômicas no sentido de se referirem, direta ou indiretamente, ao emprego de recursos escassos. Porém o fazem sob duas ordens aparentemente diversas de motivações e de princípios”.

Lembra ainda o Ilustre Mestre das Arcadas que “a questão relativa ao ‘*quanto de Estado*’ [é] insuscetível de resposta científica. [...] trata-se de uma opção política da sociedade

¹² Tavares (2003, p.19) classifica como *desenvolvimentistas* os Estados que ora adotam medidas liberais, ora, de intervenção, afirmando que “, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder servir como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento [do cidadão e de seus direitos fundamentais].”

e ela tenderá a combinar as parcelas de Estado e mercado nas proporções que se lhe afigurarem desejáveis” (NUSDEO, 2010, p.215). Dessa forma, o desafio que os países encontram hoje é o de determinar o “quanto de Estado” querem adotar. Deverão fazê-lo considerando o dilema da inserção social de populações excluídas ou em situação de risco *versus* capacidade financeira dos Estados e liberdade dos agentes econômicos. Com os problemas de ordem ambiental que pululam em todo planeta, os Estados deverão considerar também a sustentabilidade e o ecossistema como ponto fulcral em sua opção interventiva.

1.2 INTERVENÇÃO NO BRASIL

Desde 1500, com seu descobrimento pelas nações hegemônicas, há, no Brasil, medidas de intervenção do Estado na economia. No entanto, foi somente no século XX que a intervenção, na sua forma atual, passou a ser instrumentalizada com maior intensidade (AGUILLAR, 2009, p.16).

Isso se explica porque, até 1920, acreditava-se que o desenvolvimento econômico era “uma questão de tempo” (VELLOSO, 2009, p.219), um movimento, quase “natural”, que não exigia muita ação por parte do Estado. Nas décadas de 1930 e 1940, adotou-se o posicionamento estruturalista Cepalino, segundo o qual o desenvolvimento econômico da sociedade dependeria de sua estrutura e, portanto, da atuação estatal direta. O Estado foi chamado a intervir para corrigir os problemas do mercado, proteger o comércio e conceder subsídios para as indústrias, além de assenhorear-se da condução de determinados setores da economia com alto custo de investimento – isso tudo devido ao modelo de economia fechada e de substituição de importações adotado pelo governo brasileiro.

Na década de 1990, com os problemas estruturais de dívida pública interna e externa, altos índices de inflação e de desvalorização da moeda, após uma sequência malsucedida de planos econômicos, o Estado brasileiro optou por aderir a um processo de reestruturação, dentro da linha de pensamento econômico recomendada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) para os países com alto grau de dívida soberana, algo similar com o que acaba de ocorrer com as dívidas soberanas da Grécia, Irlanda, Portugal, Itália e Espanha. Adota-se uma postura de rigor fiscal com alto custo social, em nome de se alcançar a estabilidade econômica que conferiria capacidade produtiva para gerar as riquezas necessárias à manutenção do país.

Esse período caracterizou-se pelo afastamento do Estado de certos setores da economia, fenômeno apontado na doutrina como “desestatização” e como “privatização”.

Após o Consenso de Washington¹³, o Brasil aprovou um pacote de medidas para diminuir o grau de participação direta do Estado nas atividades econômicas. Fez reformas estruturais, estabilizou a moeda, quebrou monopólios e aumentou a concorrência. Com a chamada Reforma do Estado ou Reforma Administrativa, estimulou a produtividade e a competitividade.

Desse modo, no que diz respeito às fases do Estado brasileiro, tivemos, até os anos 1930, o Estado liberal clássico; o social/interventor manifestou-se predominantemente de 1930 a 1970, quando, no campo regulatório, passou a controlar os preços, a indústria nacional, a importação de bens e serviços, o mercado financeiro, os juros, a taxa de conversão do câmbio, o mercado de seguros, dentre outros; após o período denominado “década perdida” (anos 1980), reestruturou-se a partir do renascimento das ideias liberais e hoje parece tender a um modelo no qual mantém os cânones da regulação, seguindo uma linha liberal, ao mesmo tempo em que dispende vultoso gasto público à guisa de previdência e redistribuição de renda em programas sociais com alto impacto no orçamento público. Como já referido no tópico anterior, o Brasil também não pode ser classificado em categorias opostas e estanques, já que mescla instrumentos econômicos tanto do Estado Liberal, quanto do Estado Social.

De qualquer forma, o aumento da incidência de políticas públicas implementadas pelo governo nas últimas duas décadas decorreu de decisões políticas e foi possível, em seu aspecto jurídico, devido ao caráter programático-dirigente implementado pela Constituição Federal vigente.

2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988: DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO PARA A LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

José Joaquim Gomes Canotilho define como normas “programáticas” as que traçam *linhas diretoras* (metas) para a concretização, pelos poderes públicos, de políticas públicas

¹³ Conjunto de regras que constituíram a política do Fundo Monetário Internacional para a década de 1990 e cujo objetivo seria o de promover a integração da economia dos países latino-americanos em desenvolvimento à economia mundial.

que apresentem três atributos: liberdade política, justiça social¹⁴ e eficiência econômica. Classifica como “dirigentes” aquelas que *consagram direitos* e, concomitantemente, *impõem um dever jurídico-constitucional* no sentido de dar *concretização* a esses direitos, como é o caso dos tratados internacionais instituidores da União Europeia, em que há normas expressas consagrando o dever do legislador interno de transformar as diretivas comunitárias em disposições legislativas, regulamentares e administrativas internas. Tanto umas como as outras são dotadas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade (informação verbal)¹⁵.

Quando o Professor Manuel Ferreira Filho, analisa o pensamento deste respeitado jurista português, afirma que a constituição é um “programa de conformação da sociedade”, um *dever-ser* que dirige a ação estatal para um objetivo político que se encontra acima da direção política contingente do governo e que transforma a sociedade. A noção de dirigismo constitucional encontra-se fortemente presente no Estado do Bem-Estar Social, o que implica alto grau de intervenção estatal¹⁶. Há, no entanto, um custo para que as medidas interventivas sejam concretizadas, que é pago pelos agentes econômicos. Por essa razão uma constituição do Bem-Estar Social gera também uma constituição econômica. Ambas, portanto, desenvolveram-se praticamente ao mesmo tempo, dada sua interdependência. (FERREIRA FILHO, 2007, p.93-94)

A constituição econômica a que nos referimos abrange, na realidade, um conjunto de normas cujo escopo é o de controlar a atuação dos agentes no domínio econômico (FERREIRA FILHO, 1990, p. 6). A ordem econômica, por sua vez, é muito mais abrangente, e pode ser entendida como um conjunto de finalidades, regras e princípios¹⁷ em que, a livre iniciativa e a livre concorrência refletem, em síntese, “o *programa econômico* destinado a

¹⁴ “Subjacente [às constituições programa], existe a consciência de as garantias e liberdades oferecidas no período clássico-liberal, caracterizadoras do Estado de Direito, carecerem de sentido e de viabilidade em sociedades nas quais não se tivesse conseguido assegurar padrões mínimos de existência e de atendimento das necessidades elementares aos seus membros, com algum grau de redução de disparidades sociais.” (NUSDEO, 2010, p.204)

¹⁵ Informação fornecida por Canotilho durante a palestra “Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente”, feita, à convite da Associação de Estudantes XI de Agosto, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 21 de Setembro de 1998. Transcrita em aula preparada pelo autor.

¹⁶ O pressuposto teórico a partir do qual esse estudo é construído tem como referência a ideia de que a intervenção deve ser compreendida como um gênero, do qual serão espécies a regulação e a concorrência, o que se verá de forma mais detida nos itens subsequentes deste estudo.

¹⁷ “Os princípios assumem força normativo-constitucional, superando definitivamente a ideia de constituição como mero ‘instrumento de governo’ (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição-dirigente.” (BERCOVICI, 1999, p.45).

dirigir e a coordenar as atividades econômicas, públicas e privadas para a realização (...) dos fins constitucionalmente previstos” (CARVALHOSA, 1973, p.16, grifos do autor).

Observa-se, portanto, que o Estado está autorizado a intervir na economia para, por exemplo, tentar coibir abusos do poder econômico, tais como dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (ABREU, 2008), e para implementar políticas públicas que visem tanto à manutenção quanto à condução do sistema (FORGIONI, 2010, p.39). Nesse processo, a livre iniciativa¹⁸ e a livre concorrência¹⁹ serão, inevitavelmente, afetadas.

Em sua ação intervencionista, o Estado acaba por atingir a liberdade dos agentes econômicos, o que poderia ser visto como uma lesão aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Contudo, isso não passa de mero conflito aparente, uma vez que nenhuma liberdade é absoluta no contexto da Constituição.

3 POLÍTICA, ECONOMIA E DIREITO ECONÔMICO

Lançando um olhar mais detido sobre o modo como o direito – em especial, o Direito Econômico –, a política e a economia se relacionam, é de se notar que a ação intervencionista do Estado nesta última, autorizada pela Constituição, é guiada por objetivos nitidamente políticos e econômicos. Dentre eles, Nusdeo (2010) destaca: (a) *progresso econômico*, uma vez que o desenvolvimento estaria atrelado à ideia de aumento da capacidade produtiva ao longo do tempo; (b) *estabilidade econômica*, ou seja, o ideal de ausência de flutuações do nível de renda e emprego mediante a aplicação de uma política anticíclica; (c) *justiça econômica*, que traz consigo, por exemplo, a preocupação com a redistribuição de renda como forma de repartir com justiça os ganhos gerados pelo progresso econômico, e (d) *liberdade econômica*, que, basicamente, se resume à liberdade de iniciativa e de concorrência.

Além disso, o Professor Nusdeo lembra que os objetivos da política econômica podem ser divididos em *ativos* e *restritivos*. Os primeiros tratam de “um novo padrão de desempenho que se deseja introduzir ou desenvolver no sistema econômico”, enquanto que os

¹⁸ “Liberdade garantida aos agentes econômicos de manejarem, nos limites constitucionalmente garantidos, os instrumentos econômicos disponíveis em busca dos fins inerentes a uma sociedade de base capitalista” (ABREU, 2008, p.74).

¹⁹ “Possibilidade de conquistar faixas de mercado da forma que for mais conveniente, sempre tendo em vista os limites legais” (BALTAZAR, 2007, p. 276).

segundos têm por alvo a “manutenção de determinados pontos de equilíbrio que não podem ser rompidos, sob pena de se destruírem as condições básicas para o próprio funcionamento harmonioso do sistema” (NUSDEO, 2010, p.183), como, por exemplo, a estabilidade econômica, que seria o resultado da soma da estabilidade monetária com o pleno emprego, o equilíbrio na balança de pagamentos e até mesmo o equilíbrio ecológico. Considerando sua natureza, os objetivos *ativos* são os mais enfatizados devido ao maior retorno *político* que proporcionam.

O sistema econômico, no entanto, apresenta diversas imperfeições e vulnerabilidades decorrentes do comportamento muitas vezes incompatível dos setores público e privado e da reação deste às medidas de política econômica daquele. Nusdeo (2010) destaca como principais problemas do sistema econômico: (a) a existência de *princípios motores diversos*, que, segundo o conceito de *autopoiese*²⁰, significa que “O Direito como sistema instrumental da Política não conseguirá impor à Economia de base hedonista padrões exógenos a ela, mas apenas injetar-lhe estímulos para serem processados endogenamente segundo a sua mecânica característica” (p.218); (b) a *juridificação*, como a exagerada multiplicação de normas legais e regulamentares dispersas e desconexas, dificilmente absorvíveis pelo mercado, quando não rejeitadas por ele; (c) a *captura* dos reguladores pelos regulados, fazendo com que os primeiros se amoldem aos interesses dos segundos; (d) os *interesses próprios dos reguladores*, ou, em outras palavras, os objetivos *parasitas*, que podem minar o cumprimento dos objetivos *oficiais*; (e) a existência de *grupos de pressão*, *grupos de interesse* ou *‘lobbies’* no processo legislativo; (f) o *poder da burocracia*, que pode levar a resultados não totalmente legítimos, pois

“Como tem sido frequentemente observado, na prática, mesmo quando a decisão é tipicamente política, isto é, tomada por um corpo de representantes eleitos, a agenda de apreciação e votação é previamente preparada pela burocracia, o que dá a esta última um poder decisivo em certas situações, poder esse que não deve ser negligenciado” (NUSDEO, 2010, p.220)

Dependendo do modelo de mercado adotado, há, além dessas imperfeições, outras que lhe são intrínsecas. Nusdeo (2010) afirma que existem cinco tipos de mercado que se destacam, embora não haja entre eles nenhum tipo de limite bem definido. O primeiro deles é o regime ideal da *concorrência perfeita*, caracterizado, basicamente, (a) pelo grande número

²⁰ Analisada no item 3.1.

de compradores e vendedores, sem que nenhum deles consiga influenciar significativamente as condições de compra e venda; (b) pela homogeneidade dos produtos negociados no mercado; (c) por sua atomização; (d) pela total mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, e (e) pelo amplo acesso às informações relevantes. Aparentemente, esse modelo não apresentaria nenhuma limitação própria. O segundo é o da *concorrência imperfeita*, na qual o mercado já se apresenta segmentado e é possível sentir a influência de determinados agentes econômicos em cada um dos setores. Isso pode gerar o problema de uma *concorrência monopolística*, ou seja, a quase extinção da competitividade dentro de um segmento. Já o terceiro tipo é o *oligopólio*, um regime volátil²¹ – baseado em um conluio (cartel) que pode eventualmente se transformar em um monopólio ou romper-se e gerar uma situação de concorrência imperfeita – no qual a oferta²² concentra-se nas mãos de poucos. O *monopólio* é o quarto tipo e se caracteriza pela situação em que apenas um agente econômico oferece certo produto, manifestando todo o seu poder econômico enquanto regula o preço e a quantidade do produto de modo a maximizar seu lucro. Finalmente, tem-se o *monopólio bilateral*, no qual há apenas um único vendedor e um único comprador – situação que, quando existe, dificilmente se sustenta.

A concentração econômica é o fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar a sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão setorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência. Pode-se afirmar que a decisão que leva à concentração tem sua origem em dois princípios fundamentais: o da maximização dos lucros e o da segurança. (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2004, p.258)

Com o processo de concentração econômica, ocorre a diminuição ou aglutinação de unidades no mercado. Esse processo é dividido, tradicionalmente, em três categorias: (i) concentração horizontal, (ii) concentração vertical e (iii) formação de conglomerados. A primeira é a que ocorre entre empresas concorrentes (inclusive empresas fabricantes de produtos substitutos); a segunda, entre empresas que operam em níveis distintos de um mesmo ramo industrial, e a terceira, entre empresas que não possuem qualquer relação entre si (SALOMÃO FILHO, 2002, p.300).

²¹ Tendo em vista a flexibilidade do regime oligopolista, o Professor Luciano Coutinho destaca que “A avaliação dos oligopólios é algo que exige uma análise caso a caso, sendo difícil fazer generalizações *a priori*. Porém, sendo a concorrência uma condição de interesse coletivo, é necessário zelar para que ela esteja presente nas estruturas oligopolistas. Ela é positiva não só para permitir que os ganhos de produtividade sejam distribuídos aos preços e também aos salários, como também para garantir que a inovação se processe com velocidade” (FERRAZ JUNIOR et al., 2009, p.76).

²² No caso de oligopólio de compra, a denominação correta é *oligopsônio*.

Maria Cecília Andrade (2002, p.318) destaca que, para que esse ato se caracterize como ato de concentração, é imprescindível que haja “uma alteração duradoura nas estruturas das empresas integrantes do ato, que deverão formar uma unidade econômica com um único centro de decisão.” A concentração pode ocorrer como consequência, por exemplo, do progresso tecnológico; da possibilidade de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos; da estrutura favorável de custos de certas empresas, e da escassez de espírito empresarial (cf. NUSDEO, 2010, p.278-279), podendo resultar na formação de carteis (empresas que celebram acordos para adotar decisões ou políticas comuns com relação à sua atividade ou à parte dela), trustes (no Brasil, qualquer tipo de união de empresas e de concentração econômica), *holdings* (conforme definição do Professor Nusdeo²³, são tipos de “sociedade cuja totalidade ou parte de seu capital é aplicada em ações ou quotas de outras sociedades, o que pode significar razoável grau de controle sobre a administração das mesmas”), *pools* (modelo menos desenvolvido de cartel) e conglomerados (forma de oligopólio com várias empresas atuando em setores diferentes e, em geral, sob a administração de uma *holding*).

Deve-se atentar para o fato de que toda forma de concentração do poder econômico traz consigo o potencial inerente de abuso, pois a magnitude de determinadas organizações econômicas frente ao mercado tende a afetar as condições de distribuição e de circulação de riqueza. A função da legislação *antitruste* é justamente reprimir o abuso, o que mostra que, nas palavras de Nusdeo (2010, p.283), “longe de representar um entrave ou uma restrição ao mercado, destina-se a trabalhar a seu favor, fortalecendo-o enquanto tal ao assegurar-lhe o funcionamento do seu princípio motor básico: a liberdade.”

No entanto, o Professor Celso Campilongo (FERRAZ JUNIOR et al., 2009) observa que, quando a competição é regulada pelo direito, há dois problemas que se verificam: (i) a fragmentação do direito em diferentes ramos e formas de legislação específica, o que gera várias lacunas legais e oportunidades de escape ao controle, e (ii) a fragmentação dos modelos jurídicos e a competição entre eles no plano internacional, já que o modelo de um país pode atrair maior ou menor quantidade de capital estrangeiro se comparado ao de outro país.

A fim de que se busque uma solução para esses problemas, é necessário entender melhor como ocorre a interação entre economia, política e direito.

²³ NUSDEO, 2010, p.281.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN – UM OLHAR SOB A ÓTICA DO PROFESSOR CELSO CAMPILONGO

Estudar a teoria dos sistemas, elaborada por Talcott Parsons e aprimorada por Luhmann, não é tarefa fácil. Nesta seção, não se pretende analisá-la a fundo, mas tão somente fazer um breve esboço – com base na análise feita pelo Professor Celso Campilongo (2011) – do que seja e de qual a contribuição que oferece para o entendimento do modo como se dá a interação entre os sistemas jurídico, econômico e político.

Considerando a ruptura de Niklas Luhmann com relação às teorias jurídicas do positivismo, jusnaturalismo, hermenêutica, lógica, teoria crítica e sociologismo – por entender que essas correntes não teriam conseguido compreender corretamente a unidade do sistema jurídico, a variabilidade das normas, a normatividade específica jurídica e a relação entre direito e sociedade²⁴ –, é na contribuição do Professor Campilongo, quando analisou a teoria do sociólogo alemão que se foca a presente análise.

Para Luhmann o direito gera a generalização congruente de expectativas normativas. Explica o Professor Campilongo (2011, p.19) que “generalização” significa um ordenamento subsistir independentemente de eventos individuais; “congruente”, a generalização da segurança do sistema nas dimensões temporal, social e material; e “expectativas normativas” seriam aquelas que resistem aos fatos, que não são alteradas por eles. Luhmann adotou uma visão de “iluminismo sociológico” ao optar por uma “racionalidade do sistema”, descrevendo os mecanismos que organizam o funcionamento da sociedade capitalista e as funções que o estabilizam, reduzindo a complexidade do mundo moderno, em vez de se deter na “racionalidade da ação” e suas certezas intersubjetivas²⁵.

Segundo Luhmann, o direito positivo funcionaria como um sistema fechado e não extrairia sua validade de um “contrato social”, de um consenso comunicativo ou de uma razão natural, mas sim de si próprio, uma vez que consiste em um sistema autorreferencial, organizado com base em um código específico de comunicação (“lícito/ilícito”, ou “direito/não-direito”). Além disso, estabeleceria programas condicionais (“se/então”), teria

²⁴ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.18.

²⁵ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.20.

função *sui generis* (“generalização congruente de expectativas normativas”), e, ainda que dependa do ambiente, não entenderia outras razões além das que forem traduzíveis em termos utilizados por seu código e de acordo com seus programas e função²⁶.

A sociedade, por sua vez, é uma rede de comunicações que, a partir do advento do Estado moderno, apresenta os sistemas político, econômico e jurídico – com papéis específicos e distintos – como autônomos e, concomitantemente, entrelaçados ou “estruturalmente acoplados”. Assim, por exemplo, “os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema” (CAMPILONGO, 2011, p.24) para que se possa, então, buscar uma solução dentro de um processo de “politização da justiça” e “judicialização da política”.

Para que se entenda um pouco melhor a teoria luhmanniana, deve-se partir da diferenciação entre sistema e ambiente. O primeiro possui operações internas de autorreprodução de seus elementos ou *autopoiese* (do grego, *auto* “próprio”, e *poiesis* “criação”). Já o segundo constitui o conjunto de todas as comunicações da sociedade. Portanto, a sociedade seria um grande sistema que engloba outros sistemas parciais, como o econômico, o político e o jurídico. Cada um deles tem o seu próprio código binário, seus tipos de operação de reprodução e seu ponto de abertura ao ambiente.

Cada sistema deve realizar o chamado “fechamento operacional”, o que não significa o seu isolamento com relação ao ambiente – pelo contrário, significa criar condição para sua *abertura* ao sistema ambiente, que é complexo e rico de possibilidades²⁷. Nas palavras do Professor Celso Campilongo (2011, p.70), esse processo se dá da seguinte forma:

como o sistema só pode observar o seu ambiente com base nos próprios elementos internos, a primeira tarefa é saber como [...] dois sistemas organizam sua clausura, sua autonomia e sua imunidade no cumprimento de suas funções. Feito isso, ou seja, estabelecidas as condições do fechamento operativo dos sistemas [...], a segunda tarefa é saber como, com fundamento nessas operações internas, cada sistema pode conectar referências externas.

²⁶ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.21-22.

²⁷ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.67-68.

Esse complicado emaranhado de sistemas e operações que formam o sistema social encontra a sua unidade na *comunicação*, que é a operação²⁸ específica desse sistema. Ela pode ser observada sob três aspectos diferentes: (1) emissão, isto é, o ato de comunicar; (2) informação, e (3) compreensão. Reformulando o conceito de sociedade, pode-se dizer então que ela se constitui em um sistema autopoietico, operativamente fechado e com comunicações interligadas que reproduzem a comunicação mediante a comunicação²⁹. Como os sistemas são caracterizados pelas próprias operações, a sociedade é caracterizada pela comunicação.

O funcionamento dos sistemas autopoieticos ocorre tanto de modo aberto como fechado. Eles reagem, portanto, a condições internas e externas, e as formas como reagem são o que caracteriza sua capacidade de ressonância. A sua reação será sempre com sua frequência interna, fato que possibilita a observação de fronteiras entre os sistemas e a existência de mecanismos de interdependência que os conectam³⁰. Aqui é que se desenvolve a maior dificuldade dos sistemas autopoieticos: conectar as referências externas e internas por meio de operações internas³¹.

Essa conexão é possível graças ao acoplamento estrutural dos sistemas: uma relação “de inclusão e exclusão de recíprocas irritações internas, de conexões simultâneas (não causais) e analógicas entre os sistemas, enfim, de reprodução da diferenciação entre essas [...] esferas funcionais” (CAMPILONGO, 2011, p.93). Há, dessa forma, um “modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas”, o que, nas palavras do Professor Campilongo (2011, p.95),

não significa que o ambiente político ou econômico determine as estruturas ou as operações do sistema jurídico. Mas significa, isto sim, que o sistema jurídico (assim como os demais sistemas) possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas. Essa forma chama-se acoplamento estrutural. Nas suas operações cotidianas o sistema jurídico não observa seu acoplamento estrutural ao sistema político. Entretanto, em virtude de seu acoplamento estrutural, o sistema jurídico permite-se “irritar” internamente, a partir de suas próprias estruturas seletivas, pelo sistema político. Não se trata de nenhuma informação, *input* ou determinação do sistema

²⁸ “Operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir de elementos que compõem esse mesmo sistema” (CAMPILONGO, 2011, p.69).

²⁹ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.69.

³⁰ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.75.

³¹ Cf. CAMPILONGO, 2011, p.78.

político ao sistema jurídico. As irritações, informações e operações do sistema jurídico são sempre selecionadas e construídas internamente. Com base nelas, dá-se a transformação do sistema jurídico. Sem o acoplamento estrutural não haveria oportunidade de aprendizagem dos sistemas parciais.

Assim, as modificações ocorridas nos sistemas econômico e político podem ser captadas pelo sistema jurídico devido à sua sensibilidade e acoplamento estrutural. No entanto, ao perceber esses estímulos, o sistema parcial os processa e reage a eles em fechamento operacional isto é, de acordo com seu código e seus programas de operação³²: “Não intervém no ambiente e nem tem condições de fazê-lo. Não responde ponto a ponto às ‘irritações’ e demandas que lhe são apresentadas nem está preparado para isso” (CAMPILONGO, 2011, p.177).

O Estado não possui uma “vontade” preordenada ou um direcionamento lógico. Então, não é possível afirmar que o objetivo de regulação seja o de garantir de forma *ativa* uma conduta específica dos agentes econômicos (THERÉT, 1998, p.192). O direito é capaz de garantir as mínimas condições de concorrência, mas não é o único instrumento usado pelo Estado nesse intuito.

Ainda segundo Therèt (1998), o Estado por si só não tem vontade: ele terá a forma e a vontade das escolhas políticas realizadas pelos governantes, que adotará sua linguagem e ideologia. Nesse sentido, e aceitando essa premissa teórica, discorda-se que o Estado seja capaz de conduzir a economia sob a forma acolhida pela indispensável doutrina do Professor Calixto Salomão Filho.

4 FORMAS DE INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO: COMPARATIVO ENTRE DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA E ECONÔMICA

De modo geral, a doutrina administrativista consolidou o entendimento de que a intervenção estatal na economia ocorreria de forma direta ou indireta. No primeiro caso, estariam compreendidos o monopólio estatal (CF-BRASIL, 1988, art. 177), a transformação de atividade econômica em serviço público (idem, art. 175) e a atuação empresarial do Estado decorrente de motivo de segurança nacional ou da proteção de relevante interesse coletivo

³² Cf. CAMPILONGO, 2011, p.97.

(idem, art. 173). Já o segundo constituir-se-ia do conjunto de diversas técnicas de regulação, como o fomento (incentivo), o poder de polícia (controle) e o planejamento (idem, art. 174).

Pode-se dizer que a intervenção, no sentido adotado por Eros Grau (2010)³³ (atuação estatal em área de titularidade do setor privado), pode ser complementada pela classificação de Bandeira de Mello, como um complexo conceitual de três dimensões, que englobam (a) o poder de polícia, por meio de leis e atos administrativos expedidos para executá-las mediante fiscalização e planejamento (idem, art. 174); (b) atuação empresarial do Estado em casos excepcionais, e (c) incentivos à iniciativa privada, estimulando-a com favores fiscais (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 783). A intervenção do Estado no domínio econômico (sentido amplo) também abrangeria a intervenção puramente normativa, bem como a intervenção impregnada de conotação social e a intervenção direta do Estado empresário (ARANHA, 1997, p. 245).

Justen Filho (2008, p. 541-546) contribui com a doutrina dividindo a intervenção apenas em direta (prestação de serviços públicos e prática de atividade econômica em sentido estrito) ou indireta (normativa), destacando que, nesse processo, é fundamental o emprego dos instrumentos de regulação, tais como normas jurídicas, sanções premiais, soluções negociais e até mesmo a *soft-law*, com “manifestações estatais de incentivo, orientação, sugestão” (JUSTEN FILHO, 2008, p.539), e a utilização “permanente, racional e intensificada” do poder de polícia para que se alcance a efetividade desejada, e, no que concerne à regulação, define-a como a “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2008, p.532).

Já Schmitt (2006, p.170), que adota a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem é possível tão somente a “*atuação supletiva do Estado* na atividade econômica, não mais a interventiva”, confere à palavra “atuação” o sentido de interferência na iniciativa privada (“intervenção”, para Eros Grau).

³³ Autor ligado à doutrina do Direito Econômico para o qual, baseando-se nos artigos do Título VII (“Da ordem econômica e financeira”) da Constituição Federal, a atuação do Estado no domínio econômico estaria dividida em (a) prestação de serviços públicos, e (b) intervenção (“atuação em área de outrem”). Esta, por sua vez, pode ocorrer (b.1) *no* domínio econômico, quando o Estado exerce atividade econômica em sentido estrito, na forma de (b.1.1) monopólio (a chamada “intervenção por absorção”) ou (b.1.2) concorrência (“intervenção por participação”); poderia, ainda, ocorrer (b.2) *sobre* o domínio econômico, na forma de regulação (incentivo, planejamento e fiscalização), realizando (b.2.1) atos de controle (“intervenção por direção”) ou (b.2.2) de fomento (“intervenção por indução”).

Analisando-se os mesmos institutos sob a perspectiva do Direito Econômico, é natural aceitar que essa influência interventiva seja exercida quando o Estado se posiciona como agente normativo (órgãos administrativos decidindo questões técnicas acerca de fatos econômicos) ou como agente do processo econômico, mediante órgãos e conselhos da administração direta, de forma descentralizada (autarquias, fundações, empresas incorporadas ao patrimônio nacional), de empresas públicas e sociedades de economia mista. Venancio Filho (1998) apresenta essas duas formas de interferência como sendo “direito regulamentar econômico” e “direito institucional econômico”, respectivamente.

Assim como na doutrina administrativista, existe entre os doutrinadores³⁴ do Direito Econômico uma divisão corriqueira da influência Estatal, adotada por vários autores, em “direta” e “indireta”. A primeira se aproxima mais da ideia de comportamento econômico explícito do Estado, e a segunda, da ideia de regulação. Bliacheriene (informação verbal)³⁵ aponta que, embora interessante, essa divisão torna-se insuficiente para diagnosticar a atuação hodierna do Estado por meio, por exemplo, da utilização dos fundos de pensão das empresas públicas em setores econômicos privados.

Há ainda o entendimento de que a intervenção estatal na economia pode ser global, setorial ou pontual, imediata e direta (Estado atua como empresário *no* domínio econômico) ou mediata e indireta (*sobre* o domínio econômico, com fiscalização e estímulo), de forma unilateral (por meio de regulamentos e atos administrativos de polícia, preventivos e repressivos) ou bilateral (contratual, com incentivos do Estado para que as empresas adotem sua política econômica) (MONCADA, 1988, p.32-38).

No que se refere à regulação estatal da economia, especificamente, Aragão (2009, p.37) define-a como

o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

³⁴ Tavares (2006b), Almeida (1997), Souza (2005), Ramos Filho (2009), Abreu (2008), Rava (2006), Silva (2008) e Nogueira (2005).

³⁵ Informação fornecida pela Professora Ana Carla Bliacheriene durante as aulas ministradas na disciplina de Direito Econômico, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, no primeiro semestre de 2010.

As normas de *regulação*, conforme adverte Almeida (2006, p.130-131, 137), não podem ser confundidas com as de *regulamentação*, pois esta é a “disciplina normativa via regulamento”, enquanto que aquela compõe-se das funções (a) normativa, com a edição de normas *interna corporis* do órgão regulador, ou que explicitem conceitos e definam parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada, ou ainda de normas infralegais e infra-regulamentares cujo escopo seja regradar detalhes de sua atividade para, assim, realizar as previsões de normas hierarquicamente superiores; (b) de planejamento; (c) de incentivo, e (d) de fiscalização para atividades econômicas consideradas no sentido amplo da classificação de Eros Grau.

Salomão Filho (2001; 2002), por sua vez, diferencia regulação e concorrência quando diz que a primeira é uma forma de intervenção ativa, mediante a atuação das agências reguladoras nos casos de monopólio estatal e de serviços públicos concedidos, enquanto que a segunda seria um modo de intervenção passivo (controle e fiscalização) exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a conduta dos agentes econômicos particulares. Para esse autor, ainda, o mercado deverá ser regulado (a) quando há situações estruturais adversas que impeçam a concorrência, como o monopólio natural (regulação de posição dominante), e (b) na existência de situações estruturais não permanentes que não impeçam a concorrência, mas a tornem instável (regulação de mercados instáveis).

Por questões de ordem pública, às vezes se controla a entrada e permanência dos concorrentes no mercado, uma vez que o objetivo da regulação é o de garantir sua higidez e segurança. A regulação, no entanto, pode criar condições propícias para se formarem posições dominantes, sendo necessária a aplicação do direito concorrencial. A função da regulação não seria a de criar a concorrência (direito da concorrência), mas a de impedir que ela desapareça. Tanto o direito da regulação como o da concorrência são instrumentos da intervenção *lato sensu*.

Salomão Filho conclui que a regulação possui natureza de garantia institucional e de instrumento de política econômica. Como garantia institucional, tem a mesma finalidade que a concorrência, a de conceder aos agentes garantias e expectativas mínimas de um mercado equânime, onde a diferenciação ocorra por qualidade; já como instrumento de política econômica, juntamente com os instrumentos monetários e fiscais, visa a promover o desenvolvimento.

Trata-se, portanto, de uma interferência do direito no mercado: o Estado é que se propõe a garantir, a regular, utilizando o direito como linguagem. O Estado, assim, emitirá comandos mediante leis reguladoras e, em algumas situações, leis concorrenciais. Conforme preleciona Aguillar (2009, p.31), nem toda forma de ação do Estado sobre a economia é veiculada por normas jurídicas, ainda que tais ações devam previamente ser amparadas por essas normas.

Resgatando a ideia anteriormente abordada de que não partilhamos do entendimento de que o Estado possua uma “vontade preordenada” ou um “direcionamento lógico”. Entendemos não ser possível afirmar que o objetivo de regulação seja o de garantir de forma *ativa* uma conduta específica dos agentes econômicos. O direito é capaz de garantir as mínimas condições de concorrência, mas não é o único instrumento usado pelo Estado nesse intuito. Afinal, a abstenção ou inércia do Estado em emitir comandos normativos em determinados setores que entenda melhor ordenado sem um corpo normativo específico, cabendo-lhe aplicar normas gerais de direito, também pode se configurar como uma modalidade de regulação, classificada por Bliacheriene (informação verbal)³⁶ como *regulação por abstenção*, que, fazendo um paralelo com a nomenclatura do direito penal, poderia ser identificado como um ato de regulação comissivo por omissão³⁷. Ou seja, o Estado fiscaliza, observa, mas não vê a necessidade de atuar diretamente, nem indiretamente, via regulação.

4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

Ainda dentro no tema da intervenção, vale lembrar aqui o importante papel das agências reguladoras como principal instrumento da regulação ou intervenção indireta do Estado na economia.³⁸

A Professora Maria Sylvia Di Pietro (2009, p.467) observa que há dois tipos de agências reguladoras no direito pátrio: (a) as que exercem o poder de polícia, impondo

³⁶ Informação fornecida pela Professora Ana Carla Bliacheriene durante as aulas ministradas na disciplina de Direito Econômico, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, no primeiro semestre de 2010.

³⁷ Nessa mesma linha, Nusdeo (2010, p.196) chama de “medidas negativas de política econômica” aquelas que representam uma abstenção estatal em adotar providências previstas em lei. Para ele, “Não aplicar ou não dar efetividade a um dado institucional caracterizador do quadro legal do sistema é também alterá-lo”.

³⁸ Vale ressaltar que os entes incumbidos da função regulatória não necessariamente se constituem sob a forma de agência. Antes mesmo da instituição das agências reguladoras, já haviam sido criadas muitas outras entidades com esse objetivo, como o Banco Central do Brasil (BACEN).

limitações administrativas, fiscalizando e reprimindo; e (b) aquelas que exercem o controle e regulação das atividades envolvidas na concessão, permissão ou autorização de serviço público ou na concessão de exploração de bem público.

O Professor Floriano Marques Neto (2009) se refere a elas como *autoridades reguladoras independentes*, pois (a) se tratam de *órgãos públicos* dotados de autoridade (autarquias de regime especial, tendo em vista que suas competências normativas e quase judiciais não são próprias da Administração Pública), exercendo suas atribuições de modo coercitivo; (b) com *função regulatória*, e (c) são caracterizados pela *independência*: foram concebidas segundo uma orientação ideológica de desvinculação aos interesses político-partidários essencialmente intermitentes.

Para ele, as agências reguladoras são um tipo específico de órgão público que enfeixa uma ampla gama de competências ligadas a uma alta especialização técnica para intervir em determinado setor da economia, e que, portanto, devem ser dotadas de (MARQUES NETO, 2009, p.46):

- (1) Transparência, permeabilidade e neutralidade, isto é, “[...] equidistância [...] que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, de modo a exercer, com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação” (MARQUES NETO, 2009, p.50-51).
- (2) Caráter público, uma vez que é órgão que exerce a autoridade do Estado e está aberto à participação da sociedade (controle social). A participação do cidadão pode ocorrer de mediante diversas formas, dentre elas a ouvidoria, as audiências públicas³⁹, as consultas públicas, os Conselhos – todos eles instrumentos de legitimação do poder e de aproximação do Estado e a sociedade⁴⁰. A maior participação dos administrados nesse processo pode permitir um controle mais efetivo desses órgãos. Entretanto, deve-se estar atento ao modo como o controle social se dá, pois, muitas vezes, a falta

³⁹ A Professora Dinorá lembra que as audiências públicas podem ser obrigatórias ou facultativas. Um exemplo do primeiro caso é a lei n. 9478/94, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo e, em seu art. 19, dispõe que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.” Neste caso, se não observada essa condição, a norma editada deverá ser considerada inválida pelo Judiciário com fundamento no vício de legalidade. Já à Agência Nacional de Águas é facultada a instituição de audiências públicas como medida preparatória dos procedimentos decisórios (GROTTI, 2006, p.20-12).

⁴⁰ Cf. GROTTI, 2006, p.19.

de conhecimento técnico por parte dos cidadãos se transforma em um entrave às decisões.

- (3) Especialização, a fim de garantir maior eficiência regulatória, reduzir a assimetria de informação e legitimar tecnicamente a atuação dos agentes reguladores.
- (4) Flexibilidade e comunicabilidade, para facilitar a mediação entre os vários interesses que há no setor regulado.
- (5) Processualidade (sujeição às regras do devido processo legal em sentido amplo).

As agências, em geral, detêm os seguintes poderes⁴¹: *poder normativo* (editar comandos gerais para o setor sob sua regulação); *poder de outorga* (emissão de licenças, autorizações, injunções); *poder de fiscalização* (monitoramento, controle); *poder sancionatório* (aplicação de advertências, multas, cassação de licenças, por exemplo); *poderes de conciliação* (mediação de interesses), e *poderes de recomendação* (recomendar medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas).

Estão sujeitas à regulação das agências não só atividades típicas do setor privado, mas também serviços públicos essenciais (Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Energia Elétrica etc.), serviços públicos facultados aos particulares – como os serviços de saúde fiscalizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – e mesmo o uso de bem público, como as reservas aquíferas, cuja exploração é regulada pela Agência Nacional de Águas.

5 NOVOS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A UTILIZAÇÃO DO BNDESPAR E DE FUNDOS DE PENSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO POLÍTICO/ECONÔMICO EM FUSÕES

⁴¹ Cf. MARQUES NETO, 2009, p.60-61.

5.1 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DO FENÔMENO CONCENTRACIONISTA MODERNO

Conforme aponta Bulgarelli (1997, p.19-20), o fenômeno concentracionista moderno tem sua origem na Revolução Industrial, quando, com o intuito de alavancar a produção e a produtividade, grandes capitais passaram a unir forças na busca do desenvolvimento de novas técnicas. Desse modo, além do aumento da produção e da produtividade, outro objetivo era “evitar os males da livre concorrência” (BULGARELLI, 1997, p.23).

Diferentemente, hoje o objetivo da concentração de empresas não é mais o domínio do mercado, mas a reforma das estruturas industriais e a busca da dimensão ótima, que, em definição de Galbraith, citado por Bulgarelli (BULGARELLI, 1997, p.24), seria a capacidade de uma empresa ser grande o suficiente para atingir uma produção em larga escala, e conseguir controlar seus mercados.

No Brasil, esse fenômeno passou a se fortalecer com o desenvolvimento da economia no século passado, chegando, inclusive, a receber o apoio do próprio Estado, principalmente no que diz respeito à fusão e incorporação de empresas⁴², incentivando os ajustes, convênios e consórcios que não objetivassem a eliminação da concorrência e o domínio do mercado (BULGARELLI, 1997, p.110).

5.2 NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: O BNDES E O BNDESPAR

“Não se alcança bem-estar social sem desenvolvimento econômico. Não é concebível o desenvolvimento econômico sem o crescimento das empresas. Não é viável o crescimento das empresas sem o financiamento da produção”. Com esta frase, Estella Penna (2001), aponta, de forma clara, um dos papéis fundamentais que o Estado assume nessa cadeia de desenvolvimento. No Brasil, uma das instituições que responde por essa competência de financiar o setor produtivo é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, o BNDES.

⁴² Bulgarelli (1997, p.109) cita os Decretos-lei nº 1182/71, nº1115/70 e nº 1186/71, que concederam estímulos à abertura de capital, a fusões e incorporações de empresas.

As últimas décadas do processo de desenvolvimento econômico do Brasil têm sido fortemente marcadas pela presença do Estado na regulação do mercado⁴³, no controle de segmentos empresariais e até mesmo na criação de empresas (SCHAPIRO, 2009, p.58), fazendo isso mediante a normatização e o direcionamento de recursos públicos, por exemplo. Mario Gomes Schapiro afirma que, nas economias em desenvolvimento, essa aglutinação e alocação de recursos públicos ocorre, em grande medida, por meio do Banco de Desenvolvimento, “um tipo de agente financeiro, via de regra constituído pelos governos, e que é dedicado ao financiamento de longo prazo dos setores público e privado, em países subdesenvolvidos” (SCHAPIRO, 2009, p.59). Assim, o Estado aparece para suprir a ausência do mercado de capitais, bem como as carências do setor bancário, e passa a atuar como uma espécie de agente financeiro especial: enquanto os agentes financeiros tradicionais concedem crédito a projetos corporativos com base no maior potencial de rentabilidade e menor risco, a lógica do Estado é outra, qual seja a capacidade de gerar externalidades positivas para o desenvolvimento nacional, articulando os retornos econômicos individuais aos benefícios sociais (SCHAPIRO, 2009, p.70-71).

O modelo tradicional de financiamento era sustentado unicamente pela retenção de lucros nas empresas ou pela concessão de recursos a baixo custo pelo Sistema BNDES. Este modelo estava estagnado e foi complementado e fortalecido pela opção de desenvolvimento do mercado de capitais, como grande motor da captação de poupança e de investimento pelo setor produtivo para atender à demanda por novos investimentos na economia brasileira (PENNA, 2001).

Mario Schapiro (2009, p.269), baseando-se nos estudos de Stallings & Studart, afirma que os bancos públicos federais – com destaque para o BNDES – contribuem de forma decisiva com o financiamento do corporativismo brasileiro. Segundo ele, quando se trata de investimentos de longo prazo e de alto risco, o BNDES, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal continuam sendo os principais financiadores.

O Professor Schapiro (2009) observa ainda que os bancos privados, muito embora tenham aumentado sua atuação no setor de créditos, concentram seus serviços em empréstimos pessoais e financiamento de compras no varejo, o que faz com que

⁴³ Com a crise contemporânea, o Estado deve “passar, sempre que possível, da condição de provedor direto para a de regulador e indutor indireto dos processos do mercado” (SCHAPIRO, p.156).

aproximadamente 60% do financiamento de longo prazo em todo o país ainda seja garantido pelo BNDES. E complementa com outra evidência dessa preponderância do BNDES no mercado de crédito, apontando que, desde 1994, o volume de desembolsos anuais do banco cresceu substancialmente, passando de 10 bilhões de reais para, aproximadamente, 65 bilhões de reais em 2007. Já em 2011, esse volume chegou a 139,7 bilhões de reais desembolsados⁴⁴. De acordo com Schapiro (2009, p.270), essa evolução indica que “a participação do BNDES na economia brasileira ainda desempenha um papel constitutivo do sistema financeiro nacional, apesar das [...] reformas financeiras.”

Ainda nessa linha, afirma que um dos entraves à consolidação do setor bancário privado como fonte financeira do setor corporativo seria o valor dos juros praticados por ele, que podem ficar acima de 50% ao ano, muito superior aos 10% ao ano praticados pelo BNDES, e que os bancos estrangeiros também não ocuparam a lacuna deixada pela ausência o setor nacional na oferta de créditos, uma vez que concentram-se na aquisição de títulos da dívida pública e na oferta de crédito pessoal e de curto prazo (SCHAPIRO, 2009, p.271).

Outra fonte de captação de recursos seria o mercado de capitais; no entanto, Mario Schapiro (2009, p.272) sustenta que essa captação tem sido, em geral, menor do que o montante disponibilizado pelo BNDES, o qual tem apresentado uma variação anual crescente. Ademais disto, as variações do sistema financeiro faz com que se busque uma fonte mais estável para a captação de recursos, como os bancos federais.

Diante disso, nota-se que

a parcela pública pública do sistema financeiro não só preenche a falta do agente privado nas operações de maior risco e com longo prazo de maturação, como também é um instrumento da política desenvolvimentista do Estado. Embora possa parecer uma sobreposição sutil, há nessa conjugação um traço relevante para se compreender a trajetória do sistema financeiro nacional. *A atuação dos bancos estatais, e principalmente do BNDES, esteve a serviço das finalidades da política pública apresentada pelo Governo Federal, cumprindo, dessa maneira, uma atribuição que extrapola o suprimento da carência de capitais.* [...]

Entre 1950 e 1980, o BNDES não foi apenas um agente financeiro controlado pelo Estado, foi, na realidade, um agente

⁴⁴ Site do BNDES: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Relacao_Com_Investidores/Desempenho/. Acesso em: 18 mai. 2012.

financeiro a serviço dos desígnios do Governo Federal: os seus critérios de seleção, as suas regras de contratação e de execução financeira vincularam-se às prioridades estipuladas pelos condutores do programa de desenvolvimento. (SCHAPIRO, 2009, p.83 e 88, destaque nosso)

Desse modo, criado em 1952 como uma autarquia (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE) cuja finalidade seria a gestão de recursos mobilizados internamente pelo governo brasileiro e sua destinação para investimentos em setores estratégicos (SCHAPIRO, 2009, p.87), o BNDES é hoje o principal instrumento de financiamento de longo prazo para a realização de investimentos em todos os segmentos da economia, em uma política que inclui as dimensões social, regional e ambiental, e segue claramente aos desígnios do governo. O apoio do BNDES se dá por meio de financiamentos a projetos de investimentos, aquisição de equipamentos e exportação de bens e serviços. Além disso, o Banco atua no fortalecimento da estrutura de capital das empresas privadas e destina financiamentos não reembolsáveis a projetos que contribuam para o desenvolvimento social, cultural e tecnológico⁴⁵.

Em 1982, antes ainda do grande movimento de regulação do mercado de capitais brasileiro – iniciado na década de 1990, e que tinha como objetivo atrair investimento para o setor produtivo –, o BNDES cria um braço financeiro para suas operações de crédito realizadas especificamente no ambiente do mercado de capitais, o BNDESpAr:

O apoio financeiro às empresas privadas reclamou a constituição de uma nova ferramenta jurídica de colaboração financeira – a participação societária, que viria a ser uma modalidade de atuação particularmente relevante anos mais tarde, quando o BNDES veio a assumir o papel de *venture capitalist* de empresas emergentes [...]. Por ora, nesta fase, *a utilização da subscrição de ações, como mecanismo de financiamento dos investimentos, deveu-se à intenção de fortalecer e consolidar grupos empresariais nacionais*, ainda carentes de um satisfatório patamar de capitalização. Para tanto, o BNDES constituiu três empresas subsidiárias especializadas em participações, que depois vieram a formar a BNDESpAr: (i) EMBRAMEC, para operações no setor de bens de capital; (ii) FIBASE, para o setor de insumos básicos e (iii) a IBRASA, para empreendimentos em empresas nacionais em geral. (SCHAPIRO, 2009, p.98-99, destaque nosso).

⁴⁵ http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/. Acesso em: 10 dez. 2011.

O BNDESpar nasce como instrumento do governo federal dedicado ao desenvolvimento e fortalecimento do mercado de capitais, sendo esta sua principal missão. De seu estatuto⁴⁶, abstrai-se que sua natureza jurídica é de uma sociedade por ações, constituída como Subsidiária Integral da Empresa Pública BNDES e tem por objeto: (i) realizar operações visando à capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BNDES; (ii) apoiar empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas de retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade; (iii) apoiar o desenvolvimento de novos empreendimentos, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias; (iv) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas, e (v) administrar carteira de valores mobiliários, próprios e de terceiros.

O apoio financeiro a ser fornecido pelo BNDESpar somente poderá ser efetivado para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País, ou pessoas jurídicas controladas pelos Poderes Públicos e, apenas excepcionalmente, a empresas ou entidades constituídas sob a legislação estrangeira, mas que se enquadrem na definição de organismos multilaterais de crédito ou tenham como sócios ou cotistas organismos multilaterais de crédito.

Conforme observa Schapiro (2009, p.99), “Muito embora as participações devessem ser temporárias e minoritárias, em alguns casos [...] esta participação se tornou majoritária e também delongada no tempo”. Assim, na história recente do Brasil, houve alguns fatos amplamente noticiados que demonstraram a forte influência do Estado e, principalmente, do Poder Executivo, sobre as decisões de grandes empresas privadas por meio da utilização do BNDESpar na compra de ações de empresas privadas. Citam-se alguns exemplos:

i. CEG

⁴⁶ ESTATUTO SOCIAL DA BNDES PARTICIPAÇÕES S.A. – BNDESPAR. Aprovado pela Decisão no Dir. 149/2002-BNDES, de 11.3.2002, e alterado pelas Decisões no Dir. 821/2002-BNDES, de 9.12.2002, nº Dir. 155/2003-BNDES, de 22.4.2003, pela Decisão nº Dir. 776/2004, de 27.9.2004, pela Decisão nº Dir. 298/2005-BNDES, de 19.4.2005, pela Decisão nº Dir 862/2006, de 28.9.2006, pela Decisão nº Dir. 721/2007, de 28.8.2007, pela Decisão nº Dir. 948/2008, de 4.11.2008, pela Decisão nº 690/2009-BNDES, de 11.8.2009, pela Decisão nº Dir. 1313/2009-BNDES, de 17.11.2009, pela Decisão nº Dir. 1.349/2009-BNDES, de 24.11.2009, pela Decisão nº Dir. 1.534/2009-BNDES, de 29.12.2009, pela Decisão nº Dir. 2.111/2010-BNDES, de 30.12.2010, pela Decisão nº Dir. 46/2011-BNDES, de 18.1.2011 e pela Decisão nº 521/2011-BNDES, de 31.5.2011.

A Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro foi privatizada em 1997. O BNDESpar chegou a deter aproximadamente 35% do capital total da empresa.

ii. Copel

Em 1998, o BNDESpar passou a integrar o quadro de controladores da Companhia Paranaense de Energia com o objetivo de prepará-la para a privatização, seguindo o Programa Nacional de Desestatização. No entanto, o BNDES continuou a fazer parte da empresa, chegando a deter cerca de 24% de seu capital total.

iii. Fibria

Criada com a fusão da Aracruz e da Votorantim Celulose e Papel (VCP) em 2009, a empresa contou com o investimento do BNDES, que estava de acordo com a estratégia do governo de criar grandes multinacionais brasileiras. Naquela época, o BNDESpar liderou o processo e passou a deter 34,9% da Fibria, maior produtora de celulose de eucalipto do mundo.

iv. JBS Friboi

Com a abertura de capital da Friboi, o BNDESpar arrematou, em 2007, 1,13 bilhão de reais em ações, quantia essa que foi utilizada pela empresa para adquirir a americana Swift, fazendo da brasileira a líder mundial em carne bovina. Além disso, com a participação dos fundos de pensão de estatais (Petros e Funcef), o aumento de capital da Friboi totalizou 2,2 bilhões de reais.

v. Vale

Após dois anos de conflito com o governo, Roger Agnelli foi retirado da presidência da segunda maior mineradora do mundo neste ano de 2011. Circulou no mercado financeiro a notícia de que a queda do Diretor da empresa teria sido pelo fato de não ter cedido aos comandos do Palácio do Planalto no sentido de focar os investimentos na China. Verdade ou não, o fato é que os fundos de pensão e o BNDESpar, juntos, são o segundo maior acionista da empresa. Murilo Ferreira foi escolhido como o novo presidente da empresa com o encargo de conciliar os interesses da União aos da companhia de modo a não assustar o mercado.

Mesmo tendo sido privatizada em 1997, a Vale ainda sofre grande influência das estratégias governamentais devido ao fato de sua atividade estar baseada em diversas concessões públicas e à participação do BNDESpar (principal representante do governo federal na Vale) como um dos acionistas controladores e de fundos de pensão de empresas estatais (reunidos na *holding* Litel, liderada pela Previ, dos funcionários do Banco do Brasil, mas que também inclui os fundos Petros, Funcef e Funcesp) na Valepar. Com isso, pode-se dizer que o governo retomou o controle da Vale, pois chegou a deter 60% do capital votante e 67% do capital total da Valepar, quase o dobro do capital que o governo detinha logo após a privatização (35%)⁴⁷.

5.3 OS FUNDOS DE PENSÃO DOS FUNCIONÁRIOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS

Antes de analisar a intervenção do Estado na economia via fundos de pensão, é importante fazer um apanhado teórico geral sobre sua natureza, regime jurídico aplicável e sua mecânica de atuação.

Assim como as agências reguladoras, os fundos de pensão têm sua origem no direito anglo-saxão. Objetivam prover os recursos financeiros necessários para o período de inatividade futura dos beneficiários e atuar como um *hedge*, um seguro, em face do modelo previdenciário estatal em crise em todo o mundo⁴⁸. No Brasil, os primeiros institutos foram criados ainda durante a primeira República⁴⁹. “Embora de origem histórica comum,

⁴⁷ As 10 empresas com maior participação do BNDES. **Revista Exame**, São Paulo, mar. 2011. <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/noticias/ferreira-na-presidencia-da-vale-monstra-rigidez-do-governo-afirmam-jornais>>. Acesso em: mai. 2011. <<http://noticias.r7.com/economia/noticias/escolha-de-novo-presidente-da-vale-e-derrota-para-agnelli-20110406.html>>. Acesso em: mai. 2011. COIMBRA, L.; AMORA, D. Governo impõe aos fundos de pensão participação no trem-bala. **Folha.com**, Brasília. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/833553-governo-impoe-aos-fundos-de-pensao-participacao-no-trem-bala.shtml>. Acesso em: mai. 2011. A saga global dos caubóis de Anápolis. **Revista Exame**, São Paulo, 26 mar. 2008. Capitalismo à brasileira. **Revista Carta Capital**, São Paulo, 28 out. 2009.

⁴⁸ Cf. ABRÃO, 1999.

⁴⁹ “Segundo a advogada e especialista em direito previdenciário, Celi Pereira dos Santos, foi a Lei 4.682 de 24.02.1923, que autorizou a criação, junto a cada empresa ferroviária, de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão destinada a amparar os respectivos empregados. Novas leis a seguir surgiram, sendo que em 1930 já existiam 47 Caixas em todo o país protegendo cerca de 140 mil segurados ativos[...] Criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1931, passaram a surgir os Institutos de Aposentadoria e Pensões de âmbito nacional para várias classes. Foram as Caixas transformadas em IAPs nos anos trinta e seguintes, tal ocorrendo ao início com o IAPFESP (IAP dos ferroviários e empregados no serviço público), e a seguir o IAPM (marítimos), IAPC (comerciários), IAPB (bancários), IAPTC (em transportes e cargas) e IAPI (industriários)[...] Com a unificação de todos os Institutos através da Lei 3.807/60, deu-se origem ao *INPS*, com abrangência a todos os trabalhadores

previdência social oficial e previdência complementar privada fechada gravitam hoje em órbitas legais e financeiras absolutamente distintas” (SILVA, 2004).

O Professor Nishioka destaca que o caráter complementar das entidades fechadas de previdência privada foi salientado inclusive pelo parecer elaborado pelo Senador Heitor Dias (Parecer 68, de 1977, do Congresso Nacional, *Imunidade Tributária das Entidades Fechadas de Previdência Privada*, publicação da ABRAPP e do ICSS, 1995, p. 120 a 122.), a respeito do projeto de lei que deu origem à Lei 6.435/77, segundo o qual:

*As Fundações de Seguridade são entidades criadas pelas empresas, com autonomia administrativa e financeira, para suplementar a previdência social em favor dos grupos familiares de empregados e dirigentes das mesmas empresas.(...) O que caracteriza, porém, as Fundações de Seguridade, de que a Petros é um bom exemplo (como também são as da Vale do Rio Doce, BNDES, Embratel, Icomi etc.) e tantas outras, é o seu ‘caráter supletivo’ em relação à previdência nacional, e (que) permite a custos reduzidos (que seja) o instrumento de imediata adequação da empresa ao plano governamental de seguridade, para completá-lo, sem excessos onerosos, e garantir, a qualquer hora, a seguridade total de seus empregados (Cf. Entrevista do Dr. Rio Nogueira ao *Jornal do Brasil* de 14.06.1976).(…) o projeto reconhece o relevante interesse social e econômico-nacional de uma previdência supletiva, complementadora do sistema securitário oficial (INPS). Quando dissemos ‘nova previdência supletiva’ não pretendemos admitir que a existência desse tipo de seguridade esteja sendo inovada pelo projeto, mas sim, caracterizar uma nova situação pela qual o Governo a concebe merecedora dos incentivos da União previstos no art. 19 da CF (LGL 1988\3) e, sobretudo, da proteção que se efetiva através de uma legislação adequada que, sobre lhes assegurar os meios de sobrevivência, protege os direitos dos contribuintes, e lhes fortalece a confiança e tranquilidade nos dias futuros... (Cf. NISHIOKA, 1999)*

Diante da complexificação das relações econômicas, sociais e previdenciárias que se processam em todo o mundo, permeando as crises cíclicas do modelo capitalista, é possível que, no futuro, as previdências privadas (fechadas e abertas) venham a assumir “novéis deveres de assistência social que vindouras normas de lei federal a possam transferir com os respectivos meios de implementação” (SILVA, 2004).

e contribuição obrigatória, recebendo após o nome de Instituto Nacional de Seguro Social – INSS [...] Passou a previdência privada a prosseguir em sua existência paralelamente à previdência social geral e obrigatória, pois através de entidades *fechadas* ou abertas, complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social, ficando as fechadas mais conhecidas como fundos de pensão. [...] Foi a Lei 6.435, de 17.07.1977, que regulamentou a previdência privada, tendo sido revogada pela LC 109/2001 (art. 79)”. Cf. SILVA, 2004.

A previdência complementar é fechada quando exclusivamente acessível a empregados ou associados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, sociedades civis, entidades de classes, fundações ou associações, as quais são denominadas de patrocinadoras ou instituidoras, uma vez que são por estas criadas. Hoje, está regulamentada, juntamente com as entidades abertas de previdência, pelas Leis Complementares n. 108 e 109 de 2001.

As entidades abertas – destinadas a todos os interessados – são constituídas sob a forma de sociedades anônimas (S/A) e podem ter fins lucrativos, integram o Sistema Nacional de Seguros Privados e concorrem pelos clientes na busca do lucro. As entidades de previdência fechada, por sua vez, adquirem a forma de fundação ou sociedade civil, não têm fins lucrativos e compõem o sistema oficial de previdência e assistência social, situando-se na área de competência e fiscalização do Ministério da Previdência e Assistência Social e, por isso, se submetem à legislação constitucional da previdência e assistência social.

As entidades de previdência complementar patrocinadas pelo poder público e por suas empresas são obrigatoriamente fechadas e sem fins lucrativos, conforme preceituam os arts. 1º e 8º da LC n. 108/2001. Tanto sua criação quanto a adesão dos beneficiários são facultativas, fato que a diferencia da previdência oficial (obrigatória). Se esta é obrigatória, a previdência fechada terá sempre um caráter de complementaridade, oferecendo – aos seus beneficiários e a seus dependentes – serviços como os de assistência à saúde, auxílio em casos de invalidez, morte, maternidade ou desemprego involuntário, e aposentadoria por idade avançada ou por tempo de serviço.

Sua estrutura organizacional é composta de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva (arts. 9º da LC n. 108 e 35 da LC n. 109). Dependem de autorização prévia de órgãos reguladores e fiscalizadores, tais como o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal. De outro lado, a constituição de reservas técnicas, provisões e fundos deve ser feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9.º, § 1.º, da LC n. 109/2001)⁵⁰.

A EC n. 20/98, que iniciou a reformulação do regime da previdência complementar privada, não só determinou a constituição de reservas que garantam o benefício contratado, como também previu que a matéria fosse regulada via lei complementar, dando nova redação ao art. 202 da Constituição (CF-BRASIL, 1988). Nessa mesma linha, a Constituição garantiu

⁵⁰ Cf. SILVA, 2004.

aos contratantes/beneficiários o direito ao pleno acesso às informações relativas à gestão dos mesmos.

No § 2º do art. 202, estabeleceu-se que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais da previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, nem a sua remuneração, pois o contrato do empregado da entidade patrocinadora ou instituidora do plano de previdência complementar é um contrato de adesão a um ou mais planos de benefícios previdenciários.

Não há dúvidas acerca da importância que os fundos de pensão exercem na economia⁵¹. Por essa razão, a regulamentação, o controle e a fiscalização devem ser proporcionais ao impacto que possam causar aos beneficiários e à sociedade⁵² no caso de má gestão dos seus recursos⁵³. Nesse sentido, João Carlos Pestana de Aguiar Silva afirma:

Fundamentalmente, bilhões de reais circulam na economia, fruto exclusivo da participação dos fundos de pensão, singularmente de empresas públicas, tanto no processo de privatização, no mercado acionário, nos empreendimentos imobiliários, na compra do controle acionário, enfim numa gama extensa de atividades que normalmente extrapolam o objeto social dos fundos de pensão [...].

Se a aliança entre os fundos e as empresas públicas busca um reenquadramento mais consentâneo com a independência e uma política voltada para o bem-estar coletivo, de modo similar às investidas na seara privada demandam transparência na quantificação dos valores e na assunção do risco, fundamentalmente em pontos não estratégicos, refugindo do aspecto central dos fundos de pensão.

⁵¹ Citando dados da Revista Veja (Revista Veja, São Paulo, edição n. 1.380, ano 28, n.8, p.36, de 22.02.1995), Macedo Jr. esclarece que “a Previdência Privada vem ganhando importância cada vez maior no Brasil. Calcula-se que hoje há mais de 800 empresas atuando neste setor que cresce cerca de 20% ao ano em 1995. Ademais, a crise fiscal do Estado e redução do já esquelético Estado do Bem Estar brasileiro levam a crer que a tendência de crescimento deve continuar, e com ela, a própria relevância do tema deve também ser ampliada” (MACEDO JUNIOR, 1998).

⁵² “Mas na medida em que haja legislação com bom sistema regulamentar de pesos e contrapesos (*checks and balances*), através de rigorosa determinação de revisão dos cálculos atuariais e fiscalização constante dos atos da entidade fechada, se necessário, com intervenção e até liquidação extrajudicial, segundo o regime repressivo previsto (arts. 51 e seguintes da Lei 6.435/77, substituídos pelos arts. 63 a 67 da LC 109/2001), torna-se improvável um efeito dominó de insolvência no mercado que, em períodos de economia instável (a que nosso país sazonalmente se submete), poderia se multiplicar, em irremediável prejuízo dos participantes e associados, a ocasionar a instabilidade social. [...] A despeito do sistema legal da previdência complementar estar razoavelmente lançado, ainda remanesce o perigo da má fiscalização, malgrado a lei disponha a respeito da responsabilidade dos membros dos órgãos fiscalizadores, quando faltosos (arts. 63 a 67 da LC 109/2001), a recomendar vindouro aperfeiçoamento legal”. Cf. SILVA, 2004.

⁵³ Cf. ABRÃO, 1999.

O sistema complexo que permeia os fundos de pensão fez com que se transformassem em poderosas alavancas, verdadeiros braços direitos da Administração Pública, cuja utilização, salvo raras exceções, não tem primado pela racionalidade e a preservação dos interesses daqueles agregados.

Indesmentível (*sic*) dizer que as polpudas somas que vertem para os caixas dos fundos de pensão, resultantes das contribuições mensais, somadas aos investimentos das atividades empresariais, em termos de controle das autoridades não existem dados estatísticos ou valorativos precisos, revelando uma entidade muitas vezes mais lucrativa do que a própria empresa que a criou. (ABRÃO, 1999)

Nesse mesmo sentido, Sérgio Alves de Oliveira, Ex-Presidente da AGEFEPPA (Associação Gaúcha das Entidades Fechadas de Previdência Privada), assevera:

“Hoje ninguém mais duvida que a ação governamental sobre os fundos de pensão é muito mais nociva que benéfica. Não fora essa intromissão ilegal e perniciosa, certamente o patrimônio somado das EFPPs seria pelo menos o dobro ou o triplo dos atuais US\$ 40 bilhões. Capacitação não falta aos dirigentes do Sistema. Mas estes sentem-se "algemados" às diretrizes baixadas pelo Governo, notadamente quanto à aplicação do patrimônio. E por força dessa capacitação - malgrado algemados - ainda assim conseguem a melhor rentabilidade dentro das piores opções que lhes são empurradas goela-abaxio. Se liberdade se praticasse para investir em outros segmentos da economia, mais lucrativos, a situação dos Fundos seria outra.

[...] Tanto as fundações, quanto as sociedades civis de previdência complementar fechada, possuem personalidade jurídica (quanto às funções e capacidade) de direito privado. E a natureza de direito privado, no caso, é redobrada, de vez que o patrimônio dos Fundos pertence integralmente aos próprios participantes, pessoas naturais. Todavia o Governo fecha os olhos para essa condição, preferindo nivelá-los às repartições públicas, como entes do Estado, baixando sobre eles normas que não poderia, ou seja, como se fossem pessoas jurídicas de direito público a seus pés.

[...] E é com base nesses expedientes escusos que o Governo dispõe, autoritariamente, sobre os 40 bilhões, "mandando" que eles sejam aplicados aqui ou acolá, conforme os seus interesses em jogo.

Resumidamente queremos dizer que o Governo não pode e não deve fazer o que faz com base nos arts. 40 e 41 da Lei 6.435, eis que essa "operacionalização" é flagrantemente inconstitucional.

Com essa política nefasta, os "trapalhões" do Governo Central mais prejudicam que ajudam, inclusive a prosperidade econômica e social do País. Se os recursos dos Fundos fossem

aplicados diretamente na produção, toda a sociedade seria beneficiada.

Essa política governamental também agride a garantia do direito de propriedade prevista no art. 5.º, XXII, da CF (LGL 1988\3), dentro da qual está inserida a livre disposição dos bens. Portanto, ao invés de dar o primeiro exemplo para a sociedade, o Governo é o primeiro a descumprir a Constituição. As prerrogativas constitucionais asseguradas inclusive aos Fundos de Pensão não permitem os abusos cometidos pelo Governo. E Já é tempo de dar um basta a tudo isso” (OLIVEIRA, 1995).

Macedo Junior (1997) aponta que a o tema dos fundos de pensão tem chamado a atenção de juristas e economistas por três principais razões: (i) os volumes de recursos concentrados nestes fundos e o seu papel estratégico como mecanismo alavancador e estimulador do crescimento econômico, em particular nos países em desenvolvimento; (ii) a enorme importância social que têm hoje e terão no futuro, caso seja mantida a tendência mundial de privatização do sistema de seguridade social, e (iii) a existência de um considerável número de consumidores que são lesados em seus direitos e frustrados em suas expectativas em razão da má gestão ou fraude na administração dos fundos.

A importância dos fundos é tamanha que os problemas e dificuldades relacionados a sua administração, controle e responsabilidade têm se tornado um dos temas mais presentes nos debates políticos e econômicos em curso tanto nos países industrializados como nos países em desenvolvimento. Dentre os principais problemas em relação ao tema destacam-se: 1) a interferência de critérios políticos na administração dos fundos comprometendo a sua eficiência e rentabilidade; 2) a existência de interesses conflituais entre os administradores dos fundos e seus participantes, em particular entre os grupos econômicos que são os fiadores do plano de pensão e seus administradores; 3) as deficiências do mercado como mecanismo eficaz de controle e monitoramento do bom funcionamento dos fundos de pensão; 4) a responsabilidade social presente nos fundos de pensão que não permite que sejam eles administrados como fundos de investimentos quaisquer; 5) a inexistência de legislação que estabeleça limites e critérios não apenas para coibir a administração fraudulenta e criminosas, como também para evitar a administração que importe em riscos excessivos, o uso do poder econômico concentrado nos conselhos de administração para tráfico de influência, o fornecimento de informação privilegiada e a alocação de investimentos em setores e/ou outras empresas em troca de favores ou vantagens que beneficiem os administradores em detrimento dos sócios. (MACEDO JUNIOR, 1997)

O sistema de previdência privada exerce uma força centrípeta na captação cada vez

maior de aportes de capital da poupança nacional, podendo ser destinado a relevantes fins sociais e econômicos, promovendo o desenvolvimento sem o risco de retiradas repentinas, como comumente ocorre, a cada ameaça de instabilidade internacional, com o capital estrangeiro que é investido nas bolsas de valores de países emergentes. Incentivando os fundos de pensão, teremos formidáveis vértices sociais e de reservas de contingência (art. 20 da LC 109), sendo, estas últimas, fontes de provável enriquecimento dos mercados nacionais de capital, segundo as diretrizes do Conselho Monetário Nacional, com o consequente estímulo a investimentos nos mais variados setores de produção da economia nacional e geração de novos empregos (cf. SILVA, 2004). No entanto, por todas as questões já referidas, tais fundos merecem um sistema de proteção adequado e um olhar crítico quanto à transparência e aos motivos determinantes da utilização desses recursos em determinados investimentos, principalmente quando a empresa patrocinadora é uma empresa pública e haja, portanto, um forte direcionamento Estatal nas escolhas de aplicação desses valores.

5.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFLUÊNCIA DO GOVERNO NAS EMPRESAS PRIVADAS MEDIANTE O USO DE FUNDOS DE PENSÃO

As “conexões” do setor produtivo com o governo, via fundos de pensão, podem gerar efeitos positivos ou negativos para a economia⁵⁴: se, por um lado, tornam mais fácil a captação de recursos para financiar grandes projetos e reduzem os riscos para as empresas, por outro, aumentam, inegavelmente, a influência governamental (como um tipo anômalo de intervenção) nas decisões estratégicas das empresas e criam canais clientelistas entre os setores públicos e privados. Essa modalidade de intervenção nas decisões dos agentes econômicos não deve ser ignorada – ao contrário, deve ser estudada com cuidado e atenção para eventual desvio de finalidade. Nas palavras do Professor Celso Campilongo (FERRAZ JUNIOR et al., 2009, p.91),

É evidente que entre o direito e a economia, o direito e a política, há uma relação de imbricação indissolúvel e muito acentuada. Mas [...] mais poder significa, ao mesmo tempo, menos poder. Nunca, até o advento do Estado moderno, houve tanto poder concentrado nas mãos do Estado como atualmente. Esse forte monopólio da força exige, assim, a criação de mecanismos de controle de poder.

⁵⁴ Governo já é sócio de 119 empresas. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 dez. 2010.

É necessária uma análise detida de como a intervenção do Estado se dá na economia, para que se possa, então, construir mecanismos mais efetivos de controle desse poder. Essa análise, contudo, resta prejudicada pela inadequação das classificações para as modalidades existentes, até o momento, de intervenção estatal no domínio econômico.

Uma ferramenta fundamental nesse processo de controle é garantir a eficácia da aplicação do princípio da boa-fé objetiva à interpretação dos contratos de previdência complementar para sustentar as relações entre segurados e administradores.

Esse princípio tem relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais, porque também garantem a confiança, a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a responsabilidade, a função de integridade, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhe é subjacente.⁵⁵

Uma palavra final sobre algumas cláusulas obrigatórias necessárias para a defesa do consumidor-pensionista. Dentre outras recomendações elaboradas por alguns especialistas americanos quanto à forma de administração e controle dos fundos de pensão que poderiam orientar a formulação de novos mecanismos e o aperfeiçoamento daqueles já conhecidos destacaria as seguintes: 1) qualquer administração externa do fundo de pensão (como bancos, empresas etc.) deve concordar em "comer sua própria comida" (*eat their own lunch*), investindo um mínimo, como por exemplo um terço, de seus recursos pessoais nos fundos que ele administra; 2) o administrador seria elegível apenas se a firma concordar em investir e não mais do que vinte tipos de ação e mantê-los em média por pelo menos dois anos; 3) um compromisso de que os fundos de pensão não contratem muitos administradores de modo que o nível de diversificação não seja tão alto como é atualmente. O investimento em um menor número de negócios faz com que o fundo e seus administradores interessem-se mais diretamente no andamento e sucesso da empresa nas quais investem pesadamente. Neste sentido, os investidores deveriam estar mais preocupados não tanto nos usuais mas limitados termos de maximização do valor das ações, mas ao contrário, procurando maximizar a capacidade de produção de riqueza da empresa. Tal tipo de compromisso, integraria melhor os objetivos dos acionistas, fornecedores e empregados. Uma estratégia como esta melhor atenderia igualmente os interesses de desenvolvimento econômico do país, bem como tornaria

⁵⁵ Cf. MACEDO JUNIOR, 1997.

os investimento nos mercados de capitais menos sujeitos às flutuações de alto risco agravadas pela globalização e velocidade dos mercados mundiais (cf. MACEDO JUNIOR, 1997).

Ainda na linha do pensamento do Promotor Ronaldo Porto Macedo Júnior, a defesa do consumidor nos contratos previdenciários deve reconhecer que: (i) as cláusulas deste tipo de contratação são usualmente negociadas no contexto das relações de trabalho e, neste sentido, as expectativas envolvidas neste tipo de contratação geralmente se iniciam e se misturam com as expectativas envolvidas no próprio contrato de trabalho e atuam como elementos estimuladores da confiança dos trabalhadores na empresa, como também podem servir como instrumentos de sua catividade, na medida em que os prendem à empresa; (ii) é importante aumentar os mecanismos que garantam a voz ao consumidor-pensionista e viabilizem as soluções baseadas na lealdade, com efetivo equilíbrio contratual e respeito à boa-fé e princípios da solidariedade e participação nos contratos previdenciários, tendo em vista não apenas o controle contra a gestão fraudulenta, como também o controle preventivo da má gestão ou determinação de metas incompatíveis com seus legítimos interesses, principalmente porque o financiamento público para a constituição dos fundos privados de pensão de empresas públicas e o interesse social subjacente a este tipo de contrato tornam esta área do direito particularmente afetada pelos princípios do Direito Social.

Assim, considerando que aos contratos de previdência privada (abertas ou fechadas) aplicam-se as normas do direito do consumidor, deve-se garantir o direito à informação, também um requisito essencial da legitimidade das operações realizadas no mercado de capitais, principalmente no que se refere aos riscos a que os contratantes estão sujeitos, nos termos do art. 6.º, III do CDC.

5.5 CASO BRFOODS

A BRF-Brasil Foods S.A. é uma sociedade brasileira de capital aberto que atua nos segmentos de carnes, alimentos industrializados e lácteos, apresentando mais de três mil itens em seu portfólio, e é uma das maiores empresas de alimentos do mundo. Terceira maior exportadora do país e líder mundial na exportação de aves, a empresa possui 61 unidades no Brasil, cinco na Argentina, duas na Europa e, se atingida a meta para 2012, contará com uma nova unidade de processados no Oriente Médio. Conta ainda com 19 escritórios comerciais no mercado externo e uma carteira de clientes nos cinco continentes. Desse modo, firma sua

posição como grande geradora de divisas para o Brasil, com vendas totais de 6,2 milhões de toneladas de produtos e receita líquida de 25,7 bilhões de reais.

A BRF foi criada com a união das empresas Sadia e Perdigão. Ainda que tenham sido concorrentes por muito tempo, um prejuízo de mais de dois bilhões de reais⁵⁶ gerado por operações com derivativos cambiais, enfraqueceram a Sadia a tal ponto que a fusão com a Perdigão foi inevitável. A associação, que contou com o apoio do BNDES e de fundos de pensão de estatais, foi anunciada em 19 de maio de 2009, e recebeu a aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 13 de julho de 2011. A condição para o negócio foi o cumprimento de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) para a venda de um conjunto de ativos⁵⁷ e a alienação de algumas marcas⁵⁸. Além disso, a BRF também se comprometeu a suspender, temporariamente e apenas em determinadas categorias de produtos, as marcas Batavo e Perdigão.⁵⁹

O BNDES participou dessa operação por meio de investimentos na participação societária. De acordo com o Relatório da Administração de 31 de dezembro de 2009, a BNDESpAr investiu 403 milhões de reais na criação da BRF⁶⁰. Ainda hoje, o Banco realiza investimentos na empresa, tendo-lhe concedido, em janeiro de 2012, crédito de 2,52 bilhões de reais⁶¹.

No que se refere aos fundos de pensão de estatais – como a Previ (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A.), Sistel (Fundação Telebrás de Seguridade Social, o fundo de pensão dos funcionários da Telecomunicações Brasileiras S.A. - Telebrás), Petros (Fundação Petrobras de Seguridade Social, o fundo de pensão dos

⁵⁶ Derivativos levam Sadia a prejuízo de R\$ 2,48 bilhões em 2008. **Revista Época Negócios**. 27 mar. 2009. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI66013-16359,00-DERIVATIVOS+LEVAM+SADIA+A+PREJUIZO+DE+R+BILHOES+EM.html>>. Acesso em ago. 2012.

⁵⁷ Dez fábricas de alimentos processados e quatro de rações, dois abatedouros de suínos e dois de aves, 12 granjas de matrizes de frangos, dois incubatórios de aves e oito centros de distribuição.

⁵⁸ Rezende, Wilson, Texas, Tekitos, Patitas, Escolha Saudável, Light Elegant, Fiesta, Freski, Confiança, Doriana e Delicata.

⁵⁹ Informações disponíveis em: <<http://www.brasilfoods.com/paginas.cfm?area=0&sub=27>>, <http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=32150>, e <http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=32307>. Acesso em jul./ago. 2012.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/RelatAdmBPAR1209.pdf>, p.9. Acesso em ago. 2012.

⁶¹ 10 empresas financiadas pelo BNDES até julho. **Revista Exame**. 18 jul. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/noticias/10-empresas-financiadas-pelo-bndes-ate-julho?p=10>>. Acesso em ago. 2012.

funcionários da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras) e Valia (Fundação Vale do Rio Doce, o fundo de pensão dos funcionários da Companhia Vale do Rio Doce) –, já detinham o controle acionário da Perdigão, também apoiaram a fusão, acumulando, em 31 de julho de 2009, 31,5% do controle⁶². Sua participação continua ainda bastante significativa, detendo juntos, direta ou indiretamente, 27,5% do capital votante e total da Companhia em 31 de dezembro de 2011.⁶³

Quanto às ligações da empresa com o Poder Executivo, surgem alguns questionamentos: Por que o governo quis apoiar a fusão de duas empresas do setor privado? Diante da grandeza da BRF, ficou claro que o Estado emprestou dinheiro para formar um conglomerado com poder econômico. Essa utilização de recursos do BNDES é correta e interessa à população? Em outras palavras: o uso do orçamento público do BNDES para fins particulares infringe a legalidade e a isonomia? E o uso de recursos dos fundos de pensão para criar uma multinacional, também interessa aos participantes do fundo?

Vale lembrar aqui que grande parte do orçamento do BNDES vem de tributos cobrados das empresas para formar poupança para os funcionários (o FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador), com uma remuneração próxima de zero. Em algumas ocasiões, o Banco pode ainda receber uma complementação de caixa que advém dos recursos do Tesouro Nacional (INSTITUTO ALVORADA, 2010, p.7). Nos dois casos, recursos advindos do trabalhador são utilizados para financiar a concentração de grandes empresas, gerando lucro aos particulares, donos dos empreendimentos.

Segundo estudo do Instituto Alvorada (2010, p.7-8), as vantagens da concentração de empresa são várias, dentre elas: (i) diminuição dos custos de produção e transação; (ii) maior capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento; (iii) possibilidade de o controle das grandes empresas nacionais não ser adquirido por companhias estrangeiras, caso haja intervenção do BNDES ou dos fundos de pensão no sentido de criar salvaguardas, estipular *golden shares* ou outros mecanismos societários; (iv) internacionalização de empresas nacionais, e (v) projeção da imagem do país no exterior.

⁶² Disponível em: <http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/arquivos/RelatoriodaAdministracao_2T09.pdf>. Acesso em ago. 2012.

⁶³ Disponível em: <http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=32150>. Acesso em ago. 2012.

No entanto, deve-se lembrar que também há pontos negativos, como: (i) possibilidade de excessiva concentração interna e imposição de dificuldades à concorrência interna; (ii) dilema entre transferências destinadas aos novos conglomerados empresariais e aplicação de recursos públicos escassos em políticas sociais de caráter universal; (iii) risco de alocação ineficiente de recursos; (iv) concentração de renda (poucos particulares retendo muito lucro auferido com ajuda dos recursos públicos); (v) estímulo à ocorrência de práticas de favorecimento e da pequena corrupção, e (vi) prejuízos potenciais ao sistema democrático, pois a formação de grandes grupos econômicos pode distorcer gravemente a representação política no médio prazo, capturando tanto o Poder Legislativo quanto as intuições reguladoras⁶⁴ (INSTITUTO ALVORADA, 2010, p.8).

No caso da BRF, constata-se que a intenção do governo em criar uma multinacional verde-amarela de primeira linha realmente gerou efeitos positivos, como a maior facilidade em captar um alto volume de recursos para financiar grandes projetos e a redução de riscos. Contudo, as potenciais externalidades negativas devem ser estudadas para se constatar se a interferência de critérios políticos do governo não tem comprometido sua eficiência e rentabilidade, nem tem causado conflitos de interesse com relação a seus participantes, e, mais importante, se não tem havido prejuízos ao sistema democrático e republicano, com a utilização de recursos do orçamento do BNDES no empreendimento privado em questão que, aparente, não gera retorno significativo à sociedade – apenas aumenta o lucro e, conseqüentemente, o valor tributado, mas, ainda assim, não é possível ver uma melhora na qualidade de vida da sociedade.

Parece que efetivamente houve um mau uso do orçamento público do Banco de Desenvolvimento, o qual foi utilizado para a formação de um conglomerado particular com poder econômico e não gerador de retorno visível para a sociedade, infringindo a legalidade e a isonomia do Estado Democrático/Republicano. Além disso, com relação ao uso dos recursos dos fundos de pensão das estatais, os quais, sob influência do governo, apoiaram a união da Sadia com a Perdigão, também se trata de intervenção indevida do Estado, um vez que não há notícias de que os participantes dos fundos foram consultados antes da decisão.

⁶⁴ “Isso ocorre porque é tal o poder que uma empresa dessas assume, que o aparelho estatal fica tolhido em sua capacidade de alocar recursos para outros grupos, de regular, de impor as normas e mesmo de definir o interesse público. Não raro, o poder assim concentrado repercute na cobertura da imprensa e, principalmente, nas eleições – via financiamento de campanha – ou na atividade parlamentar – corrupção pura e simples por meio da compra de votos” (INSTITUTO ALVORADA, 2010, p.8).

Dessa forma, tais ligações entre o governo e a iniciativa privada devem ser analisadas com cautela, pois, aparentemente, representam um modo de intervenção com desvio de finalidade, hipótese essa que deve ensejar uma resposta rápida no sentido de criação de um sistema de controle.

No entanto, analisando-se esse caso sob a perspectiva das doutrinas administrativas e econômicas atuais, suas classificações da intervenção estatal na economia não envolvem a atuação mediante a utilização de recursos do BNDES e dos fundos de pensão, o que é grave, pois não classificá-la como intervenção indevida do Estado pode evitar a criação de controles a esse tipo de atuação. Assim, ressalta-se a importância deste estudo para que se entendam melhor as novas formas de o Estado intervir nas escolhas dos agentes econômicos.

6 UMA PROPOSTA TEÓRICA DO SENTIDO DE INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO PARA O DIREITO ECONÔMICO

Respeitando-se as sólidas conquistas das doutrinas de Direito Administrativo e econômico, as classificações estudadas anteriormente não podem ser qualificadas como incorretas, mas apenas como insuficientes para o estudo de algumas práticas econômicas adotadas recentemente pelo governo brasileiro, o qual intervém no mercado, por exemplo, adquirindo ações de empresas por meio dos fundos de pensão das estatais.

A partir do levantamento da doutrina adotamos o entendimento de que, diferentemente do que defendem alguns doutrinadores de Direito Econômico já referidos nesse texto, a regulação não tem o condão de eliminar as falhas do mercado – pois isso seria atributo do sistema autopoietico do próprio mercado. Acolhemos o pensamento de Salomão Filho (2002), segundo o qual a regulação visaria a garantir a pluralidade de escolhas e o amplo acesso ao conhecimento econômico aos agentes do mercado, para que eles, então, sejam capazes de contornar essas “falhas”, atingindo as suas expectativas de consumo e produção de riqueza nacional.

Na concepção de Therét (1998), a partir da aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann, as regras do mercado não são sistema jurídico, e sim um sistema próprio que passa a ser ambiente para o sistema jurídico. Aplicam-se, neste caso, paralelamente à norma jurídica, as regras do mercado. Quando o sistema jurídico emite comandos normativos, o faz no sentido de interferir no equilíbrio do mercado, mas a existência da norma, por si só, não

garantirá o efeito esperado, ou seja, que o referido equilíbrio seja alcançado. O direito, isoladamente, não é suficiente para alterar as regras de outros sistemas ou lhes causar efeitos exatos: pode, no máximo, interferir em seu fluxo. Um comando normativo é incapaz de determinar exatamente, na forma desejada, o comportamento dos agentes do mercado. Poderá sempre influenciar, mas não determinar.

Assim, entendeu-se, após o levantamento da doutrina, cumulada com a proposta teórica extraída das aulas da Professora Ana Carla Bliacheriene (informação verbal)⁶⁵, que uma visão possível da intervenção para o Direito Econômico é a que, sob a forma do quadro proposto abaixo (Figura 1), concebe-na como um gênero, dividido nas seguintes espécies:

- (i) regulação *lato sensu*, ou seja, atuação do Estado como agente normativo e regulador (CF-BRASIL, 1988, art. 174), disciplinada por normas do “direito regulamentar econômico” (VENANCIO FILHO, 1998) e subdividida em (i.a) fiscalização, incentivo e planejamento⁶⁶, (i.b) regulação *strito sensu*, isto é, atuação, como garantia institucional e instrumento de política econômica, das agências reguladoras nos casos de monopólio estatal e de serviços públicos concedidos (SALOMÃO FILHO, 2001; 2002), (i.c) concorrência, modo de intervenção passivo (controle e fiscalização) exercido pelo CADE sobre a conduta dos agentes econômicos particulares (SALOMÃO FILHO, 2001; 2002), e (i.d) abstenção, como modalidade de intervenção comissiva por omissão na medida em que, propositadamente, opta por não expedir comandos normativos em determinados setores – é um mecanismo de afastamento pensado e programado como forma de estimular a ação dos próprios agentes e não mera inércia;

- (ii) atuação como agente do processo econômico, na forma de empresas públicas, sociedades de economia mista e entes da administração direta descentralizada, sendo sua atuação disciplinada por normas do “direito institucional econômico” (VENANCIO FILHO, 1998);

Além disso, alguns dos novos mecanismos de intervenção do Estado na economia ficariam em uma zona intermediária, cinzenta, cuja classificação estanque torna-se difícil.

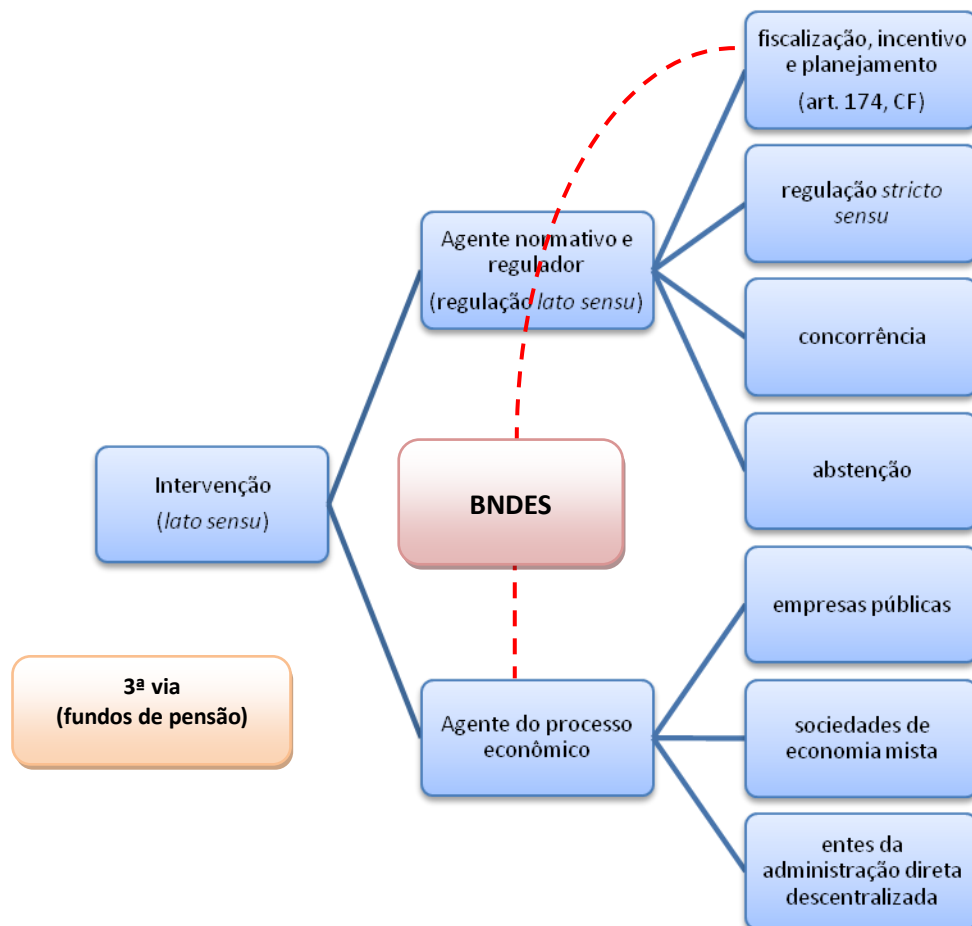
⁶⁵ Informação fornecida pela Professora Ana Carla Bliacheriene durante entrevista, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, em 2011.

⁶⁶ Planejamento como “forma de indução do desenvolvimento e da repartição mais justa do fundo público para promoção do bem-estar social, que em muito contribui para o fortalecimento do Executivo” (DEL PICCHIA, 2010, p.334).

Assim, analisando o caso da utilização dos fundos de pensão dos funcionários das empresas públicas para aquisição de opções no mercado de capitais e sobre ele lançando um primeiro olhar, parece não haver sustentação doutrinária ou constitucional, em matéria de mecanismos legítimos de intervenção do Estado na economia, que regule essa forma de atuação Estatal, o que pode indicar eventual desvio de finalidade no uso desses instrumentos. O que fundamenta a ação do Estado nesse processo é o simples fato de ser o acionista majoritário da empresa patrocinadora dos fundos de pensão fechados dos funcionários das empresas públicas e não sua prerrogativa de regulador ou de fiscalizador. Não há permissivo legal que atribua ao Estado competência para tratar o patrimônio dos fundos de pensão como instrumento da política econômica. Daí poder se aferir, no caso concreto, eventual desvio de finalidade na determinação de sua aplicação.

Já quanto à atuação do BNDES no mercado, configurar-se-iam dois cenários: (i) um primeiro como fomentador direto de atividades econômicas pela via de concessão de crédito clássica, que estaria na seara da modalidade interventora, e (ii) um segundo no qual se utiliza de seu braço financeiro para adquirir ações de empresas privadas no mercado de capitais, atuando como especulador. Neste último caso, a atuação fica em zona intermediária entre incentivo e atuação como agente econômico, o que deve ser visto com cuidado para que não se configure desvio de finalidade no uso de receitas orçamentárias, situação ainda mais grave do que aquela relativa à manipulação dos recursos privados dos fundos de pensão referidos.

Figura 1: Proposição para intervenção do Estado



CONCLUSÃO

A intervenção do Estado no domínio econômico, que, como visto, remonta aos tempos antigos e, mais recentemente, passou a ser autorizada pelas constituições econômicas, tem sido objeto de estudo tanto de doutrinadores do Direito Administrativo quanto do Direito Econômico. Todavia, nenhum dos diversos conceitos atribuídos aos termos “intervenção” e “regulação” conseguiu, até o momento, englobar o uso determinante de recursos do BNDES e dos fundos de pensão das empresas públicas governamentais para realizar operações no mercado de capitais, tal como ocorreu no caso – fortemente influenciado pelo Poder Executivo – da fusão das empresas Sadia e Perdigão.

Com a análise do processo de criação da BRF-Brasil Foods e a nova forma de classificação dos modos de intervenção do Estado na economia, é possível entender que as novas práticas interventivas do governo aproximam-se do desvio de finalidade no uso de dotações orçamentárias e na gestão de patrimônio que não lhe é disponível, o que gera incompatibilidades em face do modelo republicano e das limitações impositivas à Administração Pública pelo regime democrático e orçamentário.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, C. H. Fundos de pensão. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v.4, p.288, jan. 1999, DTR\1999\30.
- ABREU, R. R. G. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v.97, n.874, p.70-100, ago., 2008.
- ADAS, C. C.; CARVALHO, A. O. AGU e a autonomia das agências reguladoras. **L & C – revista de administração pública e política**. Consulex, ano XIII, n.140, fev/2010.
- AGUILLAR, F. H. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALMEIDA, F. D. M. Teoria da regulação. In: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. (Org.) **Curso de direito administrativo econômico**. v.3. São Paulo: Malheiros, 2006, p.119-148.
- ALMEIDA, R. M. A constituição de 1988 e a intervenção estatal no domínio econômico. **Revista de Informação Legislativa**, v.34, n.135, p.77-81, jul./set., 1997.
- ANDRADE, M. C. **Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 45 da lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002.
- ARAGÃO, A. S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARANHA, M. N. Liberalismo e Intervencionismo Neoliberalismo, ou Liberalismo Construtor e Intervencionismo Social: a precisão de seus conceitos mediante a análise da gradação do controle estatal e de sua política de prioridades. **Revista de Informação Legislativa**, v.34, n.135, p.237-251, jul./set., 1997.
- BALTAZAR, S. M. A liberdade econômica como novo paradigma do Estado regulador. **Raízes jurídicas**, v.3, n.1, p.273-281, jan./jun., 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERCOVICI, G. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p.35-51.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Coleção de Leis Rideel – Vade Mecum Universitário de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher (Org.). 8.ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRITTO FILHO, W. J. **O princípio da não-discriminação tributária no comércio internacional de bens**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. 620 f.

BULGARELLI, W. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, V. M. Regulação econômica e serviços públicos. *In*: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHOSA, M. S. B. **Direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DEL PICCHIA, L. Poder normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. *In*: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, T. S.; SALOMÃO FILHO, C.; NUSDEO, F. (Org.) **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Estado de Direito e Constituição**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, V. R. Considerações sobre a intervenção do estado na economia na ordem constitucional brasileira. **Interesse público**, v.11, n.55, p.81-96, maio/jun., 2009.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14.ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2010.

GROTTI, D. A. M. As agências reguladoras. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 7 de dezembro de 2011.

GUERRA, G. M. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.) Direito regulatório: temas polêmicos*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

INSTITUTO ALVORADA. **O papel do Estado na formação de grandes conglomerados nacionais**. 9 abr. 2010. Disponível em: <<http://institutoalvorada.org/o-papel-do-estado-na-formac%CC%A7a%CC%83o-de-grandes-conglomerados-nacionais>>. Acesso em: jul. 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAENDER, G. B. Características e oportunidades da desregulação: a busca por um novo modelo de atuação estatal. **Revista de direito, estado e telecomunicações**, v.1, n.1, p.181-202, 2009.

LEONARDI, F. R. Noção de sistema na ciência jurídica e anotações sobre o pensamento jurídico em direito privado. **Revista do curso de direito** – Universidade Metodista de São Paulo. São Paulo, v.4, n.4, 2007.

LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACEDO JUNIOR, R. P. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, v.26, p.221, abr. 1998, DTR\1998\651.

_____. Contrato previdenciário como contrato relacional. **Revista de direito do consumidor**, v.22, p.105, abr. 1997, DTR\1997\600.

MARQUES NETO, F. A. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS, E. P. Polícia administrativa econômica. *In: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. (Org.) Curso de direito administrativo econômico*. v.2. São Paulo: Malheiros, 2006, p.344-381.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONCADA, L. S. C. **Direito econômico**. 2.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NESTER, A. W. **Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.

NISHIOKA, A. N. A imunidade das entidades fechadas de previdência privada. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v.5, p.157, mai. 1999, DTR\2011\2611.

NOGUEIRA, A. C. **A dissolução do poder econômico como princípio regulatório**. 2005. Trabalho apresentado junto ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro – USP – Tese apresentada para Doutorado. São Paulo, 2005.

NUSDEO, F. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico.** Tese (Concurso de provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico-Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

OLIVEIRA, S. A. Fundos de pensão algemados. **Revista tributária e de finanças públicas**, v.10, p.205, jan. 1995, DTR\1995\81.

PENNA, E. A. Desenvolvimento econômico e mercado de capitais – a nova lei das S.A. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v.11, p.267, jan. 2001, DTR\2001\512.

PEREZ, M. A. As vicissitudes d aregulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro. *In*: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. (Org.) **Curso de direito administrativo econômico**. v.3. São Paulo: Malheiros, 2006, p.149-169.

RAMOS FILHO, C. A. M. A intervenção do estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro. **Revista tributária e de finanças públicas**, v.17, n.88, p.60-90, set./out., 2009.

RAVA, B-H. A reforma do estado brasileiro e as perspectivas de sua implementação: das mudanças efetivadas ao controle necessário. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v.33, n.104, p.35-54, dez., 2006.

SADDY, A. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia. **Fórum administrativo**, v.9, n.106, p.60-79, dez., 2009.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos.** Malheiros: São Paulo, 2001.

_____._____. 2.ed. rev. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2008, p.167-186.

_____. **Direito concorrencial: as condutas.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANT'ANA, D. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. *In*: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAPIRO, M. G. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento.** Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. 326 f.

SCHMITT, A. V. A exploração estatal de atividade econômica. **Revista de Informação Legislativa**, v.43, n.172, p.169-173, out./dez., 2006.

SILVA, B. M. Limites constitucionais à ação estatal na economia. **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois.** Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. p. 517-541. 4 v.

SILVA, J. C. P. A. Previdência complementar privada e fechada (fundos de pensão). **Revista de direito do trabalho**, v.114, p.109, abr. 2004, DTR\2004\268.

SOUZA, W. P. A. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2005.

TAVARES, A. R. O “estado econômico”, no mundo globalizado. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, v.1, n.2, p.7-32, jan./mar., 2003.

_____. **Direito constitucional econômico**. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. A intervenção do Estado no domínio econômico. *In*: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. (Org.) **Curso de direito administrativo econômico**. v.2. São Paulo: Malheiros, 2006, p.173-218.

THERÉT, B. Política econômica e regulação: uma abordagem topológica e autopoietica. *In*: THERÉT, B.; BRAGA, J. C. S. (Org.) **Regulação econômica e globalização**. Campinas: Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, 1998, p.185-252.

VELLOSO, C. M. S. Da intervenção do estado na ordem econômica: o monopólio e temas conexos. *In*: MACIEL, A. F.; DOLGA, L.; BERALDO, L. F. **Estudos de direito constitucional**: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.219-246.

VENANCIO FILHO, A. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.