

MÁRIO AUGUSTO DE CARVALHO RODRIGUES

**O INTERVENCIONISMO REGULATÓRIO NO BRASIL, UMA ANÁLISE
JURÍDICO ECONÔMICA: O CASO ESTÁCIO-KROTON**

MARÍLIA

2018

MÁRIO AUGUSTO DE CARVALHO RODRIGUES

**O INTERVENCIONISMO REGULATÓRIO NO BRASIL, UMA ANÁLISE
JURÍDICO ECONÔMICA: O CASO ESTÁCIO-KROTON**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Marisa Rossignoli.

MARÍLIA

2018

Rodrigues, Mário Augusto de Carvalho

O intervencionismo regulatório no Brasil, uma análise jurídico econômica: o caso Estácio-Kroton/ Mário Augusto de Carvalho Rodrigues. - Marília: UNIMAR, 2018.
123f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Marisa Rossignoli

1. Neoliberalismo 2. Ordem Econômica 3. Regulação
4. Welfare State I. Rodrigues, Mário Augusto de Carvalho.

CDD – 341.378

Autor: Mário Augusto de Carvalho Rodrigues

Título: O INTERVENCIONISMO REGULATÓRIO NO BRASIL, UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA: O CASO ESTÁCIO-KROTON

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Marisa Rossignoli.

Aprovada pela Banca Examinadora em 16 de Março de 2018, composta pela Doutora Marisa Rossignoli, Pós Doutor Dirceu Pereira Siqueira, e pelo Doutor Rogerio Mollica.

Profa. Dra. Marisa Rossignoli

Orientadora

Prof. Pós Dr. Dirceu Pereira Siqueira

Prof. Dr. Rogerio Mollica

Dedicatória

Dedico este Mestrado à minha família, especialmente minha mãe, que desde cedo exerceu o papel de pai e mãe, sempre trabalhando muito, sendo o maior exemplo de amor, dedicação, responsabilidade e bondade que eu conheço.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, faço sinceros agradecimentos à orientadora e Professora Dra. Marisa Rossignoli, pela atenção que me direcionou, dedicação com o trabalho que desenvolve, profunda competência no exercício do magistério, e pelos inestimáveis conhecimentos e conselhos acadêmicos que me transmitiu. Sinceramente, obrigado Professora.

Agradeço ao Núcleo de Pesquisa e Extensão da Unimar – Nipex, onde conheci pessoas muito dedicadas ao trabalho e verdadeiros amigos, em especial a Professora Walkiria e a Mestranda Catharina.

Por fim, agradeço ao qualificado programa de mestrado da Unimar, pelos conhecimentos e oportunidades que tive, e também agradeço à CAPES, pelo nobre e valiosíssimo investimento na educação.

O INTERVENCIONISMO REGULATÓRIO NO BRASIL, UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA: O CASO ESTÁCIO-KROTON

Resumo: O objetivo geral deste trabalho é discutir o intervencionismo estatal brasileiro, sob a ótica regulatória da ordem econômica da Constituição Federal de 1988, utilizando como caso prático a tentativa de aquisição da Estácio Participações S.A. pela Kroton Educacional S.A., a qual foi barrada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Também faz parte do objetivo geral, a análise da regulação em um sistema econômico neoliberal, ou seja, não se trata de analisar a decisão do CADE como uma decisão antitruste, mas sim no viés constitucional-econômico estabelecido pela ordem econômica. Como objetivos específicos, estuda-se os seguintes pontos: as ideologias econômicas do Liberalismo, Estado de Bem Estar Social e Neoliberalismo; a ordem econômica constitucional; o CADE como agência reguladora e braço estatal; e o caso da aquisição Estácio-Kroton. Justifica-se o presente trabalho, e aqui também está a problemática, pelo atual contexto de discussões jurídico-econômicas sobre a melhor abordagem estatal, seja por sua intervenção, seja pela ausência de interferência ou uma mínima interferência, privilegiando o livre mercado. Realiza-se pesquisa bibliográfica e metodologia dedutiva. Como resultado, observa-se que há elementos significativos que indicam a tentativa das empresas em dominar o mercado em que atuam, o que, ao final, causaria consequências negativas para os consumidores e para o cenário econômico, mas também há uma certa preocupação com elementos da decisão da agência reguladora, que poderiam indicar certo dirigismo econômico por parte do Estado.

Palavras chave: CADE; Neoliberalismo; Ordem Econômica; Regulação; Welfare State.

REGULATORY INTERVENTIONISM IN BRAZIL, A LEGAL ECONOMIC ANALYSIS: THE CASE ESTÁCIO-KROTON

Abstract: The general objective of this work is to discuss Brazilian state interventionism, under the regulatory view of the economic order of the Federal Constitution of 1988, using as a practical case the attempt to acquire Estácio Participações SA by Kroton Educacional SA, which was barred by the Administrative Council of Economic Defense. It is also part of the general objective, the analysis of regulation in a neoliberal economic system, that is, it is not a question of analyzing CADE's decision as an antitrust decision, but rather in the constitutional-economic bias established by the economic order. As specific objectives, the following points are studied: the economic ideologies of Liberalism, the Welfare State and Neoliberalism; the constitutional economic order; CADE as regulatory agency and state arm; and the case of the Estácio-Kroton acquisition. The present work is justified, and here is also the problematic, by the current context of legal-economic discussions about the best state approach, either by its intervention, or by the absence of interference or minimal interference, favoring the free market. Bibliographic research and deductive methodology are carried out. As a result, there are significant elements that indicate the companies' attempt to dominate the market in which they operate, which, in the end, would have negative consequences for consumers and the economic scenario, but there is also a certain concern with elements of the regulatory agency's decision, which could indicate a certain economic direction by the State.

Keywords: CADE; Economic Order; Neoliberalism; Regulation; Welfare State.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABED Associação Brasileira de Educação à Distância

AC Ato de Concentração

ANACEU Associação Nacional dos Centro Universitários

CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF Constituição Federal

CONTEE Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino

CVM Comissão Mobiliária de Valores

DEE Departamento de Estudos Econômicos do CADE

EAD Ensino à distância

ENADE Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes

FIES Financiamento Estudantil

IES Instituições de Ensino Superior

IGC Índice Geral de Cursos

MEC Ministério da Educação

PROCON Programa de Proteção e Defesa do Consumidor

SAAE/RJ Sindicato dos Auxiliares de Administração Escolar do Rio de Janeiro

SEMESP Sindicato das Mantenedoras de Ensino Superior

SG Superintendência Geral do CADE

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1: ATUAÇÃO PRESENCIAL E EAD DA ESTÁCIO DE SÁ.....	93
FIGURA 2: CAMPIS DE ATUAÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO.....	93
FIGURA 3: CAMPIS DO GRUPO KROTON.....	95
FIGURA 4: PRESENCIAIS E EAD DO GRUPO KROTON.....	96

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: ENADE 2012. GRUPO KROTON VS OUTROS.....	96
GRÁFICO 2: ENADE 2013. GRUPO KROTON VS OUTROS.....	97
GRÁFICO 3: ENADE 2014. GRUPO KROTON VS OUTROS.....	97
GRÁFICO 4: IGC – NOTA MÉDIA POR UF: GRUPO KROTON VS OUTROS.....	98
GRÁFICO 5: MATRÍCULAS NAS REDES PÚBLICAS E PRIVADAS.....	104
GRÁFICO 6: TAXA DE ESCOLARIZAÇÃO.....	107

LISTA DE TABELAS

TABELA 1: RECLAMAÇÕES PROCON NORDESTE.....	99
TABELA 2: RECLAMAÇÕES PROCON NORDESTE.....	99
TABELA 3: MARKET SHARE DO SISTEMA EAD NO BRASIL.....	103
TABELA 4: CONCORRÊNCIA DO SISTEMA DE ENSINO SUPERIOR NO BRASIL.....	106

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 - A ORDEM ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO ESTADO – UMA ANÁLISE HISTÓRICA.....	22
1.1 - O Capitalismo.....	22
1.1.1 - Mercantilismo.....	24
1.1.2 - Os Fisiocratas	26
1.2- O Liberalismo Econômico	28
1.2.1 - Adam Smith.....	28
1.2.2 - Principais Características do Liberalismo.....	32
1.3 - Estado de Bem Estar Social	35
1.3.1 - A influência do Marxismo	35
1.3.2 - Principais características do Estado de Bem Estar Social	38
1.4 - Neoliberalismo.....	43
2 - A REGULAÇÃO ESTATAL POR MEIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	51
2.1 – A Constituição Federal e sua Atual Ordem Econômica	51
2.2 - Regulação e Regulamentação.....	56
2.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	64
2.4 - Regulamentação do CADE.....	69
2.4.1 – Primeira Regulamentação Concorrencial pós Constituição de 88 (Lei 8.158 DE 1991)	69
2.4.2 – O Fortalecimento da Presença do CADE por meio da Lei 8.884 DE 1994	71
2.4.3 – O Super CADE da Lei 12.529 DE 2011	74
3 – ANÁLISE DE CASO DA AQUISIÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ PELO GRUPO KROTON EDUCACIONAL	78
3.1 – Direito Antitruste e o Abuso do Poder Econômico	78
3.2 – Principais Atividades Anticoncorrenciais	80
3.2.1 - Cartel.....	80
3.2.2 – Truste	80
3.2.3 - Monopólio	81
3.2.4 – Predação.....	82
3.3 – Atos de Concentração	82
3.3.1 – Aquisição de Títulos.....	83
3.3.2 - Fusão	84

3.3.3 – Incorporação.....	85
3.3.4 – Características das Fusões e Incorporações.....	87
3.3.4 – Procedimentos das Fusões e Incorporações	88
3.4 – Mercado Relevante.....	90
3.5 – Universidade Estácio de Sá.....	91
3.6 –Grupo Kroton Educacional.....	94
3.7 – Análise do Processo 08700.006185/2016-56.....	100
3.8 – Análise do Ponto de Vista Econômico-Concorrencial.....	110
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

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

Neste sentido, considerando que a ideologia econômica do Welfare State exerceu influência desde a segunda guerra mundial até a década de 80 e que a ideologia do Neoliberalismo tem prevalecido desde então, pode-se concluir que a Constituição Federal adotou aspectos de ambos os sistemas econômicos, especialmente no tocante à sua ordem econômica.

Não obstante, crises econômicas globais tendem a testar a sistemática econômica adotada pelos Estados, forçando-os a alternar entre a regulação de um livre mercado e o direcionamento econômico conforme suas agendas político-sociais.

Desse modo, não há unanimidade entre a melhor ideologia, seja ela intervencionista, seja não intervencionista, e isso é refletido no amálgama da Constituição Federal de 1988 que adota uma sistemática capitalista vinculada ao aspecto social e restritiva à atuação estatal na economia.

Em razão disso, as Leis 8.884 de 1994 e 12.529 de 2011 que regulamentam o aparato regulatório do Estado, criaram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

Estes órgãos têm a incumbência de zelar pela concorrência e pela estabilidade mercadológica, para afastar os aspectos mais abusivos relacionados ao capitalismo, como por exemplo, o abuso do poder econômico, a formação de cartéis, monopólios, etc.

A crítica ao intervencionismo dos órgãos reguladores se dá pela tênue linha entre os aspectos econômicos e políticos que podem convertê-los em instrumentos do executivo para direcionar a agenda política, e não como fiscalizadores da ordem econômica constitucional.

Além disso, há a natural aversão liberal, em decorrência da noção de livre mercado e das más experiências de gestão estatal na época do bem estar social. A existência de um sistema intervencionista e regulatório estatal ainda encontra resistência no posicionamento de alguns economistas, que não aceitam um neoliberalismo regulador em virtude do aparente paradoxo entre o livre mercado, autorregulado por seus próprios agentes, e o intervencionismo de um Estado regulador.

Não obstante, cada vez mais se mostram necessários freios e contrapesos como a regulação preventiva, dificultando crises como a de 2008, por exemplo.

A análise de caso da tentativa de aquisição da Universidade Estácio pela Kroton é um dos exemplos da necessidade de um sistema regulatório eficaz, que traz dados técnicos e empíricos sobre o impacto de determinados atos de concentração e fundamenta seu julgamento conforme os preceitos constitucionais.

Neste sentido, este trabalho apresenta como problema de pesquisa o seguinte: No tocante à ordem econômica, o Estado brasileiro apresenta-se de que forma? A Lei 12.529/11 ao regular elementos da economia, se alinha ao posicionamento ideológico da ordem econômica constitucional? Quais são as características do caso Estácio-Kroton, no tocante a uma análise jurídico-econômica? Essas características estão alinhadas à ordem econômica constitucional?

Objetiva-se assim, a análise do papel atual do Estado brasileiro no que se refere à regulação e regulamentação da economia, tendo como objetivos específicos a discussão sobre as ideologias econômicas mais recentes e suas consequências; a análise do posicionamento constitucional frente a essas sistemáticas; e uma análise constitucional-econômica do impedimento de incorporação das empresas Estácio Participações S.A. pela Kroton Educacional S.A., barrado por uma autarquia reguladora.

Justifica-se tal trabalho pela importância da discussão, ainda sem um ponto final, acerca do intervencionismo no livre mercado, partindo-se da discussão do Welfare State e do Neoliberalismo até a atual ordem econômica vigente.

Delimitação do Tema

A discussão do presente trabalho trata a inter-relação entre a Economia e o Direito, especificamente no tocante aos temas das doutrinas intervencionistas e liberais na economia, o posicionamento constitucional referente a elas, e a atuação da agência reguladora econômica brasileira em relação aos aspectos constitucionais e econômicos.

Portanto, o tema será delimitado pelas ideias fundamentais do liberalismo, do Estado Social e do Neoliberalismo, discutindo suas principais características e comentando sobre seus principais autores.

Será necessária a discussão sobre a Constituição Federal de 1988, especificamente, mas não exclusivamente, no tópico de sua ordem econômica, a qual determina as diretrizes do Estado brasileiro para a economia, levando-se em conta, as características econômico-ideológicas citadas acima. É evidente que para a discussão econômica, esta é a área mais relevante da Constituição.

O debate sobre o intervencionismo (ou não) estatal das ideologias citadas acima em comparação com o texto constitucional expõe a necessidade de se distinguir definições como intervenção, regulação e regulamentação para dar coerência e aclarar possíveis confusões.

O Conselho Administrativo de Defesa da Econômica – CADE, agência reguladora do Estado também precisará ter suas principais características definidas, tendo em vista que se trata do braço estatal que corporifica o intervencionismo do texto constitucional. Não obstante, importa aqui, não o CADE em específico, ou a cronologia de suas atuações, mas sim o ato específico de se regular a economia, da constitucionalidade desse ato, e de sua validade perante a ideologia econômica adotada.

Trata-se de uma análise ambivalente, tanto no campo constitucional quanto no campo econômico. Uma análise do atual sistema legal brasileiro a respeito da regulação econômica.

Para melhor avaliar a atuação estatal brasileira, no que concerne às teorias explicadas acima, será utilizada também a análise de caso, cimentando o que ocorre na prática, do que é definido pela teoria.

Portanto, será feita uma análise crítica da tentativa de aquisição da Universidade Estácio de Sá, pelo Grupo Kroton Educacional, a qual não foi possível pela intervenção da agência reguladora estatal. Tanto a decisão do CADE, em termos constitucionais e econômicos, quanto a tentativa de aquisição pelos agentes privados, serão analisados sob o viés da carga teórica trazida nos itens anteriores.

Assim, pela conclusão, a delimitação do tema é referente ao posicionamento constitucional econômico, a validade deste posicionamento na teoria econômica, e o resultado extraído disso na prática, por meio da análise de caso.

Importância do Tema

A análise atual da regulação econômica no Brasil possui amplo espectro de relevância. A discussão da participação do Estado na economia não é nova, e no entanto também não é definida, migrando cronologicamente de uma semi-abstenção a uma completa concentração de atribuições.

Verificando a atual tendência e seus resultados, como no caso prático trazido, possui duplo sentido. O primeiro é se as fórmulas escolhidas estão dando o resultado esperado, criando um ambiente favorável ao florescimento de novas oportunidades de desenvolvimento tanto econômico quanto social, além da natural análise jurídica sobre a validade dessas fórmulas.

O segundo é fornecer uma previsão do panorama brasileiro, analisando a tendência mundial como a crise de 2008, e se essa sistemática consegue responder aos desafios da mutabilidade econômica e o natural desenvolvimento social.

Não obstante, a regulação por agências estatais revela a necessidade de se proteger setores sensíveis e de extrema importância na sociedade, e a análise revela se há o efetivo intuito protetivo ou apenas uma tentativa de concentrar maior poder nas mãos do Estado.

O protecionismo também é outro aspecto diretamente relacionado à regulação e portanto, reflete no maior ou menor investimento estrangeiro, na balança comercial, nas questões trabalhistas e enfim, em todo o gênero econômico-social.

Em todos os casos, estão presentes os ramos do Direito, sejam nas questões administrativas, sejam constitucionais, empresariais, trabalhistas ou contratuais, o que expõe amplo interesse jurídico.

A inter-relação entre as áreas do Direito e da Economia é de extrema importância para se constatar aspectos comerciais, políticos e sociais, caracterizando em investimento humano, financeiro e tecnológico nos mais variados setores produtivos.

A discussão do coletivo e do privado também são pontos que possuem pesada influência tanto no Direito quanto na Economia, variando sua predominância, conforme o tempo, ora estabelecendo-se legislações menos interventivas, ora com maior predomínio das atuações estatais.

Todas essas características demonstram a importância do estudo da regulação estatal, em uma análise de conceitos econômicos e jurídicos, com reflexos em uma grande gama de setores da sociedade.

Metodologia

As doutrinas jurídicas e econômicas (como clássicos de Adam Smith e de Karl Marx) serão utilizados para definir os limites das ideologias econômicas e da ordem econômica constitucional, bem como sobre a conceituação da regulação e das agências regulatórias.

O método dedutivo será aplicado especialmente durante as definições e conceituações, com abrangência em todo o trabalho, mas especialmente no primeiro e segundo capítulo, os quais trataram dos temas constitucionais e econômicos.

Também será utilizado o método indutivo na análise do caso concreto e jurisprudencial, traçando as principais tendências práticas em comparação com as teorias delineadas nos itens anteriores.

No que concerne à jurisprudência, tratou-se de utilizar parâmetros não apenas para corroborar a assertiva, mas para criar a crítica, fomentar o debate e esclarecer o posicionamento adotado pelos órgãos julgadores.

Igualmente, a análise do caso concreto foi especialmente crítica, não se justificando ao texto exposto mas analisando pontuadamente aquilo que foi decidido em comparação tanto com a constituição quanto com os termos econômicos estudados.

Foi feito um estudo dedutivo de matérias exclusivamente econômicas, sem eventuais vícios do arcabouço jurídico, dando ao trabalho uma independência das matérias, ao mesmo tempo em que seu posicionamento, cronologia e semelhança, criam uma correlação e coerência no trabalho, complementando-o.

Estrutura e Objetivos do Trabalho

O trabalho foi dividido em: Introdução; A Ordem Econômica e a Atuação do Estado – Uma Análise Histórica; A Regulação Estatal por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; O Impedimento da Aquisição da Universidade Estácio pelo Grupo Kroton; e Conclusão.

Assim, conforme se estabelece a estrutura do presente trabalho, também serão adicionadas algumas explicações a respeito do seu objetivo, da sua finalidade de pertencer àquela posição, bem como, seu conteúdo.

Ao se tratar do primeiro capítulo, ou seja, a ordem econômica e atuação do Estado, busca-se trazer conceitos clássicos da economia e doutrinas relevantes do Direito para demonstrarem a evolução do capitalismo e a sua correlação com o Estado.

Assim, neste primeiro momento serão analisadas as ideologias econômicas que migram de um Estado semi-ausente, a um Estado mais concentrado em termos econômicos, que evidentemente respingam no desenvolvimento social e jurídico.

Trata-se de noções básicas sobre economia, para se criar uma noção cronológica, bem como, definir conceitos e pavimentar a possibilidade de análise da ordem econômica constitucional adotada pela Constituição Federal de 88.

Durante a discussão sobre a Regulação do CADE, serão averiguados os aspectos econômico-constitucionais, perfazendo uma análise dos artigos da Constituição em conjunto com análise doutrinária e estabelecendo a ideologia econômica adotada.

A regulação e a agência reguladora (na forma do CADE) serão estudados logo em seguida, com a mesma finalidade do capítulo anterior, para que se permita uma coerência lógica e racional do próximo item, que é uma complexa análise de caso.

Portanto, como será visto, termos como regulação, regulamentação, intervenção não são sinônimos e possuem significados próprios. Isso significa que dentro da lógica desenvolvida, é preciso esmiuçar esses conceitos para que se esclareça especificamente o que ocorre no cenário brasileiro.

Indo além, o CADE é a principal agência reguladora econômica brasileira, e é dela o caso prático em análise, fazendo sentido a averiguação de suas características e sua estrutura legal.

O Impedimento da Aquisição da Universidade Estácio pelo Grupo Kroton será dedicado em um primeiro momento, a certas definições técnicas, e após, extensivamente ao julgamento do processo nº 08700.006185/2016-56 pelo CADE.

A finalidade desse item é apreciar como uma agência reguladora tem interferido no mercado, se essa interferência é legalmente viável ou se ultrapassa os limites fiscalizatórios da agência, e a análise crítica do resultado obtido, sempre levando-se em conta, o conteúdo dos capítulos anteriores.

A conclusão será a análise crítica de todo o trabalho, não apenas um resumo do que foi obtido, ou de conclusões anteriores. Em outras palavras, será uma averiguação conjunta de todos os itens.

1 - A ORDEM ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO ESTADO – UMA ANÁLISE HISTÓRICA

Para analisar os pensamentos do Welfare State ou Estado de Bem Estar Social e do neoliberalismo, faz-se necessária uma maior análise sobre as escolas econômicas que influenciaram o capitalismo.

1.1 - O Capitalismo

O capitalismo começa a surgir com o fim do sistema feudal no ocidente. Na Europa, a queda do império romano deixa um vácuo que é preenchido regionalmente por senhores feudais, protegendo seus vassalos em troca de pagamento, seja em alimentos ou produtos, seja em prestação de serviços. (HUNT, p. 6)

O aumento populacional dá origem a mais cidades, e mais centros industriais, o que contribui para o progresso do maquinário e a expansão comercial marítima, permitindo a consolidação e evolução do capitalismo no século XVIII (GALBRAITH, 1979, p. 2-3)

A contínua ascensão do comércio, caracterizada pelas associações dos artesãos e comerciantes em guildas, e a necessidade de centros produtivos e industriais para satisfazer a demanda do comércio exterior forçaram a dissolução do sistema feudal, fragilizando a balança de poder, que antes estava lastreada na mecânica da proteção do vassalo pelo senhor feudal.

O acúmulo de riqueza dos comerciantes, somado às ideias iluministas do século XVIII contribuem para o estabelecimento de um sistema baseado na organização racional da sociedade, o que proporcionaria probabilidades ilimitadas de criação e trabalho do indivíduo. Para que isso ocorresse, haveria necessidade do estabelecimento de princípios como a liberdade de empresa, liberdade de concorrência, liberdade individual e a aversão ao Estado, que comprometia esses princípios (BORGES, 2000, p. 26-27)

Hunt define o capitalismo do seguinte modo:

O capitalismo é caracterizado por quatro conjuntos de arranjos institucionais e comportamentais: produção de mercadorias, orientada para o mercado; propriedade privada dos meios de produção; um grande segmento da população que não pode existir, a não ser que venda sua força de trabalho no mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico. (HUNT, 2005, p. 2)

A produção de mercadorias é necessária na medida que ela satisfaz determinada necessidade humana, e por isso pode ser trocada por moeda. O produtor não necessariamente tem interesse na mercadoria que produz, mas sim no valor que será atribuído a ela. Essa sistemática permite o giro de economias no mercado interno e externo, além do acúmulo de riquezas.

A propriedade privada é intrínseca a uma economia de mercado capitalista. É preciso que o produtor tenha e possa dispor sobre seu modo de produção, seja por meio de uma fábrica, um negócio, ou similares. Naturalmente haverá utilidade nesse direito do produtor pela propriedade privada, na medida que o objetivo final é o lucro, e por isso, não faria sentido um negócio ocioso.

O terceiro requisito indicado por Hunt é a necessidade de que um grande segmento da população não possa existir a não ser que venda sua força de trabalho. O capitalismo transforma a própria mão de obra do trabalhador em mercadoria (2005, p. 4), para que ele venda ao capitalista em troca de salário, e futuramente possa comprar as mercadorias que ele próprio produz.

A necessidade de uma grande massa de trabalhadores é importante para o capitalismo na medida que diminui o salário oferecido, aumentando o lucro e oferecendo facilidade na substituição da mão de obra.

O último requisito é o comportamento individualista e aquisitivo dos indivíduos dentro do sistema econômico. Esse elemento subjetivo se trata da motivação para que se continue produzindo o excedente social (Aqueles mercadorias a mais que o trabalhador produz, além do que consome) e fomentando a mecânica capitalista. Pode-se concluir que o consumismo e o materialismo são instrumentos para motivar esse comportamento individualista e aquisitivo.

Não é difícil prever, e a história corrobora, que a necessidade de requisitos subjetivos como componente da sistemática capitalista, somada à necessidade frenética de consumo, ao sistema financeiro de especulação, à negligência aos aspectos sociais na economia, à redução da participação estatal em detrimento da atuação do capitalista, às incertezas do cenário mundial como a guerra, entraves políticos, diferenças ideológicas, entre outros, causariam anomalias e crises dentro do sistema capitalista.

Outro ponto importante na sistemática capitalista é a atuação estatal. Durante a gênese do liberalismo, grande parte do arcabouço intelectual voltava-se a criticar a

intervenção estatal na economia. Assim, a arena econômica foi ocupada por livres empreendedores, abstendo-se, o Estado, de ingerências nesta área (CARVALHOSA, 1972, p. 70-73).

A ideia geral do não intervencionismo vinha inicialmente da corrupção existente e ineficiência dos regimes do mercantilismo e anteriores com os privilégios clericais e dos nobres.

O Estado era visto como pesado e intrusivo, atrapalhando questões comerciais que acabavam de ser concebidas, tributando e impondo limites que impediam o desenvolvimento ao mesmo tempo que garantiam os privilégios da aristocracia.

O liberalismo econômico sem a presença do Estado, no entanto, também trouxe inconvenientes pois radicalizou muito em favor dos patrões e proprietários de indústrias, causando, ao longo das décadas, ao mesmo tempo que promovia desenvolvimento econômico e tecnológico, grande desigualdade de renda e profundos agravantes sociais que só podiam ser sanados com o poder coercitivo do Estado.

Exemplos como a grave crise de 1929, que abalou a economia mundial, mudam a perspectiva econômica, que toma um rumo menos liberal, autorizando o Estado a atuar em políticas fiscais e monetárias, e por via de consequência, intervindo diretamente na economia.

Essa intervenção se acentuou com o fortalecimento da ideologia socialista na União Soviética, tendo o ocidente capitalista, novamente, que adotar medidas menos liberais e voltadas ao campo social para apaziguar os elementos mais radicais do capitalismo e evitar crises ou simpatia pela ideologia oposta.

Anos seguintes, com a crise do petróleo da década de 70, somado à má gestão estatal da economia e ao inevitável fim do socialismo, adotam-se medidas liberais, com a intervenção mínima do Estado.

Assim, percebe-se que em determinados ciclos, ocorrem crises econômicas dentro do sistema capitalista, causadas por diversos motivos. É durante essas crises que adotam-se medidas alternadas entre o intervencionismo e o liberalismo para aliviar o desgaste social ou econômico da agenda política de determinados governos.

1.1.1 - Mercantilismo

Importante mencionar essa etapa da evolução econômica, na medida que ela influenciou intensamente o desenvolvimento do liberalismo clássico de Adam Smith.

O mercantilismo era um sistema econômico intermediário entre o feudalismo de agricultura e as modernas ideias econômicas do liberalismo. Desse modo, o poder dominante ainda era composto por uma elite aristocrata ao mesmo tempo em que a classe dos comerciantes ganhava influência com suas riquezas.

Era um sistema de adaptação para as novas tendências econômicas, com a presença constante do Estado para ainda tentar manter o antigo status quo.

Com a transformação do regime feudal e a crescente comercialização de produtos, os mercantilistas acreditavam que a atração do comércio estava numa balança comercial positiva, e portanto, as exportações seriam uma benção na medida que estimulariam a indústria e permitiriam a importação de ouro e prata. Assim, o Estado deveria proteger a sua indústria por meio de subsídios, privilegiar as exportações e desestimular as importações com restrições protecionistas (WILLIAMSON, 1989, p. 19-20).

A escassez de ouro e prata causada pelo aumento das relações comerciais no fim do feudalismo fomentaram essas medidas protecionistas e bulionistas¹.

Durante o mercantilismo, buscou-se a todo o tempo, a maior quantidade de exportações possíveis, e a menor quantidade de importações possíveis, caracterizando a busca incessante de uma balança comercial positiva. Com essa intenção, estabeleceram-se monopólios comerciais que exploravam especialmente as colônias dos europeus (comprando matérias primas a um baixo custo e vendendo os produtos manufaturados de volta, a um alto custo).

Relevante mencionar que nesse período, a regulação estatal estava fortemente presente. A escassez de ouro e prata, fez com que os países europeus criassem penas severas para quem exportasse esses minérios ou incluíam pesadas tarifas alfandegárias, tudo para manter os metais preciosos circulando dentro do país, o que era excessivamente inconveniente para os comerciantes (SMITH, 1937, p. 330).

As medidas que um Estado tomava variavam de aumentar impostos, criar barreiras alfandegárias rigorosas, regulamentar leis para coibir contrabandos por exemplo, retaliações políticas ou diplomáticas, entre outras.

Hunt destaca o tamanho do intervencionismo durante o mercantilismo:

¹ Metalismo ou bulionismo era a prática dos Estados de estocar metais preciosos como o ouro e a prata, aplicando tarifas e multas para quem os tirasse do país (por meio da exportação, por exemplo). Com o crescimento do comércio, aumentou-se a demanda por esses metais, e sua escassez geralmente causava crises econômicas.

Além dessas restrições ao comércio exterior, havia um emaranhado de restrições e regulamentos destinados ao controle da produção interna. Além das isenções tributárias, dos subsídios e de outros privilégios usados para estimular a maior produção das indústrias exportadoras importantes, o Estado também se envolvia na regulamentação dos métodos de produção e da qualidade dos produtos produzidos. Na França, o regime de Luís XIV codificou, centralizou e ampliou os antigos controles descentralizados das guildas. Técnicas de produção específicas tornaram-se obrigatórias e foram aprovadas amplas medidas de controle de qualidade, com inspetores nomeados em Paris encarregados de fazer cumprir essas leis localmente. Jean Baptiste Colbert, famoso ministro e conselheiro econômico de Luís XIV, foi o responsável pelo estabelecimento de regulamentos extensos e minuciosos. Na indústria têxtil, por exemplo, a largura de uma peça de tecido e o número exato de fios contidos nesse tecido eram rigidamente especificados pelo governo. (HUNT, 2005, p. 19).

Williamson destaca que o problema principal do mercantilismo foi não ter entendido que a essência do comércio não é sempre ter uma balança comercial positiva, pois, mesmo em um cenário de balança comercial negativa, ainda haveria a circulação de produtos no mercado interno, e trocas voluntárias entre os países beneficiariam ambos, sem haver a necessidade de um deles ter excedentes ou o outro, um déficit (1989, p. 20).

Estes, no entanto, não eram os únicos problemas do mercantilismo. O privilégio da aristocracia e a manutenção de seu poder tinham custos exorbitantes, além de fomentarem uma intensa corrupção no sistema político. Com o tempo, a constante intervenção e irresponsável gestão dos príncipes e nobres no domínio público acabaram por encurtar o período dessa prática econômica.

Todas essas características demonstram que durante o mercantilismo, o Estado era excessivamente intervencionista e protecionista, especialmente em favor do próprio poder central.

1.1.2 - Os Fisiocratas

Fisiocracia era o nome dado ao estudo da natureza econômica (governo da natureza), por meio do qual, economistas acreditavam que a economia derivava exclusivamente da exploração da agricultura e do campo.

O movimento fisiocrata, liderado por François Quesnay e Anne Robert Jacques Turgot, pode ser considerado o pai da economia política moderna (Marx, 2016, p. 44)

Karl Marx, em sua obra *Teoria da Mais Valia* define a fisiocracia:

For them the bourgeois forms of production necessarily appeared as natural forms. It was their great merit that they conceived these forms as physiological forms of society: as forms arising from the natural necessity of production itself, forms that are independent of anyone's will or of politics, etc (2016, p. 44)
 [...] for the Physiocrats agricultural labour is the only productive labour, because it is the only labour that produces a surplus-value, and rent is the only form of surplus-value which they know² (MARX, 2016, p. 46).

Esse movimento surgiu no século XVIII e opunha o mercantilismo ao contrariar ideias bulionistas e protecionistas do modelo passado. Isso porque para os fisiocratas, a ordem natural da economia não combinava com a intervenção estatal, que tendia a interferir negativamente nessa sistemática por meio do protecionismo.

E Marx segue com sua crítica a esse modelo econômico:

It is in fact the first system which analyses capitalist production, and presents the conditions within which capital is produced, and within which capital produces, as eternal natural laws of production. On the other hand, it has rather the character of a bourgeois reproduction of the feudal system, of the dominion of landed property; and the industrial spheres within which capital first develops independently are presented as "unproductive" branches of labour, mere appendages of agriculture.³ (MARX, 2016, p. 49-50)

Como os fisiocratas identificavam o trabalho rural como o único capaz de produzir excedente social, houve certo apelo para o retorno às raízes feudais, negligenciando a produção e o trabalho industrial.

Esse movimento logo perdeu força com as ideias de Adam Smith, que influenciou profundamente o surgimento do liberalismo econômico.

² Para eles as formas de produção burguesas necessariamente apareciam como formas naturais. Era o grande mérito deles que eles concebiam essas formas como formas fisiológicas da sociedade: como formas emergentes da natural necessidade de produção em si mesmo, formas que são independentes das vontades ou políticas, etc. de qualquer um [...] [...] para os fisiocratas o trabalho rural é o único trabalho produtivo, porque ele é o único trabalho que produz mais-valia, e o aluguel é a única forma de mais valia que eles conhecem.

³ É de fato o primeiro sistema que analisa a produção capitalista, e apresenta condições dentro da qual o capital é produzido, como eternas leis naturais de produção. De outro lado, ele tem maior caráter burguês de reprodução do sistema feudal, acerca do domínio da terra; e as esferas industriais nas quais o capital primeiramente se desenvolve independentemente são apresentadas como galhos improdutivos do trabalho, meros apêndices da agricultura.

1.2- O Liberalismo Econômico

O liberalismo⁴ começou a surgir no século XVIII com a Revolução Industrial e com as ideias da Escola Clássica de economia. A alta demanda dos mercados externos por produtos industrializados ingleses forçou o rápido crescimento das indústrias daquele país, tendo os capitalistas que se adequar à grande demanda e desenvolver novos métodos de produção e de trabalho.

Ao mesmo tempo, Adam Smith, principal membro da escola clássica, conseguiu sintetizar a mecânica que se desenvolvia por trás da Revolução Industrial. Ao escrever a sua obra *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ou simplesmente, *Wealth of Nations*, iniciando-se, assim, o período de liberalismo econômico.

1.2.1 - Adam Smith

Smith identificou as três funções da renda daquele período (lucro, aluguéis e salário) e as três principais classes sociais (os capitalistas, os operários e os proprietários de terras).

Assim, lucro seria a renda do capitalista, do mesmo modo que o salário seria a renda do operário e o aluguel a renda do proprietário de terra. Para Smith, o único que não contribuía para a economia era o proprietário de terra pois, no seu modo de ver, o aluguel não envolvia qualquer etapa produtiva e o produto final (o aluguel) não podia ser convertido em mercadoria tanto para o mercado interno quanto externo.

Indo além, em sua obra, que deu origem ao liberalismo econômico Smith cunhou o termo “mão invisível”, por meio do qual, o mercado naturalmente ajustaria a oferta e demanda dos produtos, através de uma força invisível e natural. Essa “mão invisível” também ajustaria o conflito de classes por conta do funcionamento sistemático de leis naturais. Isso significa que, por intermédio de algum ou alguns indivíduos, haveria o choque entre as classes para harmonizar a tensão dos operários com os capitalistas.

Smith propunha que a produção e distribuição de mercadorias, bem como, a organização das classes determinavam o nível evolutivo de determinada sociedade em termos econômicos.

⁴ Neste trabalho, utiliza-se liberalismo no sentido de liberalismo econômico.

Assim, para ele, a caça, o pastoreio, a agricultura, e o comércio eram os estágios evolutivos para uma sociedade capitalista, além dos métodos de produção e distribuição das necessidades econômicas serem a chave para compreensão dos governos e instituições sociais daquela sociedade (HUNT, 2005, p. 41).

A caça seria o estágio de pobreza universal em que todos da sociedade seriam iguais, sem qualquer tipo de instituição, autoridade, soberanos ou noção de comunidade. (SMITH, 1937, p. 561)

O pastoreio seria imediatamente superior ao da caça, sendo comum nos povos árabes e tártaros, onde a vida nômade e o poderio econômico fazem a diferença no ordenamento social. Assim, quem detém mais gado ou ovinos seriam hierarquicamente superiores àqueles que não os possui, e por isso detendo autoridade. Nessa ideia, os próprios pequenos pastores defendem tanto eles mesmos quanto os grandes pastores, pois é dos grandes pastores que eles recebem um certo grau de autoridade, como uma pequena nobreza, e assim, essa sistemática permeia a organização governamental do estágio pastoril. (SMITH, 1937, p. 545).

Na agricultura, a fixação em determinada porção de terra para produção criava a noção de propriedade e por sua vez, a propriedade de grandes vastidões de terra emanavam o poder social e político (HUNT, 2005, p. 42)

Naturalmente, com a expansão do comércio exterior, o surgimento das cidades e o desenvolvimento de técnicas comerciais, a agricultura feudal perde força e há, para Smith, um desenvolvimento da organização política e social nas cidades, por meio dos direitos de propriedade, a liberdade de produção, expansão de riquezas para os produtores entre outros motivos.

Esse último estágio comercial, era justamente o aspecto natural da “mão invisível”, que nos dizeres de Hunt: “no sentido de promover o bem social, sem que essa promoção seja parte de seu intento ou motivo” (HUNT, 2005, p. 43), ou seja, estritamente natural, dirigindo o desenvolvimento e a criatividade humana.

Outro ponto de grande importância na obra de Smith é a noção de *laissez faire* e de estado mínimo, o qual Hunt brevemente introduz:

No contexto da teoria da História, de Smith, o capitalismo representava o estágio mais alto de civilização e atingiria seu ponto culminante, quando tivesse evoluído para um estado em que o governo tivesse adotado uma política de *laissez-faire*, permitindo que as forças da concorrência e o livre jogo da oferta e da demanda regulassem a

economia, que ficaria quase que completamente livre das restrições do governo ou de suas intervenções (HUNT, 2005, p. 54).

Smith diz o seguinte sobre o intervencionismo estatal:

(...) therefore, being thus completely taken away, the obvious and simple system of natural liberty establishes itself of its own accord. Every man (...) is left perfectly free to pursue his own interest his own way, and to bring both his industry and capital into competition with those of any other man, or order of men. The sovereign is completely discharged from (...) duty of superintending the industry of private people, and of directing it towards the employments most suitable to the interest of the society.⁵ (SMITH, 1937, p. 542)

Os sistemas de preferência e restrição são justamente as práticas mercantilistas de se reter o ouro e prata no mercado para circulação da moeda, entre outras medidas restritivas, sendo que após isto, um sistema de liberdade natural surgiria.

E na segunda parte, quando diz que o soberano fica livre do dever de supervisionar, trata-se, evidentemente, da desnecessidade de regulação por parte da autoridade governamental, a qual seria exercida por meio da disputa do “esforço e capital” entre os agentes privados (autorregulação).

A ideia da autorregulação para Smith ocorria em decorrência da divisão do trabalho, na qual, no estágio mais avançado do capitalismo (o estágio comercial), as forças econômicas, naturalmente (por meio da mão invisível) direcionariam os setores produtivos e a alocação dos trabalhadores conforme a atividade mais lucrativa. (HUNT, 2005, p. 57)

Para Smith, o governo só deveria exercer as seguintes funções:

First, the duty of protecting the society from violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of the society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public Works and certain public institutions which it can never be for the interest of any individual, or small number of individual, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals, though it

⁵ Portanto, sendo assim completamente retirado, o sistema óbvio e simples da liberdade natural se estabelece por conta própria. Todos os homens (...) são perfeitamente livres para prosseguir seu próprio interesse em seu próprio caminho, e para levar sua indústria e capital em concorrência com os de qualquer outro homem ou ordem de homens. O soberano está completamente dispensado do (...) dever de superintender a indústria de pessoas privadas e de dirigi-la para os empregos mais adequados ao interesse da sociedade

may frequently do much more than repay it to a great society.⁶ (SMITH, 1937, p. 542-543)

Importante lembrar que as três funções da renda (lucro, aluguéis e salário) estão diretamente relacionadas às três classes sociais identificadas por Smith (os capitalistas, os operários e os proprietários de terras), como foi dito acima, e todos estão vinculados ao último estágio do capitalismo, que é o comercial.

Portanto, segundo Hunt, “Smith não tinha dúvidas quanto ao fato de que, das três classes sociais, o trabalho é o único criador de valor ou riquezas” (HUNT, 2005, p. 45) e indo além, identificava a luta de classes entre os trabalhadores e os capitalistas, tendo em vista que estes queriam receber o máximo possível e aqueles pagarem o mínimo possível.

Evidentemente que este comportamento, somado com outros aspectos econômicos, trariam à tona uma luta de classes entre os patrões e os trabalhadores, ou seja, em que os trabalhadores buscariam aumentar os salários e os patrões reduzi-los. Não é difícil prever, qual dessas duas partes teria maior vantagem nessa luta e forçasse a outra a aceitar seus termos. Os patrões, em menor número, podem juntar-se com muito mais facilidade; a lei, por outro lado, autoriza ou, pelo menos, não proíbe estes conluíus, ao passo que proíbe os dos trabalhadores. O Parlamento não toma medidas contra o conluio para baixar o preço do trabalho, mas tem muitas medidas contra o conluio para aumentá-lo. Em todas estas disputas, os patrões podem aguentar muito mais tempo. (SMITH, 1937, p. 65-67).

Percebe-se que o capitalista, ao menos naquela etapa inicial do liberalismo, detinha muito mais condições de subjugar os trabalhadores, especialmente no tocante à maximização dos lucros e minimização dos salários.

Futuramente, o desgaste de privilégios dos patrões e a união de trabalhadores forçarão uma mudança na área econômica, especialmente com as críticas de Marx e depois com alguns pontos de Keynes, flexibilizando certas condições liberais

⁶ Primeiro, o dever de proteger a sociedade de violência e invasão de outras sociedades independentes; segundo, o dever de proteger, tão longe quanto possível, cada membro da sociedade da injustiça e opressão de cada outro membro dela, ou do dever de estabelecer a administração da justiça; e, terceiro, o dever de estabelecer e manter certos trabalhos públicos e certas instituições públicas as quais não poderão nunca ser do interesse de qualquer indivíduo, ou pequeno número de indivíduos, para estabelecer e manter, porque o lucro poderia nunca repagar as despesas para qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, apesar de que elas podem frequentemente fazer mais do que repagar para a grande sociedade.

extremamente favoráveis aos capitalistas e tendendo a um sistema menos agressivo aos trabalhadores.

Relevante salientar que, Smith fez uma análise histórica para entender o momento que se passava na Inglaterra, e conseguiu sintetizar que, com o fim da sociedade agrária feudal, deu-se início a uma sociedade comerciante industrial urbana, a qual trazia novas formas de relações sociais e novas dinâmicas econômicas (como é o caso do lucro, salário, e a importância do comércio exterior).

Essa análise foi imperiosa para congregar a dinâmica do sistema liberal econômico e dar início ao estudo da economia moderna. Não se buscou analisar a teoria do valor de Smith, nem outros temas mais aprofundados de sua obra pois o assunto principal para dar contexto à ideia de regulação estatal, foi sinteticamente exposta acima.

1.2.2 - Principais Características do Liberalismo

O liberalismo econômico ainda foi desenvolvido por David Ricardo e Thomas Malthus, que, em conjunto com Adam Smith, compõem a escola clássica de economia moderna (ARAÚJO, 1995, p. 33 e 45). A Riqueza das Nações, obra principal de Smith, foi a precursora de toda a ideologia liberal.

Assim, podemos destacar que é a primeira sistematização moderna a estudar as dinâmicas econômicas de um país. Smith concebeu o liberalismo em decorrência de um estudo histórico sobre as relações produtivas, os estágios do capitalismo e diversos fatores econômicos (como a renda e a divisão de classes) (SMITH, 1937, p. 304).

As noções do liberalismo econômico decorrem muito do iluminismo e do liberalismo francês, que trouxeram uma ideia naturalista e de liberdade ao campo econômico. Tanto é, que o conceito de “mão invisível” inclui justamente uma força “natural” para corrigir e direcionar o mercado ao desenvolvimento, sem qualquer influência do Estado.

Liberdade de empresa, liberdade de concorrência, liberdade individual e a organização racional da sociedade, lastreadas no potencial criativo dos indivíduos (BORGES, 2000, p. 26) são, portanto, fortes influências iluministas.

Admite-se que no liberalismo exista uma tendência ao equilíbrio da oferta e demanda, por meio da natural “mão invisível”, que faria com que os produtores

escolhessem os produtos mais lucrativos e reduziria o incômodo do excedente produzido que não possui total absorção pelo mercado.

Cumprê salientar que esse tipo de mercado favoreceria os países mais desenvolvidos, na medida que eles teriam mais condições de implementar indústrias avançadas, com maior investimento tecnológico e monetário, algo extremamente difícil para países agrários ou economicamente dependentes de commodities.

Um clássico exemplo dessa desvantagem do liberalismo é quando David Ricardo, explicando a Teoria da vantagem comparativa que derivou das ideias de Smith, comparando a Inglaterra e Portugal para fundamentar sua ideia de que cada país deveria produzir o que fosse mais rentável, ou seja, tivesse maior vantagem relativa. (ARAÚJO, 1995, p. 42-43) Essa comparação, no entanto, não considera a especialização de longo prazo, nem questões de logísticas (Mesmo que os portugueses conseguissem produzir algo mais vantajoso do que os ingleses, teriam sérias desvantagens no transporte e numa análise de longo prazo).

Assim, para os liberais, era completamente justificável que certos países continuassem vendendo matérias primas, pois eram a sua melhor contrapartida, e que outros países vendessem o produto derivado/industrializado dessa matéria prima (cujo valor é evidentemente superior ao da commodity).

No entanto, para o presente trabalho, as duas principais características do liberalismo econômico são o Laissez Faire e a Autorregulação econômica.

Neste sentido, os liberais econômicos distinguem com muita insistência a participação estatal na economia da participação privada. O termo laissez faire corresponde à essa distinção, quando delega ao Estado a regulamentação apenas do direito de propriedade. Caracteriza-se, portanto, pela elaboração da questão dos limites do governo. É necessário, portanto, que se garanta ao particular a possibilidade de possuir propriedade e dela se utilizar, para que se possa produzir aquilo que mais interesse dentro da mecânica mercadológica (por exemplo, se faltam roupas, o proprietário poderia transformar sua propriedade numa fábrica de tecidos, sem a necessidade do aval do estado ou sua interferência) (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 36)

Assim, Laissez Faire (deixai fazer, deixai ir, deixar passar), é um reflexo da ideia de natural equilíbrio de oferta e demanda, além de uma justificativa para o Estado Mínimo, restringindo sua atuação em três aspectos: na administração da justiça; em temas

relacionados à guerra; e na manutenção de instituições públicas que não interessem ao particular por não gerar lucro (SMITH, 1937, p. 542-543)

Essa justificativa ocorre pois, após décadas de um mercantilismo extensivamente intervencionista, percebeu-se com as obras de Adam Smith, que o Estado, ao interferir na economia, causaria anomalias prejudiciais ao desenvolvimento de forma geral.

Ao forçar a produção de determinados produtos, reter o ouro e a prata, forçar uma balança comercial positiva entre outros aspectos mais direcionados ao comércio, haveria um desequilíbrio nas naturais leis econômicas (contrariando o direcionamento da “mão invisível”), retardando o avanço tecnológico, econômico e social.

Portanto, deveria haver apenas a autorregulação, proporcionada pelos próprios agentes privados, através da concorrência entre eles pelo esforço e capital, o que naturalmente criaria uma concorrência saudável (SMITH, 1937, p. 542).

O próprio interesse individual e egoísta dos produtores levaria a uma disputa para se obter mais lucro, o que os impulsionaria a se esforçar mais, desenvolver novas técnicas e tecnologias, tudo naturalmente, refletindo um desenvolvimento generalizado.

Outro ponto importante dessa ideologia está no fato do conflito de classes, o que futuramente dará base para o desenvolvimento do Estado de Bem Estar Social. Já no liberalismo identifica-se a existência das classes trabalhadora e capitalista, a primeira dependendo da venda de seu trabalho para obtenção de salário para sobreviver e a segunda dependendo do lucro gerado pela venda dos produtos.

Também se admite a inferioridade dos trabalhadores em face dos capitalistas, estes últimos visando o lado econômico em detrimento do lado social (ausência de benefícios trabalhistas, longas jornadas de trabalho, pouco ou inexistente aumento salarial). Tamanha a inferioridade, que os trabalhadores eram proibidos para se reunirem e discutirem melhores condições de emprego, ou mesmo de realizarem greves, enquanto que isso era legalmente autorizado aos capitalistas, ou seja, ainda possuíam proteção governamental (HUNT, 2005, p. 59).

A necessidade de um exército reserva de trabalhadores desempregados aprofunda a fragilidade dos trabalhadores, tendo em vista as consequências de qualquer ato contra os interesses dos capitalistas, e potencializa o lucro destes, na medida em que não precisam aumentar salários, basta demitir e contratar por soldos menores.

Futuramente ainda haverá o fortalecimento dos sindicatos e a redução da desigualdade de armas entre os dois lados desse conflito, mas isso será analisado nos capítulos seguintes.

1.3 - Estado de Bem Estar Social

O Estado de Bem Estar Social começa a ter seus primeiros indícios no século XIX, como que em reação a certos efeitos do liberalismo. A crítica de Karl Marx é fundamental para corroborar o desgaste dos privilégios dos patrões capitalistas, e clamar pela união dos trabalhadores.

1.3.1 - A influência do Marxismo

Neste trabalho serão tratados apenas os temas mais relevantes para contexto da matéria discutida, sempre levando-se em conta que não se busca aqui agora, discorrer sobre conceitos aprofundados tanto da teoria de Smith quanto da teoria Marxista.

Karl Marx, com ajuda financeira de seu colega Friedrich Engels, escreveu a obra “O Capital”, o qual esmiúça conceitos importantes sobre a relação entre o aspecto social com o aspecto produtivo.

Marx criou teorias do trabalho produtivo e improdutivo, da mais valia, e aprofundou a discussão sobre o conceito de capital (capital constante, variável e capital-dinheiro) e sobre a luta de classes, utilizando e ao mesmo tempo tecendo críticas, à obra de Adam Smith, A Riqueza das Nações.

Ao descrever sobre o capital, Marx estuda o movimento das forças produtivas na sociedade capitalista, utilizando uma análise histórica como ponto de partida para entender conceitos como capital, mercadoria e força de trabalho (ARAÚJO, 1995, p. 53).

Assim, Marx conceitua o capital:

“A propriedade de dinheiro, de meios de subsistência, de máquinas e outros meios de produção não transforma um homem em capitalista, se lhe falta o complemento, o trabalhador assalariado, o outro homem que é forçado a vender-se a si mesmo voluntariamente. (...)

Um negro é um negro. Só se converte em escravo se houver certas condições. Uma máquina de fiar algodão é uma máquina de fiar algodão. Só em certas condições se transforma em capital. Fora destas condições, não é capital, como o ouro em si mesmo e por si mesmo não é dinheiro ou o açúcar não é o preço do açúcar... O capital é uma

relação social de produção. É uma relação histórica de produção.” (MARX, 1971, p. 885).

Lembrando que o “capital é uma relação social de produção”, aos poucos, essa ideia vai ser incorporada nas teorias econômicas modernas, sendo objeto de regulamentação por parte do Estado alemão no final do século XIX, levando a uma onda de reformas sociais, tendo em vista que o liberalismo, por si só, não previa auxílios doenças, planejamentos previdenciários ou estipulação de reajustes salariais, dentre outras garantias, o que evidentemente causou um desgaste social com o tempo.

Outros três aspectos discutidos por Marx são extremamente relevantes para o surgimento do Estado Social. O primeiro é o trabalho. Para Marx, o trabalhador não vende ao capitalista o produto final, e sim a sua força física e sua aptidão mental em troca do salário. Isso afeta a sistemática produtiva, na medida que se analisa o quanto se é produzido e vira lucro e o quanto é produzido e vira salário. Em outras palavras, “A força de trabalho são as aptidões físicas e mentais que o trabalhador possui e que vende ao capitalista mediante um contrato. (...) a cesta de bens que o trabalhador entregava ao capitalista, no fim da jornada de trabalho, era maior que a cesta de bens que o capitalista devolvia ao trabalhador como pagamento desta jornada” (ARAUJO, 1995, p. 61).

A “cesta de bens” que ultrapassa o salário do trabalhador é denominado por Marx como mais-valia e constitui o componente de cálculo nas jornadas de trabalho, para definição de lucro para o capitalista e salário para o trabalhador.

Isso está diretamente ligado à luta de classes, que é o segundo aspecto influenciador do Welfare State. Os patrões e empregados estariam sempre em conflito, os primeiros para reduzir os salários e obterem mais lucro e os últimos, para aumentar os salários e conseguirem melhores condições laborais.

O marxismo identifica como cerne da revolução a luta de classes e propõe a união delas, trabalhadores e patrões, para a destruição da classe, no singular, esta como conceito de desigualdade, sendo que na união, naturalmente haveria igualdade entre os indivíduos. O movimento marxista identifica deformações no modelo capitalista, condenando vícios capitalistas e clamando imperiosa a necessidade de reforma (BONAVIDES, 2007, p. 174).

Marx criticou especialmente a classe burguesa, a qual detinha privilégios legais e possuía considerável força em comparação com os trabalhadores (conseguiram se

manter por muito mais tempo sem sua renda, detinham poder de demissão, possuíam proteção estatal, detinham muito mais recursos financeiros, entre outros).

Como foi delineado no item sobre Adam Smith, a classe patronal evidentemente detinha vantagem e quase sempre saía bem sucedida no conflito de classes.

O terceiro aspecto é o exército industrial de reserva, que pode ser gerado naturalmente por meio de crises e guerras, ou pelo avanço tecnológico, com o desenvolvimento de novas máquinas que tirem o emprego de trabalhadores.

Ocorre que o exército industrial reserva impede o aumento salarial na medida que há oferta abundante de trabalho e basta a demissão daquele empregado que pede ou teria direito a um aumento, para contratar um novo trabalhador e evitar qualquer reajuste salarial.

Percebe-se, que tanto o trabalho da mais-valia, o exército industrial reserva e a luta de classes estão todos interligados, envolvendo questões salariais, produtivas, de classes e econômicas.

Todos esses aspectos somados também contribuíram para a ideia de que o capital não está dissociado da sistemática social, culminando na luta de classes que era extremamente desvantajosa para os trabalhadores, o que proporcionou pesados retrocessos no campo social.

Importante salientar que as ideias de Marx impulsionaram uma verdadeira reforma no capitalismo. Enquanto o liberalismo se ocupava a garantir uma liberdade meramente formal, mas que, faticamente todos dependiam ou do aluguel ou do lucro ou do salário, sendo os últimos, apenas livres para venderem sua força de trabalho.

Andersen identifica a influência do marxismo no Welfare State, ao considerar que o Estado de Bem Estar Social é produto do modo de produção capitalista, sendo o Estado encarregado de modo que as necessidades coletivas do capital sejam satisfeitas em consenso com uma reforma social (ANDERSEN, 1990, p. 92).

Mesmo sendo crítico do capitalismo, Karl Marx possibilitou o surgimento de ideias menos radicais para obtenção do lucro e voltadas também ao campo social, o que contribuiu para a consolidação do Estado Social.

Pode-se concluir que a criação de Leis trabalhistas e previdenciárias mais ajustadas ao conflito de classes, a criação de organizações sindicais, e a preocupação com

os desgastes sociais da população foram provenientes das críticas de Marx ao modelo liberalista da época.

1.3.2 - Principais características do Estado de Bem Estar Social

A ausência de regulamentação trabalhista traz comodidade aos capitalistas na medida que não se responsabilizavam por quaisquer ônus trabalhistas, possibilitando lucros maiores.

Rosanvallon identifica o surgimento do Estado de Bem Estar Social ou Welfare State⁷ para os ingleses, justamente com a edição de Leis trabalhistas em relação a acidentes de trabalho na Alemanha em 1871 e Grã Bretanha e França em 1897-1898 (ROSANVALLON, 1997, p. 128).

Assim, começam a ser editadas Leis trabalhistas e previdenciárias, como por exemplo, o seguro-doença, cobertura de acidentes em caso de invalidez, aposentadoria por invalidez, seguros sociais, fazendo surgir um modelo do gênero (ROSANVALLON, 1997, p. 128-129).

Marciano Buffon indica que: “O fato de os marcos iniciais serem identificados na Alemanha implicou a origem terminológica desse modelo de Estado. A expressão “Estado Social” é a primeira denominação utilizada naquele país, por obra de Lorenz von Stein, lá pela metade do século XIX (BUFFON, 2009, p. 25).

Evidentemente que antes mesmo do surgimento do Estado Social, já haviam críticas ao intervencionismo, dirigidas por liberais. No entanto, devemos contextualizar essas críticas ao momento e período em que foram feitas. Conforme bem explica Andersen:

Nassau Senior e outros liberais mais recentes de Manchester enfatizavam o elemento laissez-faire em Smith, rejeitando qualquer forma de proteção social além dos vínculos monetários. A adesão entusiástica deles ao capitalismo de mercado pode parecer injustificada hoje. Mas não devemos esquecer que a realidade da qual falavam era a de um Estado que preservava privilégios absolutistas, protecionismo mercantilista e corrupção por toda a parte. O alvo de seu ataque era um sistema de governo que reprimia tanto seus ideais de liberdade quanto de iniciativa. (ANDERSEN, 1990 p. 86)

⁷Nesta dissertação, utiliza-se as nomenclaturas Welfare State e Estado de Bem Estar Social como sinônimos.

O surgimento então, do Estado de Bem Estar Social se dá em outro contexto histórico, e seu marco inicial foi, com certeza, o Plano Beveridge em 1942, quando nasce a nomenclatura de Welfare State para se referir ao Estado Social (ESTERUELAS, 2000 p. 120).

Futuramente, o Estado-Providência também será um dos sinônimos ao Estado Social ou Welfare State. Isso porque, nos dizeres de Buffon, “significa dizer que o Estado está obrigado a cuidar dos cidadãos, da mesma forma que Deus tem cuidado de todas as criaturas. Assim, o Estado-Providência vem a ser, prometeicamente, a assunção laica de tão gigantesca missão” (BUFFON, 2009, p. 25-26).

E Rosanvallon identifica a passagem do Estado moderno (encampado pelo liberalismo) para o Estado-Providência:

- 1 - O Estado moderno define-se fundamentalmente como um Estado-Protetor;
- 2 - O Estado-Providência é uma extensão e um aprofundamento do Estado-Protetor;
- 3 - A passagem do Estado-Protetor ao Estado-Providência acompanha o movimento pelo qual a sociedade deixa de se pensar como base no modelo de corpo para se conceber sob o modo do mercado;
- 4 - O Estado-Providência visa substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal;
- 5 - É a noção de probabilidade estatística que torna praticamente possível e teoricamente pensável a integração da ideia de Providência no Estado. (ROSANVALLON, 1997, p. 20)

A ideia de extensão e aprofundamento do Estado-Protetor envolve a garantia de pleno acesso aos princípios que aquele Estado pretendia garantir. No campo da liberdade de expressão por exemplo, Buffon indica que, para o Estado Providência, “É necessário assegurar, também, os meios necessários para que os indivíduos tenham acesso à educação e à cultura de modo que tal direito possa ser exercido de uma forma plena, visto que de nada adianta garantir liberdade de expressão àquele que está desprovido das condições mínimas para exercê-la (o analfabeto, por exemplo) (BUFFON, 2009, p. 27)

Busca-se portanto a liberdade material, e não mais formal, como bem diz Bonavides:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, políticas e pessoais -, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de

oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”

Estes (trabalhadores) morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo daqueles formosos postulados de que “todos os homens são iguais perante a Lei...” (BONAVIDES, 2007, p. 61)

A prioridade do indivíduo sobre o coletivo, durante o liberalismo, e a ingenuidade na garantia meramente formal de seus princípios, foram críticas fundamentais para que o liberalismo perdesse espaço para o Estado Social.

Soma-se às noções indicadas acima, dois grandes fatores que também influenciaram a criação do Estado de Bem Estar Social: O novo Constitucionalismo com a Constituição do México (1917) e a República de Weimar (1919); e a crise mundial de 1929 com a bolsa de valores estadunidense.

O primeiro fator, com as Constituições do México e a República de Weimar, ocorreu em virtude das mudanças constitucionais que passaram a consagrar direitos sociais de segunda dimensão, estruturando o Estado para prover à sociedade e não ao indivíduo como previa o liberalismo.

Esse dirigismo social-constitucional dado ao Estado formalizou a ciência do Estado Social, dando matéria a um campo que vinha ganhando força mas ainda não possuía substância, influenciando toda a comunidade internacional, causando uma reação em cadeia para a adoção do Welfare State, e dando um fim à maioria dos Estados Liberais.

O *crash* da bolsa de 1929 foi outro fator que cristalizou a necessidade do Estado Social. Tanto em termos econômicos, quanto em termos sociais. Em reflexo à alta taxa de desemprego, ausência regulatória estatal, gravíssimos problemas sociais, que não seriam resolvidos por meio de um Estado liberal, abre-se um vácuo que começa a ser preenchido pelo Welfare State.

John Maynard Keynes posteriormente ainda desenvolve as práticas que um Estado deveria tomar em casos de crise, evidentemente em respostas aos efeitos da crise de 29, por meio de políticas fiscais e monetárias.

Adverte ainda pela armadilha da liquidez e indica a necessidade do pleno emprego, pensamento este, totalmente voltado a uma ideologia social. Percebe-se a

mudança radical do regime liberal para o social, com altíssimo grau intervencionista e regulatório por parte do Estado.

Com as ideias econômicas de Keynes, muitos países ocidentais como Inglaterra, França e Estados Unidos conseguem se reerguer da crise econômica mundial e da devastação da segunda guerra mundial.

Sobre esse novo estágio, Oliveira e Rossignoli apontam:

Era gestado um novo referencial teórico chamado de Keynesianismo (John Keynes), que tinha como principal ponto de defesa a criação de políticas públicas, com a sua participação direta na economia, assegurando a empregabilidade e o consumo. O Estado passou a ser o financiador do crescimento econômico e promotor da chamada política do bem-estar social, podendo ser entendido como o fornecedor ao cidadão do mínimo necessário para a sua vida. (OLIVEIRA; e ROSSIGNOLI, 2017, p. 204)

Um motivo político não muito aparente também reforça a necessidade do Estado Social. A guerra fria. Com o conflito ideológico entre capitalismo e socialismo em disputa desde o fim da grande guerra, até o fim da década de 80, o ocidente adota um capitalismo mais “humano”, com características sociais, para mitigar os efeitos mais radicais dessa ideologia e afastar simpatia pelo regime socialista.

Com o fortalecimento deste tipo de ideologia econômica, os Estados passam a intervir cada vez mais na economia, seja por meio de empresas estatais em concorrência com agentes privados, seja por meio das agências regulatórias que forçam a execução dos programas governamentais, dirigindo o meio econômico para o interesse político desejado (especialmente no âmbito social).

Esse dirigismo econômico se distingue muito claramente do liberalismo, quando havia a mínima participação estatal, em que o mercado deveria ser guiado pela “mão invisível” e autorregulado pela própria concorrência entre as empresas no ramo privado.

Com o Estado Social, as agências reguladoras passam a poder aplicar multas, fiscalizar operações no mercado, credenciar ou descredenciar operações (inclusive no tocante a importação e exportação) e em casos mais extremos, retirar administradores do comando das empresas quando não respeitarem as demandas designadas por determinados governos.

Em outras palavras, as agências reguladoras no Estado Social poderiam, em última instância, substituir os agentes privados do comando das empresas, por agentes

públicos, para melhor se adequar aos interesses públicos e sociais. Veja-se que a intervenção ainda é autorizada atualmente, mas com contornos muito mais técnicos para correção de anomalias do que para direcionamentos econômicos.

Também detinham a característica de direcionar o mercado, por meio da aplicação das sanções expostas acima.

Voltando ao Estado Social, apesar dos intervencionismos, Bonavides bem explica que ainda se trata de um Estado capitalista e não necessariamente adotado por regimes esquerdistas:

“(...) muitos confundem o Estado social com o Estado socialista, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio, o momento preparatório, a transição iminente. Nada disto. O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2007, p.183-184).

Não obstante a mudança do liberalismo para o intervencionismo, o Estado Social durou, historicamente, pouco tempo.

As crises petrolíferas de 70 do século XX, somado ao alto gasto com políticas sociais até a década seguinte (que não se provaram eficientes, muito em decorrência da má administração estatal), inicia-se o declínio do Estado de Bem Estar Social (STRECK, 2004, p. 58).

Conforme menciona Streck:

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

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

Assim, após o natural desgaste com décadas de má administração pública de recursos, somados à contínua recessão e ao sufocamento do setor privado com a interferência estatal, ganha-se força a ideologia neoliberal (defendida por Milton Friedman e Hayek) a qual prima pelo livre mercado (resguardando ao Estado, apenas

atividades não lucrativas ou não competentes à iniciativa privada, como a segurança nacional, por exemplo). Aliás,

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

Não obstante, Rosanvallon identifica a crise do Estado social como uma crise social, e não econômica:

(...) é neste sentido que se pode dizer que não há verdadeira crise do financiamento do Estado-providência. O que a expressão 'impasse financeiro' designa é de fato o problema do grau de socialização tolerável de um certo número de bens e de serviços (1997, p.15)
(...) as transformações do sistema produtivo, a passagem do fordismo a um modo de produção mais flexível não têm apenas uma dimensão operacional e técnica, mas traduzem também novas relações sociais (ROSANVALLON, 1998, p. 99).

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

1.4 - Neoliberalismo

Com as crises petrolíferas da década de 70, somadas a exaustivas ingerências estatais na economia (por meio das políticas monetárias e fiscais para sustentar os gastos sociais) abriu-se caminho para o neoliberalismo que fora idealizado na mesma época do keynesianismo.

O neoliberalismo, assim como o próprio nome já diz, deriva do liberalismo econômico, e foi desenvolvido após a segunda guerra mundial como componente capitalista contrário ao socialismo e ao intervencionismo estatal. Foi idealizado por Milton Friedman e Friedrich Hayek e estabelecia suas premissas no livre mercado, no Estado Mínimo, e na autorregulação da concorrência (ANDERSON, 2003, p. 9).

Oliveira e Rossignoli indicam que “A doutrina predominante estabeleceu as seguintes bases (...) do neoliberalismo: a) um Estado mínimo; b) manutenção da

estabilidade econômica; e c) reformas públicas através de processos de privatizações.” (OLIVEIRA; e ROSSIGNOLI, 2017, p. 206).

Acontece que desde 1945, prevaleceu o keynesianismo, que já vinha ganhando força após o desgaste do liberalismo, somado ao sucesso das ideias de política fiscal e monetária de Keynes.

Importante salientar as diferenças do liberalismo clássico com o neoliberalismo. Assim, Bonavides disserta sobre o liberalismo:

O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não pode ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade.

Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça (BONAVIDES, 2007, p. 62)

Muitos dos princípios liberais permaneceram no neoliberalismo, mas a mudança mais significativa veio com o contexto histórico de cada uma dessas ideologias. Enquanto o liberalismo vinha para afastar a corrupção e o protecionismo do Mercantilismo, por parte de uma elite privilegiada e nobre, o neoliberalismo ganha força após a crise do Estado Social, com o declínio da União Soviética, que então não ofereceria mais ameaça ao capitalismo e este poderia atuar de forma irrestrita.

O neoliberalismo vem como resposta ao desgaste das políticas keynesianas e para alavancar economias em crise, enquanto que o liberalismo foi lentamente implantado com o tempo para afastar a nobreza do governo.

Elementos como a globalização, o consumismo e materialismo são aspectos que corporificaram o neoliberalismo e inexistentes (ou parcialmente inexistentes) à época do liberalismo clássico. Isso também ajudou a moldar a característica de adaptabilidade e metamorfose do neoliberalismo, que atualmente prevê a possibilidade de um neoliberalismo regulador, autorizando a intervenção do Estado na economia para regulá-la. Tal situação seria impensável no liberalismo clássico ou menos nas primeiras décadas de implantação do próprio neoliberalismo.

Também devemos considerar muitos outros fatores que não existiam na época do liberalismo. A força dos sindicatos em favor dos trabalhadores, a carga de benefícios

sociais e as políticas econômicas desenvolvidas por Keynes, foram fatores que o neoliberalismo teve de contrapor.

A constante crise econômica assolando o mundo na década de 70 e a queda do socialismo, abre-se espaço para um tipo de capitalismo radical, em favor do crescimento econômico e permitindo práticas impopulares como o demissão em massa e o dismantelamento de políticas sociais.

Com a crise do Estado Social, Gilberto Dupas indica a mudança de mentalidade no mercado:

Nessa perspectiva, o mercado tendeu a ser reabilitado como instância reguladora por excelência das relações econômicas e sociais no capitalismo contemporâneo. A ele caberia determinar, inclusive, o tipo e a quantidade de investimento da economia, decisão privada com profundos impactos públicos. (DUPAS, 1999, p. 111).

Para se entender o contexto global de descontentamento a partir da década de 90 do século XX, Dworkin relata:

[...] reduzir a desigualdade econômica por meio da redistribuição é prejudicial à economia geral e, há longo prazo fracassará por si só. Os programas de assistências social, dizem eles, são inflacionários, e o sistema tributário necessário para apoiá-los reduz o estímulo e, portanto, a produção. A economia, afirma-se, só pode ser reestimulada pela redução de impostos e pela adoção de outros programas que a curto prazo, irão gerar desemprego e prejudicar especialmente os que já estão na posição mais baixa da economia. Mas esse prejuízo será apenas temporário, pois uma economia mais dinâmica irá gerar prosperidade, o que, no fim oferecerá mais empregos e mais dinheiro para os deficientes e outros realmente necessitados. (DWORKIN, 2000, p. 311-312).

Passa-se a valorizar novamente o indivíduo em seu aspecto econômico e individual e não mais a coletividade. Essa noção surge após exaustivas falhas de um processo mais interventivo, que não foi capaz de lidar com o enorme déficit público, com a crescente inflação e o desemprego generalizado.

Aspectos da “mão invisível” voltam a ser estabelecidos, impondo uma severa restrição à atuação estatal, nos moldes do Estado Mínimo, como bem explica Maria José Galleano de Souza Oliveira:

A ideologia do neoliberalismo preconiza a firme convicção de combater toda e qualquer política governamental baseada na orientação keynesiana do Estado de bem-estar-social (ou Estado-providência), considerado pelos pensadores de orientação neoliberal destruidor das liberdades dos cidadãos e da competição. Alertavam que a sobrecarga do Estado levaria impreterivelmente a ingovernabilidade das

democracias. Portanto, fazia-se necessidade urgente limitar a participação política, distanciar a sociedade e o sistema político e subtrair as decisões políticas administrativas do controle público (OLIVEIRA, 2004, p. 465).

Na contramão, Buffon critica o retorno a uma ideologia liberal, justificando pela quantidade de retrocessos no campo social:

[...] era inevitável que houvesse uma parcela da população que suportaria gravosos prejuízos. Estes, todavia, se mostrariam toleráveis, já que, no futuro, todos desfrutariam da prosperidade oriunda da expansão do capital.

Seguindo essa receita contida na “bula” do neoliberalismo, para que o capital se expandisse e posteriormente fosse possível haver a dita “divisão do bolo”, seria necessário que determinados pressupostos fossem preenchidos, entre os quais, sobretudo:

- a) A redução do Estado mediante processos de privatização das atividades nas quais o Estado ocupava um posto de proeminência ou mesmo atuava como único ator;
- b) A transferência para a classe assalariada do ônus concernente à manutenção do que subsistisse de serviços públicos, reduzindo-se ou diminuindo-se os tributos incidentes sobre o capital;
- c) O enfraquecimento dos sindicatos, para que fosse viabilizada a redução dos salários dos trabalhadores, pois esses seriam responsáveis pelo desemprego;
- d) A substituição gradual do trabalho humano pela automação para haver ganho de produtividade e redução dos custos de produção;
- e) A diminuição dos direitos sociais, especialmente os direitos dos trabalhadores, haja vista que os ônus de tais direitos são responsáveis pelas imperfeições que produzem desemprego (BUFFON, 2009, p. 44).

A redução dos impostos, especialmente sobre os agentes mais ricos, e o enfraquecimento dos sindicatos eram as principais reivindicações neoliberalistas para restabelecer o crescimento econômico.

Os impostos eram vistos como entraves para a atuação privada, e serviam como contraprestação para as onerosas políticas sociais. Se estas acabassem, não se justificaria a pesada carga tributária (sobre os mais ricos).

Já os sindicatos, com as greves e as reivindicações de melhores benefícios e salários, deveriam perder qualquer poder ou influência negocial para poder preservar os lucros dos proprietários.

Outro ponto relevante com o surgimento do neoliberalismo foi a necessidade da criação de um exército de trabalhadores desempregados, ou exército reserva, o que pressionaria tanto os sindicatos, quanto permitiria maiores lucros.

Anderson arrisca um saldo de vários anos de políticas neoliberais:

“[...] qualquer balanço atual do neoliberalismo só pode ser provisório. Este é um movimento ainda inacabado. Por enquanto, porém, é possível dar um veredicto acerca de sua atuação durante quase 15 anos nos países mais ricos do mundo, a única área onde seus frutos parecem, podemos dizer assim, maduros. Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. (ANDERSON, 2003, p. 22-23)

Resumindo, ambas as ideologias econômicas (Estado Social e Neoliberalismo) possuem bônus e ônus, sendo o neoliberalismo a última a influenciar fortemente a Constituição Federal de 1988.

Aliás, o neoliberalismo coincidiu temporalmente com a Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual adotou a mínima participação estatal em monopólios (art. 177 e incisos), a propriedade privada (art. 170, inciso II), a livre concorrência em seu artigo 170, inciso IV, e livre iniciativa (art. 1º, inciso IV).

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

Vale ressaltar, que os aspectos de livre mercado, autorregulado pela “mão invisível”, bem como a relevância, ou não, de intervencionismo estatal são os principais temas para o presente trabalho.

Sendo assim, nenhuma ideologia econômica está invulnerável a crises. E a autorregulação neoliberal não conseguiu prevenir ou prever a crise de 2008, o que gerou fortes críticas à ausência ou fraqueza de agência estatais reguladoras.

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

E apesar dos Estados Unidos serem um dos precursores do neoliberalismo em conjunto com a Inglaterra⁸, há, de tempos em tempos, interferências estatais nas taxas de juros por meio de seu Banco Central (*Federal Reserve System*) estimulando ou desestimulando o consumo conforme demanda o cenário macroeconômico.

⁸ Nas gestões Reagan e Thatcher

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

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

Pierre Dardot e Christian Laval, economistas (também filósofos e sociólogos), defendem que a capacidade de metamorfose do neoliberalismo permite que esta ideologia adote aspectos menos radicais, especialmente no tocante à regulação, conforme passam por crises econômicas e pelo natural desgaste do tempo.

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

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

Evidentemente que tal retórica só houve respaldo há poucos anos. Nos anos finais do século XX ainda predominava a noção neoliberal de que a regulação deveria ser feita pelos próprios agentes privados, e não por parte do Estado.

Isso é reconhecido por Dardot e Laval, bem como a dificultosa tarefa de atribuir a regulação aos agentes privados, indo na contramão do capitalismo concorrencial: “O capitalismo concorrencial não é um produto da natureza: ele é uma máquina que exige vigilância e regulação constantes. Percebe-se, no entanto, a falta de clareza em torno do “intervencionismo liberal” na versão dada por Rougier, que só poderia inquietar os liberais mais próximos da ortodoxia.” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 88).

Admitindo-se, portanto, a existência de um intervencionismo liberal ou neoliberalismo de regulação, será possível verificar nos tópicos seguintes que a Constituição Federal de 1988 adota um sistema econômico bem próximo deste, em que o

Estado prevê características fortemente neoliberais, inclusive com a participação mínima no mercado, quase que paradoxalmente com traços sociais, mas principalmente, admitindo a atuação de agências regulatórias para fiscalizar e orientar o mercado conforme a ordem econômica estabelecida no texto constitucional.

Importante salientar que a participação do Estado neste tipo de sistema econômico deve ser mínima, e com contornos tipicamente fiscalizatórios, sem o intuito de direcionamento clássico. Em outras palavras, significa o Estado garantir a proteção do livre mercado, intervindo apenas dentro dos limites e dos princípios da ordem econômica.

A simples autorregulação pelos próprios agentes causa um inconveniente muito típico deste cenário, ocasionalmente uma empresa acaba despontando ou se organizando em grupo com outras, comprometendo sobremaneira a liberdade do mercado, por meio de seu poder econômico, impedindo novas empresas e consequentemente estagnando todo o desenvolvimento do mercado. O próprio neoliberalismo, que prevê o livre mercado acabaria prejudicado por outro princípio seu, a autorregulação.

Surge então, a questão dos limites intervencionistas, para que não se configure um dirigismo clássico. Até onde o Estado deveria intervir na economia e regulá-la? O critério absoluto é o respeito aos princípios da concorrência (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 88). Indo além, os princípios e preceitos constitucionais da ordem econômica também devem servir como norteadores e limitadores dessa interferência.

Portanto, a discussão de regulação e regulamentação é de extrema importância, especialmente em economias neoliberais que em certos círculos doutrinários, ainda não admitem a regulação estatal.

Também é importante na medida que a ordem econômica constitucional adota um posicionamento muito semelhante a esse sistema econômico, e inclusive estabelece diretrizes aos seus órgãos (inclusive às agências regulatórias) com base no intervencionismo liberal.

Toda essa carga doutrinária econômica interferiu diretamente e indiretamente na elaboração do texto constitucional, no final da década de oitenta do século XX, especialmente no tocante ao período de ascensão do neoliberalismo e queda do Estado de Bem Estar Social.

Portanto, no segundo capítulo serão tratados os aspectos constitucionais e regulatórios que influenciam no intervencionismo estatal ou na sistemática de Estado mínimo do neoliberalismo.

2 - A REGULAÇÃO ESTATAL POR MEIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Nos próximos itens, serão tratados temas relacionados à Constituição Federal de 1988 e como sua ordem econômica foi elaborada, no sentido de entender qual modelo econômico foi escolhido.

Após, serão analisadas questões sobre a intervenção estatal como meio de regulação, e as principais Leis que estruturaram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Toda essa problemática é tratada sob a ótica de doutrinas econômicas e constitucionais no atual cenário brasileiro.

2.1 – A Constituição Federal e sua Atual Ordem Econômica

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

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

II - propriedade privada; (...)

IV - livre concorrência;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) (BRASIL, 1988)

O art. 173 é categórico ao afirmar que a participação do Estado só será permitida na segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Essa é uma evidente amostragem do Estado mínimo, conceituado por Adam Smith e largamente utilizado tanto pelo liberalismo quanto pelo neoliberalismo.

Ao fazer essa distinção, a Constituição Federal adota claramente, traços neoliberalistas para limitar a participação estatal, e no entanto, em uma análise dos quatro princípios mencionados no artigo 170 acima (livre iniciativa, valorização do trabalho humano, existência digna, conformidade com os ditames da Justiça social), apontam para

um intervencionismo econômico e não somente em situações absolutamente excepcionais (MORAES, 2015, p. 849).

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

Borges disserta sobre a ordem econômica:

O conjunto de normas que realizou esse entrelaçamento jurídico com o econômico, possibilitando a estruturação do dirigismo estatal, está intimamente ligado ao caráter funcional-promocional do Direito. As normas jurídicas – como as da OEF (Ordem Econômica e Financeira) – são consagradoras da política econômica de um Estado. O Direito serve então como o instrumento capaz de moldar novos comportamentos, conduzir os agentes do processo econômico ao atingimento dos objetivos traçados por esta política econômica. (BORGES, 2000, p. 83)

Os elementos sócio ideológicos revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista (SILVA, 2005 p. 787).

Para Vital Moreira, ordem econômica é: “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia (...)” (MOREIRA, 1974, p. 34).

Neste sentido, Eros Grau aponta:

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

Ao se observar o trecho de Eros Grau, percebe-se que a Constituição não adota o tipo liberal de processo econômico em toda sua extensão. Isso porque admite ao Estado coibir abusos e preservar a livre concorrência, ou seja, um claro sinal de intervencionismo na economia, apesar de ser, em essência, neoliberal.

Inclusive, também não adota o livre mercado absoluto pois, o parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal assim determina:

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL, 1988).

Não obstante, ao se apoiar na iniciativa privada e no controle privado dos meios de produção, na mínima participação estatal, e livre exercício de atividade econômica (sem a necessidade de autorização de órgãos públicos), conclui-se que a ordem econômica constitucional adota características essencialmente capitalistas e direcionadas à ideologia neoliberal.

Raul Machado Horta identifica esse misto de neoliberalismo com efeitos socializadores, dizendo que a constituição está: “impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete no rumo do capitalismo neoliberal (...) ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores.” (HORTA, 1988, p. 392).

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

No entanto, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa é característica essencial do liberalismo econômico, também é seu limitador, pois o avanço natural da economia privada ensejaria o controle e a concentração do poder econômico em determinado grupo que dominaria seu respectivo *Market share*⁹, inibindo a livre iniciativa para pequenos grupos ou indivíduos que tentassem se instalar.

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

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

Robert Boyer indica ainda que não há concorrência sem intervenção pública, apontando que a concorrência, entregue aos comportamentos estratégicos das empresas, tende a resultar na concentração, no monopólio e no oligopólio, assim que se estabelecem custos fixos, rendimentos crescentes, vitimando compradores e consumidores por via de consequência (BOYER, 2009, p. 49 e 50).

⁹ Grau de participação de uma empresa no mercado, abrangendo um ou vários gêneros econômicos.

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

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

Voltando ao princípio da livre iniciativa, há ainda a imposição de um viés negativo ao Estado, determinando a sua não-intervenção, que só poderá se configurar mediante atividade legislativa, obedecendo aos demais postulados constitucionais e respeitando o conteúdo mínimo da própria livre iniciativa (TAVARES, 2006, p. 241/242)

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

Não obstante, Eros Grau admite que, apesar da ordem econômica ser capitalista, há na Constituição, a possibilidade de transformação social, que poderá conduzir ao intervencionismo, dirigismo e estatização. (GRAU, 2005, p. 191)

Isso se dá pelo direcionamento indicado na CF no tocante ao art. 1º, inciso IV¹⁰, que objetiva a persecução dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (aliás, antes objetiva-se o valor social do trabalho, após, a livre iniciativa). O direcionamento também se encontra no próprio art. 170 caput, e em seus incisos VII e VIII os quais fundamentam a ordem econômica na valorização do trabalho humano, na redução das desigualdades regionais e na busca pelo pleno emprego.

Outros artigos também possuem influência do Estado Social na Constituição de 88, basta ver os objetivos do Estado nos artigos 3º e seus incisos, bem como o artigo 5º, que também é uma forte lembrança do Estado de Bem Estar Social, na medida que a CF concede uma série de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

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

(...) a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social (SILVA, 2005, p. 794).

Esse entendimento é corroborado por Eros Grau:

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

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

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

Não há como o equilíbrio da livre iniciativa e concorrência serem atingidos com a ausência total de regulação e fiscalização do Estado. Em certo sentido, se torna necessária a adoção de medidas Keynesianas e o consequente abandono da teoria absoluta da regulação do mercado por seus próprios agentes (TAVARES, 2006, p. 263)

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

Trata-se aqui, de sustentar um certo paradoxo, por meio do qual promove-se a intervenção estatal (contrária à ampla liberdade) justamente e na exata medida do

necessário para manter-se a liberdade econômica. Na realidade, paradoxal seria permitir que a livre concorrência, exercida com abuso, fosse tão distorcida que significasse sua própria eliminação. (TAVARES, 2006, p. 264)

José Afonso Silva identifica esse posicionamento na Constituição Federal:

Essa prática abusiva [abuso do poder econômico], que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. (SILVA, 2005, p. 795)

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

Conforme visto no capítulo 1, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 adota um tipo de neoliberalismo mais identificado com aquele descrito por Dardot e Laval, ou seja, um neoliberalismo de regulação, em que se reconhece as deficiências de se deixar a regulação apenas para os agentes privados e ao mesmo tempo, não autoriza o dirigismo econômico por meio da regulação.

Nesta sistemática já analisada no capítulo anterior, a regulação estatal não deve servir para fortalecer a presença estatal, limitando esta ou aquela operação com base nos interesses políticos, para perseguir determinadas políticas públicas, com medidas extremamente intrusivas como a substituição do agente privado pelo público quando aquele não se interessar pela agenda política do governo. A regulação deve servir tão somente para proteção da ordem econômica definida, respeitando os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, bem como os demais dispositivos da própria ordem econômica constitucional.

Para concluir, há reais dispositivos constitucionais que se permitem concluir que a CF adota uma participação estatal mínima (justiça, segurança nacional e fortalecimento das instituições públicas), com um sistema regulatório voltado apenas para proteção do mercado contra abusos econômicos e não como direcionador da agenda política econômica.

2.2 - Regulação e Regulamentação

A intervenção estatal pode se dar de forma direta ou indireta e significa, de modo geral, “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais” (GASPARINI, 2001, p. 614).

A intervenção direta, é aquela em que o Estado atua em concorrência com o agente privado na área econômica, ou por meio dos monopólios estabelecidos no artigo 177 da CF. São aqueles casos em que o Estado intervém não para fiscalizar ou zelar pelo cumprimento da Lei e sim dirigir o rumo econômico para determinada agenda política. Essa não é a modalidade que nos interessa agora.

A intervenção indireta é a mais relevante para o presente estudo, porque ela está determinada no artigo 174 da Constituição do seguinte modo: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988).

A intervenção é indireta justamente em decorrência do estado atuar num segundo plano, como fiscalizador, incentivador, indutor e não como concorrente. Assim, a regulação, com o poder de polícia estatal, ocorre com a intervenção indireta da Administração Pública.

Souza vincula a regulação com o gênero interventivo:

Os “objetivos” da “regulação”, portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da “intervenção”. De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absenteísmo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de “ação” do Estado... (SOUZA, 2005, p. 331)

Também é necessário distinguir regulação de regulamentação, pois os dois não são sinônimos. Após esta distinção, ambos os conceitos serão esmiuçados para melhor compreensão da sua importância no presente trabalho.

Em primeiro lugar, não há consenso doutrinário na conceituação do termo regulação (ALMEIDA, 2006, p. 120), muito em decorrência da ausência de limitação deste termo por parte da Constituição Federal. Em outras palavras, o fato da CF não indicar os limites e as diretrizes da regulação, cria ampla subjetividade no campo doutrinário, o que afasta unidade conceitual.

Assim, pode-se definir que regulação é:

[...]o processo administrativo encetado pela Administração Pública, mediante a observância do regime jurídico de Direito Público, de limitação (mínima, média ou máxima, conforme a opção ideológica do legislador) à liberdade e à propriedade, visando dar funcionalidade e racionalidade ao mercado. Quando direcionada à atividade privada, estabelece um regime de sujeição geral e impõe deveres aos agentes do mercado. Ao revés, quando endereçada aos serviços públicos, constitui um regime de sujeição especial e impõe obrigações aos prestadores e cidadãos usuários (MOTTA, 2003. p. 17).

Portanto, é um conjunto de medidas pelas quais o Estado, induz, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos (ARAGÃO, 2002, p. 37). A criação de regras, sua efetividade e a aplicação de punições em casos de infrações, são componentes integrantes da regulação (edição de regras, a garantia de sua aplicação e a punição de infrações são as três funções inerentes à regulação estatal) (ARAGÃO 2002, p. 27-28).

Lembrando que a agência reguladora não cria Leis como o Poder Legislativo, apenas edita normas de caráter procedimental e complementar em Leis já estabelecidas pelos parlamentos/assembleias da União ou dos estados. Isso significa que a agência reguladora têm a atribuição de editar regras (dizer quais técnicas de mercado são configuradoras de abuso ou infração legal por exemplo), garantir sua aplicação por meio do poder de polícia atribuído à elas pelo Estado, e punir eventuais infrações também pelo poder coercitivo atribuído pelo Estado.

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

A regulação deve respeitar o interesse público, a constituição federal, os princípios da livre concorrência, livre iniciativa e propriedade privada. Caso contrário, restará clara uma intervenção direta, com fins de direcionar a economia e não zelar por ela. Nestes casos, o Estado se torna um concorrente com os agentes privados, além de fiscalizá-los, o que naturalmente traz inegáveis inconvenientes.

O interesse público da regulação se faz pela necessidade de correção de anomalias mercadológicas e promoção dos valores sociais e constitucionais consagrados

na Carta Magna, dentre eles a redução das desigualdades de renda por exemplo (PEREZ, 2006, p. 153).

Assim, a regulação econômica além de delegar às agências reguladoras a tarefa de complementar normas, também inclui a capacidade de orientação e correção mercadológica, ou seja, o estabelecimento de tendências saudáveis para a economia de mercado e para a concorrência (um exemplo é que não haja empresas com participação maior do que 20% do total do mercado, sob pena de se configurar uma conduta abusiva – o *truste*).

Lembrando sempre que esse induzimento, esse direcionamento do mercado não é o mesmo do que ocorria numa economia de Estado Social. Em outras palavras, aqui, o Estado só intervirá de forma indireta para manter a economia de mercado saudável e servindo os valores constitucionais, e não agindo em concorrência com a iniciativa privada ou estabelecendo diretrizes político-econômicas a serem alcançadas pelo Estado. Aliás, a regra é a livre iniciativa e a mínima atuação estatal, a exceção é a necessidade de regulação.

A regulação estatal deve agir para induzir e orientar os agentes privados com o fim específico de se evitar crises e abusos/infrações econômicas e não para consolidar determinados posicionamentos ideológico-econômicos.

Cumprе salientar que a regulação pode se utilizar de meios mais flexíveis e consensuais ou rígidos e impositivos, o que fica a critério do legislador estabelecer, conforme seu posicionamento ideológico.

Existem dois tipos de escolas clássicas sobre a regulação, as quais demonstram pontos interessantes tratados neste trabalho. Um desses pontos, é o de que a Constituição Federal de 1988, apesar de neoliberal, adota um tipo regulatório mais identificado como liberalismo regulador, e não autorregulador.

Neste sentido, a primeira escola (do Interesse Público) trata sobre a busca do bem público e não especificamente da preservação do mercado. Entende portanto, que a regulação é um tipo intervenção voltada a resguardar tanto em termos políticos quanto econômicos, o interesse público.

Calixto diferencia duas formas de regulação ainda dentro da escola de Interesse Público:

Na verdade, no sistema de direito administrativo atual, duas são as formas de regulação: a concessão do serviço público e o exercício do

poder de polícia. Ambas têm origem histórica absolutamente diversa. O poder de polícia nasce com o Estado Moderno Liberal do século XIX. Resulta da crença que o Estado pode regular simplesmente através de uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares. O exercício dos serviços públicos – e, em especial, a concessão de serviços públicos – ganha destaque em um momento histórico completamente diverso, isto é, no início do século XX, com o Estado Social. Constatada a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços, desenvolveu-se a idéia de concessão de serviço público, baseada na construção teórica do regime de direito público ao centro da noção de serviço público. (CALIXTO, 2008, p. 25).

E prossegue sua crítica à insuficiência da regulação por meio exclusivo do poder de polícia estatal:

De um lado, a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delega-las aos particulares, acreditando que pode controla-los através de um regime de direito público. (CALIXTO, 2008, p. 26).

Ocorre que é exatamente neste tipo de regulação que recai a participação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, como autarquia federal com poder de polícia, voltada ao controle regulatório da economia. E é neste tipo de escola regulatória também, que se afigura a crítica dos excessos ou omissões do Estado na economia, tendo em vista a possibilidade de intervenção.

Já a segunda escola (Neoclássica), é tipicamente voltada ao neoliberalismo autorregulador, ou seja, em prol do livre mercado e afastado de qualquer tipo de intervenção estatal.

Calixto assim a descreve:

“[...] a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e consequentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda.” (CALIXTO, 2008, p. 27).

Portanto, não seria necessário um regulador estatal, tendo em vista a possibilidade de previsão de um direcionamento econômico por meio de dados empíricos

e estatísticos, além de uma análise teórica, em ambientes ou laboratórios especializados para esses tipos de análise.

É nesta escola neoclássica, que percebe-se a defesa de movimentos desregulatórios, indicando ceticismo à regulação estatal e concluindo que não há qualquer motivo de interesse público na regulação.

Calixto também complementa com precisão a vinculação dessa escola ao pensamento autorregulador neoliberal:

“Assim, o neoclassicismo da Escola de Chicago está, evidentemente, por trás dos movimentos de desregulamentação ou desregulação. Por essa mesma origem histórica e ideológica, a desregulação vem geralmente acompanhada da auto-regulação. A desregulação faz-se através de mecanismos de auto-regulação, exatamente porque é através da auto-regulação que se pretende criar as condições ideais para tornar efetiva a “mão invisível” do mercado. Assim, muitos dos movimentos de desregulamentação optam pela criação de bolsas de negócios, ao formato das bolsas de valores, que concentram todas as operações e criam regras internas de auto-regulação no sentido de aperfeiçoar o mercado.” (CALIXTO, 2008, p. 29-30)

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

A regulação ainda é regida por certos princípios específicos que derivam da difusão do conhecimento econômico e podem ser identificados como: i) Princípio do acesso necessário; ii) função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado; e iii) aplicação institucional do direito antitruste.

O mais relevante deles para o presente caso é a aplicação institucional do direito antitruste, mas por questões estruturais, preferiu-se tratar deste assunto no próximo capítulo, quando houver a análise de caso.

Calixto ainda defende que certos setores econômicos não devem ser influenciados pela regulação pelos malefícios que seriam causados acaso o mercado fosse o responsável por sua mensuração. Em outras palavras, os benefícios trazidos pela educação, por exemplo, jamais poderiam ser regulados, na medida que o ensino privado ou traria baixos resultados sociais ou os seus bons resultados gerariam um preço alto, excluindo grande parte da população.

Assim, tratando sobre externalidades sociais (benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos), seria inviável a participação do particular (CALIXTO, 2008, p. 34).

No entanto, essa não é a realidade do Brasil. O sistema educativo é alcançado pela iniciativa privada, tanto é, que existem escolas e universidades privadas, e em determinados casos, atingida até mesmo por grandes grupos econômicos (como os estudados no caso concreto dos capítulos seguintes).

Assim, aqui defende-se a necessidade de regulação do sistema educativo, na medida que, ao aceitar a participação de agentes privados, visando o lucro, com características puramente empresariais, não há que se falar setor não regulável.

Na verdade, a regulação na atual sistemática brasileira, indiretamente fortalece o aspecto social da concorrência no sistema educativo, impedindo trustes, cartéis, monopólios e outras práticas economicamente abusivas, mesmo que o interesse da regulação seja apenas a fiscalização e a manutenção do sistema econômico previsto na Constituição.

Voltando às características da regulação, no tocante ao seu aspecto normativo, o estabelecimento de instruções normativas e complementações às Leis recebe a denominação de regulamentação, que é um dos componentes da regulação econômica.

A regulamentação é uma das prerrogativas das agências reguladoras, e portanto, inclui ao Poder Executivo a capacidade de edição normativa semelhante, mas com claras distinções, à capacidade atribuída ao Poder Legislativo. As claras distinções mencionadas se referem à impossibilidade do Poder Executivo (incluindo as agências reguladoras) de criarem Leis.

A regulamentação é o ato estatal que se restringe ao aspecto normativo, por meio da edição de atos complementares às leis e que permitam a sua efetividade (CARVALHO FILHO, 2006, p. 44).

As regulamentações são utilizadas pelo executivo tanto para preencher lacunas em determinados textos normativos (sem alterar o conteúdo da Lei), quanto para determinar a infraestrutura de determinados órgãos estatais, baixar portarias para instruir o comportamento desses órgãos, criar padrões de procedimentos, entre outros.

Aqui cabe a observação de que a regulamentação não é a criação de novas Leis, e sim a complementação delas. Neste sentido, Victor Nunes Leal diferencia um do outro:

(...) o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que, nessa sua função de complementar a lei, não a infrinja. Ora, se o regulamento completa a

lei (e sem esse papel seria ele perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixe alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena que seja, de delegação ao Poder Executivo, ao qual compete expedir os regulamentos. (LEAL, 1960, p. 99-100).

A regulamentação portanto, faz parte da regulação, ou seja, uma das tarefas de fiscalização regulatória envolvem a criação de atos normativos complementares às Leis para aperfeiçoar ou esclarecer a atuação dos órgãos regulatórios. Assim, a regulação envolve a fiscalização por meio de autarquias públicas, as quais utilizarão da regulamentação para normatizar sua infraestrutura e sua atuação, bem como demais procedimentos burocráticos.

Justen Filho ainda descreve a regulação como mais abrangente do que a regulamentação:

A regulação é muito mais abrangente do que a regulamentação. Trata-se de atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais. (JUSTEN, 2009, p. 562)

Marques Neto concorda com a amplitude de efeitos da regulação em relação à regulamentação:

[...] funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial.

[...] atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central (MARQUES, 2009, p. 7).

Importante salientar que a discussão sobre regulação têm ganhado força por conta de uma análise histórica dos períodos econômicos vivenciados ao longo dos últimos anos.

A mudança do Estado Social, carregado de um intervencionismo direto na economia aliado a um aspecto social muito forte, para o Neoliberalismo cujo início requeria uma série de medidas pesadas (como a volta do exército industrial reserva por meio do desemprego em massa, a autorregulação e a mínima participação estatal), propiciaram debates sobre a natureza das medidas regulatórias e sobre sua necessidade.

As privatizações no início dos governos Collor e Fernando Henrique em contraste com a crescente preocupação com setores econômicos excessivamente importantes ao interesse público e social, acabam justificando uma interferência estatal mais vigorosa (CALIXTO, 2008, p. 15).

Em um primeiro momento, há a queda de um sistema fortemente intervencionista tanto direto quanto indireto, após (desde os anos 80, até 95 aproximadamente, apesar de determinado um sistema regulatório na CF, este não foi implantado até meados da década de 90, seja por falta de interesse ideológico, seja por negligência administrativa) e atualmente, ganha-se relevância um sistema regulatório amparado na Constituição Federal e nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, na qual a atuação estatal é meramente indireta.

Por fim, a regulação e regulamentação existe desde antes dos tempos do Welfare State, sendo caracterizada como uma forma de centralização de poder por parte do Estado. Não obstante, atualmente este tipo de intervenção econômica está limitada ao ordenamento jurídico e à Constituição Federal, não sendo lícito ao Estado livremente intervir para dirigir a economia além da proteção do próprio mercado e do interesse público dele advindo.

2.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

No presente trabalho foi utilizado o caso da tentativa de aquisição da Universidade Estácio de Sá pelo Grupo Kroton como parâmetro da intervenção estatal no mercado econômico, por meio de sua agência reguladora, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Assim, procurou-se avaliar se as medidas estatais e principalmente se as razões do julgamento concluem para um direcionamento econômico ou se houve uma eficaz fiscalização de possível infração ao ordenamento econômico constitucional.

Além disso, também haverá a análise se a postura estatal resultante corrobora com a ideologia econômica adotada no texto constitucional.

Portanto, é de fundamental importância descrever as características, infraestrutura, composição, objetivos e especialmente as três principais Leis que moldaram o CADE como agência reguladora.

Assim, trata-se de uma autarquia federal com atribuição de defesa da concorrência (aliás, é o principal órgão administrativo intitulado efetivamente para garantir a livre concorrência visto seu poder coercitivo extrajudicial – art. 93 da Lei 12.529 de 2011).

Foi instituído primeiramente pela Lei 4.137/62, ainda no regime da Constituição de 46, como um órgão do Ministério da Justiça (ainda é um órgão desse ministério, até hoje), mas suas atribuições e atuações eram coadjuvantes no cenário econômico, inclusive no próprio nicho que deveria atuar.

Em decorrência da ausência de efetivo poder coercitivo (tal qual o judiciário detinha), brechas no ordenamento (como atuação somente quando provocado, multas que nem sempre refletiam em um efeito prático), e do Golpe 64 (apenas dois anos da criação do CADE), não houve significativo avanço na repressão ao abuso do poder econômico.

Aliás, curiosa a análise do artigo 46, parágrafo único e artigo 47, ambos da Lei 4.137/62, o qual davam ao CADE a possibilidade de intervir em uma empresa quando não houvesse a cessação do ato abusivo, após a aplicação das multas (BRASIL, 1962). Tal cenário claramente se afigura a um modelo de Estado Social, onde, por determinação legal, amparado pelo interesse público, o Estado poderia assumir o controle de empresas privadas.

A intenção de criação do CADE reflete na importância de se criar órgãos administrativos com profunda perícia técnica e dinamismo na sociedade; aumentar a participação da sociedade na Administração Pública; e permitir disciplina administrativa nas áreas em que atuam as agências reguladoras, isenta dos interesses partidário-eleitorais dos detentores momentâneos do poder (ARAGÃO, 2009, p. 202).

Um ponto crucial na criação de agências reguladoras é a preservação de sua autonomia, que muitas vezes acaba limitada pela nomeação de seus presidentes e conselheiros por políticos eleitos, ou por disposições orçamentárias, ou por interesses políticos (através do tênue vínculo das campanhas com o financiamento privado ou mesmo preenchimento de cargos por suporte eleitoral).

Importante salientar que essa autonomia apenas é garantida pela personalidade jurídica do CADE e pela determinação de um mandato fixado à cúpula da agência reguladora (vide artigo 6º, §1º, da Lei 12.529 de 2011, que determina 4 anos de mandato para o presidente e conselheiros do CADE (BRASIL, 2011)).

Isso garante uma relativa descentralização da fixada hierarquia administrativa brasileira, o que propicia melhor atuação dos órgãos reguladores justamente por conta da autonomia.

Di Pietro assevera a existência e importância de autonomia nas agências reguladoras:

Além do próprio vocábulo, certamente o que mais atrai nas agências são, de um lado, a sua maior independência em relação ao Poder Executivo e, de outro, sua função regulatória. No entanto, mesmo sob esses aspectos, a inovação é muito menor do que possa ser vista, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2014, p. 573).

O CADE, assim como grande parte das agências reguladoras são organizadas em autarquias de regime especial, ou seja, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade e seu regime especial é definido pela própria Lei que as instituiu, definindo suas competências, prerrogativas, seu quadro funcional, etc. Novamente, o estabelecimento desse tipo de agência por normas próprias garante estabilidade e autonomia na medida que as distancia da Administração Pública Direta (DI PIETRO, 2014, p. 578).

O regime próprio das agências reguladoras é ao mesmo tempo garantidor de autonomia, como limitador das capacidades das agências. Assim, ao mesmo tempo que a Lei instituidora pode conferir amplos poderes à agência, também pode minimizá-los ou até mesmo extingui-la.

Outro ponto importante são as funções desempenhadas, que estão indissociavelmente ligadas à discricionariedade técnica. Evidentemente que a técnica empregada em determinadas análises podem sofrer mudanças com o tempo, conforme o desenvolvimento tecnológico, a adoção de novos sistemas e mecanismos, o prevalecimento de certas doutrinas ou teorias específicas que melhor se adequem ao momento empregado.

A mutabilidade técnica (especialmente em ramos diferentes do Direito) se torna um fator importante a ser considerado, na medida que não se pode fixar com rigidez legal algo que poderá sofrer mudanças de médio a longo prazo. Face a isto, o ordenamento jurídico concede certa autonomia às agências reguladoras para que

estabeleçam o critério técnico a ser observado e permite maleabilidade por meio da discricionariedade técnica.

Odete Medauar identifica a preocupação em conceituar a discricionariedade administrativa:

A partir de fins do século XIX surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, registrando-se evolução no sentido de apontar-lhe parâmetros.

Em concepções iniciais sobressai a idéia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade.

[...]o conceito de poder discricionário se resolvia levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão de lei, de um lado, e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas.

[...]Posteriormente desenvolveu-se entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, mas em vista do atendimento do interesse público.

[...]A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica estatal intervencionista, ampliam-se as atividades administrativas [...]Ante esse contexto, surge, num setor da doutrina, a preocupação com a atuação discricionária, formulando-se ressalvas às concepções clássicas e buscando-se nova disciplina, para que se torne o mais objetiva possível, imparcial e, em certa medida, controlável. Um dos resultados dessa preocupação situa-se no tratamento doutrinário e jurisprudencial que circunscreve e direciona o exercício do poder discricionário com base em diversos parâmetros (MEDAUAR, 2009, p. 112/113).

Portanto, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, conforme a subjetividade do agente, respeitando certos critérios legais como oportunidade, conveniência, sendo todas as opções válidas no Direito, mas que refletem uma falta de controle jurídico.

Há mais dificuldade na discricionariedade técnica, na medida que falta objetividade para conceitos distintos do direito, como por exemplo, a parcela considerada abusiva numa prática de truste (para a área da Economia), ou a profundidade da construção asfáltica (na área da Engenharia), tudo isso podendo ser alterado com a adoção de novas técnicas, tecnologias, com o passar do tempo, sendo difícil o controle jurídico e ao mesmo tempo inviável a determinação rígida de certos padrões técnicos.

Não obstante essa dificuldade, é certo que na ausência de regulamentação específica, seguem-se os princípios que norteiam determinado ordenamento. No presente caso, a discricionariedade técnica deve, ao menos, observar e respeitar os princípios da Constituição Federal quando não houver dispositivos legais específicos.

No Recurso Especial nº 1210008 – RJ (2010/0146485-9), o Superior Tribunal de Justiça corrobora a capacidade de discricionariedade técnica das agências reguladoras, quando assim estabelecido genericamente em Lei:

[...] A determinação oriunda da Agência Nacional de Petróleo, que veda o envasilhamento, a guarda ou comercialização de botijões de marcas alheias, não ofende ao princípio da legalidade, porquanto, nos termos do inciso III, do § 2º do art. 174 da Constituição Federal, somente a atribuição de competências e a fixação dos limites de atuação da ANP encontram-se subordinadas à edição de lei em sentido formal, cabendo à referida Autarquia, no exercício de sua discricionariedade técnica, estabelecer os métodos para o cumprimento das disposições fixadas genericamente na lei, sobretudo diante da necessidade de maior especificidade técnica que, notoriamente, não é compatível com o caráter geral e abstrato insito à atividade do Legislador Ordinário. (BRASIL, 2011)

Evidentemente que no âmbito do Poder Judiciário, é possível questionar e até realizar uma contra perícia nos casos abordados pela agência, mas a margem de autonomia garantida pela Lei de forma genérica não é livre de parâmetros técnicos, o que também impede julgamentos distintos em casos idênticos. Em outras palavras, a norma técnica em si pode ser questionada, ter sua credibilidade testada por outros métodos técnicos, mas a discricionariedade não significa autorizar em um caso e desautorizar em outro idêntico.

No Recurso Especial nº 1.171.688, o Superior Tribunal de Justiça refutou a decisão de agência reguladora que, fundamentando na discricionariedade técnica, deu um parecer para um ente regulado e outro parecer, totalmente contrário, a outro ente regulado, ambos em idêntica situação técnica e fática (BRASIL, 2010).

O que ocorre é que, diante das matérias distintas, não é possível encontrar respostas legais e exatas para cada fato que se apresenta, sendo o ideal, a ponderação das circunstâncias e das condições de cada caso, conforme a discricionariedade técnica previamente adotada. Isso não significa que se possa obter duas respostas distintas para a mesma situação, e sim, discricionariedade de se adotar determinado método técnico, conceito ou fórmula, que deverão ser aplicadas em todos os casos. As decisões da agência reguladora devem ser coerentes, evitando decisões contraditórias.

Por fim, importante analisar as três principais Leis que conferiram as atuais características do CADE, analisando também a evolução dessa agência reguladora, para

poder traçar um parâmetro da ordem econômica constitucional, do intervencionismo no Brasil, e na viabilidade ou não da aquisição das empresas comparadas.

2.4 - Regulamentação do CADE

Conforme explicado anteriormente, o CADE é uma autarquia federal com norma instituidora própria, cujos objetivos estão definidos na Constituição Federal, com a finalidade de se reprimir os abusos econômicos.

Serão analisadas as três principais Leis do CADE tendo em vista que, antes dessas Leis a efetividade da agência era limitada pelo governo militar, e também não vigoravam as características da atual Constituição Federal no tocante ao posicionamento econômico.

2.4.1 – Primeira Regulamentação Concorrencial pós Constituição de 88 (Lei 8.158 DE 1991)

A Lei 8.158/91, cuja finalidade foi “Instituir normas para a defesa da concorrência e dar outras providências” possuía 23 artigos e foi editada apenas 4 anos após a Constituição Federal decretar em seu artigo 173, §4º e 174 caput:

Art. 173. (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988)

Assim, em seu primeiro artigo, tratou de instituir a Secretaria Nacional de Direito Econômico, a qual possuía funções muito semelhantes ao CADE. Ambos possuíam competências para apurar ou investigar anomalias no mercado

Art. 17. Compete ao CADE: (...)

b) apurar, em face de representação, a existência de quaisquer atos que constituam abusos do poder econômico, puníveis nesta lei. (BRASIL, 1962).

Art. 1º Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus

administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. (BRASIL, 1991).

Apesar de não tratar especificamente do CADE, a Lei 8.158/91 deu contornos para corporificar a regulação do artigo 174 da Constituição Federal, o qual posteriormente serão absorvidos pela agência reguladora.

A SNDE atuaria de forma preliminar para instruir procedimentos que afrontassem a livre concorrência ou anomalias do mercado, e então passaria esse processo ao CADE para julgamento administrativo, conforme art. 7º da Lei 8.158/91.

A Lei identificou, por meio dos artigos 2 e 3, um rol de anomalias e infrações que poderiam comprometer a livre concorrência, objetivando seu afastamento.

Haviam, assim, três fortes críticas à Lei 8.158/91. A primeira, de que a SNDE possuía competências muito similares ao CADE, o que fazia o sistema regulatório excessivamente burocrático (primeiro, uma pré-análise por uma secretaria, e após, à agência reguladora para julgamento).

Note-se que o CADE já possuía função dúplice, uma por meio de averiguações preliminares do art. 17, alínea “a” da Lei 4.137/62 (e também art. 8º da referida Lei) e outra, por meio de sua procuradoria (art. 16 da Lei 4.137/62), não havendo necessidade de uma nova secretaria para apuração de anomalias mercadológicas.

Desse modo, restava desarrazoada a determinação do art. 7º da Lei 8.158/91, o qual determinava:

Art. 7º Verificada a procedência da representação, a SNDE, em circunstanciado relatório final, que evidenciará os fundamentos de seu juízo, recomendará ao agente as medidas de correção cabíveis, com fixação de prazo para o seu atendimento, e encaminhará o processo ao Cade para as medidas de sua competência, as quais serão adotadas no prazo de cento e vinte dias, prorrogáveis por mais noventa dias (BRASIL, 1991).

A segunda crítica recai sobre o fato da referida Lei apenas abordar eventuais práticas ilícitas quando “tomassem conhecimento”, por meio de representações de particulares, inexistindo qualquer comando normativo de controle, para que os atos de concentração passassem sob seu crivo antes de serem aprovados.

Não havia então, nessa Lei, o efetivo poder de polícia, deixando margem para o pensamento de que, só haveria punição se “pegassem o ladrão”. O artigo 4º indica que a

SNDE atuava de ofício, mas apenas após tomar conhecimento pela própria Administração, ou por qualquer interessado.

Tendo em vista que a própria Administração não possui corpo técnico para detectar de forma eficiente anomalias no mercado, e que os indivíduos da iniciativa privada nem sempre detêm conhecimento técnico ou investigativo para detectar ilicitudes (diretas ou indiretas no mercado), resta evidente que era uma metodologia essencialmente falha, ou ao menos, ineficiente.

A terceira crítica decorre do fato de não haver multas ou consequências específicas de uma análise negativa da SNDE, apenas que haveriam “recomendações” para correção e que o caso seria encaminhado para o CADE apreciação e determinação as medidas punitivas.

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

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

2.4.2 – O Fortalecimento da Presença do CADE por meio da Lei 8.884 DE 1994

Como se percebe, apenas 3 anos após a Lei 8.158/91 surge uma sucessora, revogando todo o conteúdo da anterior, evidenciando seu fracasso.

No tocante ao intervencionismo liberal (ou neoliberalismo regulador), conceito apresentado nos capítulos anteriores, a Lei 8.884/94 superou em muito sua antecessora, criando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, composto pela Secretaria de Direito Econômico – SDE (sucessora da SNDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O CADE foi transformado em autarquia (conforme determinado pela Lei “Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras

providências”) e recebeu significativas atribuições para efetivamente fiscalizar o mercado e inclusive estabelecer diretrizes para regulamentar a proteção à ordem econômica e à livre concorrência.

Pela primeira vez, o interesse dos consumidores passa a ser o objetivo da agência reguladora econômica (art. 1º da Lei 8.884/94).

A SDE assim como a antiga SNDE, continuou a realizar análise prévia, repassando ao crivo do CADE quando houvesse indícios de irregularidade (art. 14 da Lei 8.884/94).

A Lei 8.884/94 ainda indicou as infrações e penas nos casos de afronta à livre concorrência, ao abuso de poder econômico, domínio de mercado, e demais práticas que pudessem prejudicar os interesses de consumidores e da concorrência.

Determina também, normas processuais e procedimentais para o julgamento dos processos administrativos (artigos 30 ao 51).

Estabelece a possibilidade de uma resolução consensual da demanda, por meio do compromisso de cessação, o qual é firmado entre a agência reguladora e o investigado, com a finalidade de manutenção do mercado e cessação de atividades danosas a ele. O art. 53 ainda indica que este termo não faz confissão da matéria de fato e nem reconhecimento de culpabilidade da atividade ilícita praticada.

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

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

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE: (...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (BRASIL, 1994).

A grande falha desta Lei residia no fato de que o controle só ocorria após efetuado o ato de concentração, ou seja, realizava-se a fusão ou incorporação por

exemplo, e 15 dias após enviava-se a documentação para eventual aprovação do órgão de fiscalização. A falha, portanto, residia no fato do desfazimento de certas operações serem tão prejudiciais ao mercado (inclusive custosos), que se tornava mais interessante deixar a situação como estava (NESTER, 2012).

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

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

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

A compra e venda por valores altíssimos, a mudança da composição societária, a aquisição de propriedades, a aplicação de capitais de investidores, a nova denominação empresarial e registros comerciais, as operações de importação e exportação (que refletiam inclusive na política externa), amontoavam um problema de magnitude elevadíssima para o SBDC, pois a desconstrução da operação (depois de já realizada) causaria impactos maiores ao mercado do que se permanecesse no estado atual. Isso, no entanto, não impedia a aplicação de multas e reprimendas pelo CADE (NESTER, 2012).

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

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

Indo além, a Lei 12.529 de 2011 que substituiu a Lei 8.884/94, potencializou a interferência do Estado na economia ao fortalecer o CADE como regulador do mercado

econômico, atribuindo ao órgão controles fiscalizadores, preventivos e repressivos, regulamentando condutas e diretrizes para resguardar a concorrência.

2.4.3 – O Super CADE da Lei 12.529 DE 2011

A nova Lei criou, o que tem se chamado Super CADE, ao concentrar praticamente todas as atividades regulatórias à agência, deixando as secretarias (SDE e SEAE) em segundo plano.

Criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispôs o seguinte: “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”. Importante salientar que as funções preventivas e repressivas foram incorporadas à Lei, o que será discutido ao longo deste item.

Gaban identifica os três órgãos que passaram a concentrar as atividades regulatórias:

The Administrative Tribunal, which takes on CADE’s current roles and powers, delivering judgments of all cases under the Antitrust Law; The General Superintendence (GS), which replaces SDE’s and SEAE’s functions both on mergers and behavior controls; and The Department of Economic Studies (DEE), which will support both the Tribunal and the GS on complex economic matters¹¹ (GABAN, 2012, p. 46).

O tribunal administrativo funciona como órgão julgador dos casos de infrações contra a ordem econômica, especialmente os casos antitruste. A superintendência geral acumulou as antigas funções das secretarias, realizando as pré-análises do mercado em termos de comportamento econômico. E por último, o Departamento de Estudos Econômicos que é o órgão técnico do CADE, utilizando métodos e teorias econômicas para estabelecer se houve ou não, prática abusiva.

Na nova Lei, há ainda, alterações pontuais como a proporção do Market share que será considerada abusiva, inclusão de novas situações para configurar abuso

¹¹ O Tribunal Administrativo, o qual assume os papéis e poderes do CADE, entregando julgamentos de todos os casos sob a Lei Antitruste; A Superintendência Geral (SG), a qual substitui as funções tanto de concentrações quanto de controle comportamental da SDE e SEAE; e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), o qual dá suporte a ambos o Tribunal Administrativo e a SG, no tocante a assuntos econômicos complexos.

econômico, entre outras. O mais relevante para o presente estudo é o disposto no parágrafo segundo do artigo 88 que determina:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda (BRASIL, 2011).

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

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

A consequência da inobservância dessas determinações já vem no parágrafo seguinte, o qual comina multa e declara nulo o ato se ele não houver sido apreciado anteriormente pelo CADE. Trata-se de rigorosa fiscalização da economia de mercado mas que resguarda a própria ordem econômica neoliberal.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

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

A mudança de posicionamento da Lei 12.529/11 fica evidente quando não há mais opção ao agente privado de apresentação do ato de concentração (art. 54, §4º da Lei

8.884/94) e sim sua obrigatoriedade. Antes de realizar o ato, passa-se à avaliação da autarquia estatal, ao crivo do Estado.

Esse posicionamento está alinhado às agências regulatórias da União Europeia e dos Estados Unidos, e faz com que os agentes privados sigam as normas regulatórias ou realizem a arriscada prática de “*gun jumping*” (trata-se de “fechar o negócio, sem o aval da agência reguladora) (GABAN, 2012, p. 47-48)

Tal prática era comum antes das agências reguladoras realizarem o controle prévio dos atos de concentração e consistiam num dos principais problemas das legislações regulatórias anteriores (como desfazer uma incorporação que já foi realizada e que já foi verificada como prejudicial à concorrência?). A questão não é simples, tratam-se de operações milionárias ou bilionárias, com várias complicações (portfólio de clientes, estabelecimento de um novo quadro societário, nova marca, controle de produtos e de indústrias, conhecimento e divisão de preços e estratégias, entre outras características que se tornam indissociáveis com a nova empresa).

A agência então, regulamentou outros quatro aspectos importantes: 1) a estrutura interna para garantir a aplicação da nova Lei; 2) o procedimento de submissão para ações de concentração; 3) nova disposição de multas em casos antitruste; e 4) Estabelece critérios formais e materiais para a análise técnica dos casos verificados.

Importa neste caso a análise formal e técnica dos atos de concentração, tendo em vista que o caso prático estará encaixado nesta modalidade.

Assim, existem dois tipos de procedimentos para o ato de concentração, um mais rápido e superficial, quando não envolver preocupações concorrenciais e estão passíveis de uma rápida análise, e outro procedimento mais profundo e demorado, destinado a transações mais complexas (GABAN, 2012, p. 51).

Cumprir salientar também a possibilidade de intervenção da agência estatal nas empresas quando multas e demais sanções não surtirem efeitos. Assim, os artigos 102 e seguintes descrevem as características da intervenção.

Relevante o texto do art. 106, o qual responsabiliza o interventor por ações e omissões que caracterizem abuso de poder ou desvio de finalidade:

“Art. 106. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.” (BRASIL, 2011).

Importante mencionar que não são comuns os casos de intervenção da agência reguladora para com os agentes privados, sendo essa a *ultima ratio*, em casos de flagrantes abusos de poder econômico ou domínio do mercado relevante. A intervenção deve ter farta documentação técnica e ainda ser consolidada pelo Poder Judiciário, sendo, ainda por cima, designada por período determinado.

Um exemplo de intervenção ocorreu no grupo Cascol de combustíveis, em que operação da polícia federal e do ministério público desmantelou vasta rede de cartel no Distrito Federal em 2015, com objetivo de tabelar preços aos consumidores e gradativamente aumentá-los. Neste caso, o interventor foi indicado para restabelecer o *status quo* anterior à prática criminosa.

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

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

No capítulo 3 serão analisados os principais aspectos do Direito Concorrencial no tocante ao caso trazido para análise (Estácio x Kroton). Também será verificado se a atuação da agência regulatória analisou a viabilidade da operação levando-se em conta os limites da ordem econômica constitucional.

3 – ANÁLISE DE CASO DA AQUISIÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ PELO GRUPO KROTON EDUCACIONAL

Para se discutir o caso Estácio x Kroton em uma perspectiva de livre mercado ou intervenção, faz-se necessária uma análise das principais práticas anticoncorrenciais no que se refere as suas definições.

Por fim, será discutida a estrutura e participação no mercado de ambos os *players*¹², tanto a Universidade Estácio quanto o Grupo Kroton, para que se possa avaliar o processo de regulação feito por parte do CADE.

3.1 – Direito Antitruste e o Abuso do Poder Econômico

Em primeiro lugar, truste ocorre quando uma ou várias empresas dominam parcela relevante do mercado, podendo impor altos preços sem que isso afete a demanda de seu produto ou serviço.

Evidentemente que esse tipo de prática é extremamente prejudicial aos consumidores, ocasionado pela dominação de parte relevante do mercado. O direito antitruste portanto, visa combater este tipo de prática, dentre outras que se mostram prejudiciais à concorrência. Assim, o direito antitruste também pode ser chamado de direito concorrencial.

Vaz o define como: “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência” (VAZ, 1993, p. 243).

No mesmo sentido, Franceschini corrobora:

É o ramo do direito penal econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade (FRANCESCHINI, 1996, p. 8).

Portanto, o direito antitruste ou concorrencial busca tutelar o mercado de práticas abusivas, que atinjam a concorrência e os consumidores. São os espectros

¹² Termo do Direito Concorrencial referente aos “jogadores” ou participantes do mercado relevante.

jurídicos que resguardam os princípios constitucionais e regulamentam o determinado no artigo 173, parágrafo 4º.

Assim, as práticas ilícitas no Direito antitruste brasileiro são aquelas que visam alguma das características elencadas no parágrafo 4º do art. 173 da CF/88, ou seja, dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Essas práticas estão envolvidas no gênero “abuso do poder econômico”, descrito no mesmo parágrafo citado acima. Portanto, a Constituição Federal reconhece a existência do poder econômico, e rechaça tão somente, o seu abuso.

Fábio Ulhoa Coelho comenta que só podem configurar práticas abusivas quando o poder econômico gerar alguma das características do parágrafo 4º (art. 173 da CF), não podendo ser considerado ato ilícito, se o poder econômico for exercido fora destas características (COELHO, 1995, p. 50/51).

Assim, a Lei 12.529/2011 determina em seu art. 36 as infrações à ordem econômica, que correspondem com exatidão à dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Também se afiguram infrações à ordem econômica, as seguintes condutas:

- I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - (...)
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- (...)
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- (...)
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- (...); e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (BRASIL, 2011).

Todavia, todas essas condutas, de algum modo, retroagirão seus efeitos para dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou proporcionar lucros abusivos, e por isso não há como delimitar especificamente quais são os tipos que causam o abuso econômico

e sim, genericamente prescrever que, quaisquer práticas que levem ao sentido demonstrado, devem ser combatidas.

3.2 – Principais Atividades Anticoncorrenciais.

Como demonstrado anteriormente, as condutas ilícitas podem ser diversas, mas as principais atividades que podem causar as anomalias do art. 173, §4º são: cartéis, trustes, monopólios e predação.

Todas essas modalidades de atividades anticoncorrenciais são reprimidas pelo ordenamento jurídico antitruste brasileiro. Assim, serão delineadas as características das atividades anticoncorrenciais indicadas.

3.2.1 - Cartel

A formação ilícita do cartel é feita por meio um grupo de empresas, atuando em um ramo comercial específico e idêntico, na qual elas combinam para estabelecer preços altos e uniformes, agredindo especialmente os consumidores, que perdem quaisquer opções de escolha sobre determinado produto ou serviço.

Nas palavras de Mallard:

O cartel é constituído por um grupo de empresas que disputam o mesmo mercado, na condição de concorrentes, sujeitas às leis da livre concorrência, buscando a preferência dos consumidores no preço e na qualidade de seus produtos (MALLARD, 1997, p. 65/68).

O grupo então deixa de competir em livre concorrência para coordenar o aumento de preços, forçando os consumidores a terem sempre a mesma e única opção de preços.

O clássico exemplo dos cartéis no Brasil são os postos de gasolina, que rotineiramente estabelecem valores idênticos (aumentando sempre que possível) para que não haja escolha para o consumidor.

3.2.2 – Truste

Os trustes são semelhantes aos cartéis, e são definidos pela união (seja por fusões, incorporações, aquisições de títulos) de empresas, com a finalidade de dominação do mercado ou de parte relevante dele.

São formalizados por meio de atos de concentração (que serão definidos mais adiante) e tendem a alterar o mercado de forma unilateral ou coordenada, conforme disposto no art. 36, §2º da Lei 12.529/2011:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (BRASIL, 2011)

A diferença do truste com o cartel é que, no cartel, a coordenação das operações empresariais se dá com *players* distintos, competindo entre si mas estabelecendo uma tabela de preços para que um não sobressaia sobre o outro. No truste, todos os *players* fazem parte da mesma empresa, do mesmo grupo e constitui uma estrutura mais voltada para dominação do mercado.

3.2.3 - Monopólio

O monopólio ocorre quando uma empresa ou grupo econômico, exclusivamente, concentram a oferta de produtos ou serviços, não tendo os consumidores opções viáveis de escolha entre outras ofertas (já que elas não existem ou são extremamente limitadas).

O monopólio não é necessariamente a dominação integral do mercado, mas também ocorre quando parte relevante dele é dominada pelo grupo. Percebe-se que há monopólio em parte relevante do mercado quando se verifica que uma das partes (que forma o monopólio) pode estabelecer altos preços sem a necessidade de redução da demanda ou de uma envergadura para a concorrência.

Desse modo, o monopólio acarreta prejuízos aos consumidores e à concorrência, na medida que empresas emergentes não conseguem disputar com o poderio econômico da monopolista. Outro grande problema dessa prática é a sua difícil reversibilidade, uma vez consolidada a posição da empresa monopolista, não há remédios simples ou pouco intrusivos para reverter o cenário de um monopólio, qualquer interferência irá causar grande instabilidade por períodos indeterminados até o restabelecimento de uma concorrência razoável.

3.2.4 – Predação

A predação é a prática de se reduzir os preços dos produtos ou serviços, com a finalidade de “quebrar” a concorrência, para que futuramente se possa aumentar os preços a valores monopolísticos.

Essa prática é comum com grandes empresas que detém relevante poder econômico, podendo suportar déficits pela venda abaixo do custo de produção, até que a concorrência não consiga suportar, recuperando as perdas após, com lucros excessivos.

Calixto toma nota sobre a predação:

O pressuposto que norteia esse entendimento é a ideia de que, depois de eliminar a concorrência com preços predatórios, a empresa recuperará os prejuízos com preços monopolísticos. A constatação da possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos, todavia, é de difícil operacionalização, dada a dificuldade de constatação do custo marginal do produto. (CALIXTO, 2008, p. 87).

Ela é especialmente voltada contra o ambiente concorrencial, contrariando o disposto tanto no art. 174, §4º da CF, como se adequando nas infrações do art. 36 da Lei 12.529 de 2011.

3.3 – Atos de Concentração

Os atos de concentração estão definidos no art. 90 da Lei 12.529 de 2011 e ocorrem: i) quando - duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ii) quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. (BRASIL, 2011).

A aquisição de títulos, a Fusão e a Incorporação lançam importantes desenvolvimentos no cenário econômico-social de um país, consolidando empresas no mercado nacional e internacional, fortalecendo a disputa concorrencial, reduzindo custos desnecessários, ampliando a oferta de emprego, oferecendo melhores técnicas e tecnologias aos produtos ou serviços aos consumidores. Esses atos de concentração

tendem a aumentar a renda e/ou reduzir custos operacionais desnecessários, maximizando o lucro e minimizando os custos.

No entanto, há em certos inconvenientes que podem resultar dos atos de concentração, como a formação de monopólios e cartéis que solapam a concorrência e o mercado competitivo, gerando prejuízos diretos aos consumidores, minando o desenvolvimento econômico-social (por meio da predação de empresas menores ou com menor poderio econômico), criando cenários dificilmente reversíveis. Há, portanto, a necessidade de regulação dessa atividade, por parte das agências estatais.

Ademais, há também, a possibilidade de prejuízos que podem ser causados aos próprios agentes privados caso essas operações não sejam feitas minunciosamente, correndo-se o risco de se detectar dívidas ocultas, ou fraudes societárias ou fiscais.

Desse modo, serão tratadas as principais características da aquisição de títulos, das fusões e incorporações, conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 – Aquisição de Títulos

A aquisição de títulos pode ser feita por meio de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma.

Segundo Coelho, valores mobiliários são:

(...) títulos de investimento que a sociedade anônima emite para obtenção dos recursos de que necessita. Além da ação, valor mobiliário representativo de unidade do capital social, (...) a companhia poderá emitir os seguintes principais valores mobiliários: a) debêntures (arts. 52 a 74); b) partes beneficiárias (arts. 46 a 51); c) bônus de subscrição (arts. 75 a 79); d) nota promissória (Inst. CVM n. 134/90). (COELHO, 2011a, p. 222).

E define as ações em:

As ações são valores mobiliários representativos de unidade do capital social de uma sociedade anônima, que conferem aos seus titulares um complexo de direitos e deveres. (COELHO, 2011a, p. 225).

A intenção da aquisição é o investimento de uma pessoa jurídica ou física em outra pessoa jurídica, através da compra de ações, para se obter o controle majoritário da adquirida.

Com o controle, a empresa que adquire, se torna efetiva dona da adquirida, podendo alterar a produção, o serviço, a marca, a técnica, a logística, os setores, os locais físicos, e toda a sistemática empresarial, incorporando a adquirida no grupo econômico da adquirente.

3.3.2 - Fusão

A principal lei que regulamenta a fusão é a Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404 de 1976, e o Código Civil em seu capítulo X, por meio dos artigos 1.113 ao 1.122 que também regulamentam esse ato de concentração.

A fusão é a união de duas ou mais sociedades pertencendo ou não ao mesmo tipo societário, para a formação de uma nova. Isso significa que as sociedades em fusão serão extintas no final do processo, sendo criada uma nova, utilizando a propriedade, direitos, e deveres das extintas. Há portanto, a criação de uma pessoa jurídica que antes não existia.

O artigo 228 da Lei 6.404 de 1976, bem como o Código Civil, no artigo 1.119, conceituam esse instituto conforme a seguir:

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (BRASIL, 1976).

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações (BRASIL, 2002).

A assembleia geral das duas ou mais empresas devem estar de acordo com a operação, autorizando e indicando peritos para formalizarem a liquidação de patrimônios e ativos das sociedades, iniciando os procedimentos da fusão. Essa etapa é definida no parágrafo 1º do art. 288 (BRASIL, 1976).

A etapa intermediária se formaliza pela reunião dos sócios e acionistas em assembleia geral para decidirem sobre o laudo da empresa diversa da que fazem parte. Em outras palavras, os sócios devem votar o laudo de avaliação da empresa contrária, para darem ciência e aval da operação.

Rubens Requião tece comentários sobre o procedimento de fusão, nos moldes da Lei 6.404/76:

A assembléia geral de cada companhia, ou seus sócios, se aprovarem o protocolo de fusão, deverão nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das sociedades em processo de fusão.

Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para se reunirem em assembléia geral, a fim de tomarem conhecimento e resolverem sobre a constituição definitiva da nova sociedade. Os sócios ou acionistas estão impedidos de votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte, pois a assembléia geral é constituída dos sócios e acionistas de todas as sociedades em fusão.

Uma vez constituída a nova sociedade, fruto da fusão, aos primeiros administradores cabe promover o arquivamento e a publicação dos atos de fusão, para a legalização da nova sociedade e a extinção das sociedades fundidas (REQUIÃO, 1995, p. 208)

Há vários objetivos para que se recorra à essa operação, dentre eles, o principal é o aperfeiçoamento das empresas, que juntas, possuem maior influência no mercado, aumentando sua capacidade produtiva, em certos casos diversificando o tipo de mercadoria ou serviço, cortando gastos administrativos e burocráticos.

3.3.3 – Incorporação

Igualmente à Fusão, a Incorporação é regulamentada pela Lei das SA nº 6.404 de 1976, e pelo Código Civil.

A incorporação pode ser compreendida como a operação entre duas ou mais sociedades, em que uma delas agrega, absorve, engloba as outras, tornando-as parte da incorporadora.

Isso significa que na incorporação não há criação de uma nova sociedade, diferente da fusão, e sim, a extinção de uma ou mais sociedades que serão transferidas ao total controle de outra, ou seja, esta outra adquirirá os direitos e obrigações das sociedades extintas.

O artigo 227 da Lei 6.404 de 1976 bem como o Código Civil, no artigo 1.116 e 1.117, conceituam esse instituto conforme a seguir:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. (BRASIL, 1976).

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo. (BRASIL, 2002).

Assim, podemos concluir que neste instituto, não haverá criação de nenhuma empresa, ou pessoa jurídica nova, apenas a extinção de outras, fazendo jus ao nome de incorporação.

Bulgarelli disserta sobre as características da incorporação nos seguintes moldes:

- Processo societário (sempre duas ou mais sociedades, arts. 152 e 153)
 - Absorção de uma por outra, (...)
 - Transmissão global do patrimônio (todos os direitos e obrigações) e sucessão universal (arts. 152 e 153)
 - Participação dos acionistas da incorporada, diretamente, na incorporadora (subscrição, em bens, pelo valor que se verificar entre o ativo e o passivo, § 1º, art. 153)
 - Extinção das incorporadas (os acionistas das incorporadas deverão reunir-se e declarar extintas as sociedades, §3º, art. 152); (...)
- (BULGARELLI, 1996, p. 47 e 48)

O procedimento se inicia com a autorização da assembleia geral para que se inicie a operação, nomeando após, peritos para avaliar o patrimônio da incorporada, nos moldes do § 1º do artigo 227 e § 2º do artigo 1.117 do CC.

Em seguida, os administradores iniciarão os procedimentos para aumentar o capital da nova sociedade, além de providenciar o necessário para finalizar os atos burocráticos.

E por fim, o laudo final apresentado pelos peritos será apreciado pela assembleia geral, que aprovando, extinguirá a incorporada, devendo apenas arquivar e publicar os procedimentos ocorridos, conforme § 3º do artigo 227 do Decreto e artigo 1.118 do Código Civil.

Tendo em vista que a fusão e a incorporação ocorrem quase que exclusivamente nas Sociedades Anônimas, que admitem ações e títulos, registrados na Comissão Mobiliária de Valores – CVM, essa instituição vinculada ao Estado também regulamenta e fiscaliza o mercado de ações, exigindo certas condições para proceder ao ato de concentração.

A instrução 565 de 2015 da CVM dispõe sobre a fusão e incorporação, determinando procedimentos burocráticos para serem feitos antes da aprovação da operação.

Importante salientar algumas das características destes tipos de concentração para o mercado e para o país.

3.3.4 – Características das Fusões e Incorporações

A Fusão e Incorporação são caracterizados pela união de empresas que buscam destaque tanto no cenário nacional quanto internacional, projetando desenvolvimentos econômicos, sociais, técnicos, tecnológicos e fortalecendo o ambiente concorrencial.

Em outras palavras, esses atos de concentração lançam *players* no mercado que promovem o desenvolvimento socioeconômico, oferecendo melhores produtos ou serviços para os consumidores.

Tratam-se de operações que fortalecem as novas empresas, reduzindo gastos burocráticos, operacionalizando determinadas etapas produtivas, eliminando setores improdutivos ou desnecessários, racionalizando gastos, maximizando a produção ou oferta de serviço, estabelecimento de uma marca mais destacada, entre outras diversas vantagens que podem ser observadas.

Podemos observar dentre as características positivas das fusões e incorporações, o seguinte:

I - Aumento da capacidade produtiva e oferecimento de serviços;

II - Diversificação de mercado, seja por meio da aquisição das etapas produtivas anteriores, seja no oferecimento de novos produtos ou serviços;

III – Desburocratização por meio da eliminação de departamentos dispendiosos ou aproveitamento de um único departamento;

IV - Redução de encargos tributários;

V – Aproveitamento de qualidades (Ex. aproveitar a tecnologia de uma empresa com a infraestrutura de outra);

VI – Aumento da área de abrangência da empresa (com a adição de novos polos, por exemplo), entre outras.

Em uma análise mais aprofundada, percebe-se que a incorporação é mais comum que a fusão, tendo em vista algumas das seguintes vantagens: i) Os exaustivos procedimentos burocráticos e a alta carga tributária para abertura de empresa nova desaconselha a fusão; ii) Na incorporação extingue-se apenas uma empresa, diferente da fusão; iii) As atividades produtivas ou a prestação de serviços não são afetados para a incorporadora, enquanto que há cessação das atividades durante a operação de fusão; iv) Preserva-se a marca antiga e é possível utilizar o marketing para incrementar a popularidade da nova empresa.

Não obstante, muitas vezes essas operações são utilizadas para concentrar o mercado relevante¹³, aumentando seu poder econômico significativamente e exercendo maior influência no mercado em que atua. Isso significa que os atos de concentração da fusão e incorporação podem muito bem servir para dominação do mercado, estabelecimento de lucros abusivos e eliminação da concorrência.

É comum que essas operações criem anomalias mercadológicas como trustes e monopólios, o que evidentemente funciona ao inverso do que é proposto para uma fusão ou incorporação, ou seja, comprometem o desenvolvimento nacional, geram desempregos e prejuízos diretos aos consumidores entre diversos outros inconvenientes.

Os principais argumentos críticos no tocante à fusão e incorporação são:

I – Geralmente são operações com valores extremamente altos, tendo a necessidade de complexas e extensivas diligências para se afastar casos de fraude ou dívidas ocultas, que podem causar prejuízos massivos no mercado;

II – São operações extremamente dispendiosas, com gastos em escritórios contábeis, advogados, economistas, peritos, sem contar nos tributos e registros burocráticos;

III – A responsabilidade das empresas antigas passa para a nova, seja integralização de cotas, dívidas ou quaisquer outros ônus envolvidos.

IV – Há grande rigor por parte das agências regulatórias, especialmente o CADE, com uma série de requisitos e procedimentos que serão pormenorizados mais adiante.

3.3.4 – Procedimentos das Fusões e Incorporações

Em primeiro lugar, cumpre salientar que as fusões e incorporações podem se dar de forma horizontal ou vertical. Serão horizontais quando as empresas envolvidas estão no mesmo ramo de atuação, tanto na prestação de serviços quanto na fabricação de produtos. Serão verticais quando as empresas tiverem algum tipo de vínculo uma com a outra (como por exemplo, uma no ramo de transporte e outra na fabricação de papel, em que uma depende da outra para as operações comerciais).

Os objetivos desses tipos de concentração são reduções em setores burocráticos ou a melhor administração das empresas.

¹³ Termo que será definido nos itens seguintes

No tocante aos procedimentos, é necessário observar o tipo de sociedade em fusão ou incorporação, tendo em vistas as mudanças futuras no contrato social ou no estatuto no caso das S.A.

Antes desses procedimentos burocráticos, é evidente que ocorram negociações, diligências, encontros e reuniões para pormenorizar o balanço da operação nos negócios das empresas.

Importante que ocorra a devida diligência (*due diligence*) nesses casos pois eventuais fraudes ou dívidas ocultas serão transmitidas à nova empresa, visto que ela assume direitos e deveres da incorporada ou das empresas que sofreram fusão.

Neste sentido, Coelho destaca:

O administrador de uma sociedade empresária que leva adiante qualquer operação societária sem a devida verificação da regularidade da outra sociedade envolvida não cumpre seu dever de diligência, e responde, assim, pelos prejuízos resultantes. Se a incorporada, por exemplo, não recolhia corretamente determinado imposto, a incorporadora, na condição de sucessora, terá de honrar o tributo impago, com os acréscimos moratórios. Se esse passivo não é devidamente considerado na avaliação das empresas envolvidas, os sócios que compunham a incorporadora anteriormente à operação são prejudicados, e têm o direito ao ressarcimento, contra o administrador incompetente (COELHO, 2011b, p. 515).

Após a minuciosa análise do balanço financeiro das empresas envolvidas na operação e após a devida análise de dados e documentos, deverá ser feito o protocolo e justificação, os quais Fazzio descreve:

O instrumento de protocolo é um projeto de contrato firmado pela direção ou pelos próprios sócios das sociedades interessadas, que deve mencionar (art. 224) todas as condições da operação (...)

A justificação, que será apresentada à Assembléia Geral pela administração, é uma exposição sobre os motivos da operação e evidenciará o interesse da companhia em sua materialização, bem como às ações a que farão jus os acionistas preferenciais e as razões para a eventual modificação de seus direitos. Também deverá apresentar como será composto o capital das companhias que vão emitir ações substitutivas das que se extinguirão, segundo classes e espécies de ações, e o valor pelo qual serão reembolsados os acionistas dissidentes que exercerem o recesso (FAZZIO, 2011, p. 256).

Após o protocolo e a justificação, é necessária a publicação do ato de concentração no Diário Oficial no prazo de 90 dias, conforme artigo 1.122 do Código Civil.

Por fim, o registro e arquivamento na Junta Comercial, na CVM no caso de ações ou títulos e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE caso o valor do faturamento anual das empresas atinja o patamar estabelecido em Lei para apreciação da operação.

3.4 – Mercado Relevante

Antes de prosseguir para a análise de caso, são necessárias algumas palavras sobre a definição de mercado relevante, tendo em vista que, tanto nos tópicos acima, quanto na análise do caso, tal expressão vêm sendo recorrente e merece uma análise mais aprofundada.

Nem toda infração econômica ocorre quando um grupo domina todo o mercado. Essa constatação é feita várias vezes na Lei 12.529/2011, especialmente no parágrafo 2º do artigo 36, o qual indica o limite de 20% do mercado relevante para constatação de domínio econômico.

Paula Forgioni conceitua mercado relevante como “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.” (FORGIONI, 2005, p. 231).

Pode-se assumir que mercado relevante é o campo de atuação de determinados grupos econômicos, onde atuam com a oferta de seus produtos ou serviços, competindo com outros grupos ou empresas.

Esse campo de atuação é restrito para aquelas modalidades de produtos ou serviços, em uma certa área geográfica em que competem as empresas. Um elemento importante na identificação do mercado relevante é a capacidade do consumidor de se utilizar dos produtos e serviços naquela região do mercado relevante. Acaso o consumidor tenha uma oferta do mesmo produto em uma empresa de uma localidade distinta, sem que isso o onere demasiadamente, aumentar-se-á o mercado relevante até àquela localidade distinta, englobando a nova empresa.

Assim, não existem mercados relevantes fixos, pois a todo momento são firmadas novas empresas ou saem de cenário outras, afetando a concorrência e a oferta de produtos e serviços, consequentemente causando mutações no mercado relevante do respectivo produto ou serviço.

A complexidade de conceituação do mercado relevante também é aproveitado pelas empresas:

(...) o elástico conceito de mercado relevante é utilizado pelas empresas, que buscam furtar-se à necessidade de obtenção da autorização prevista no parágrafo 3º do artigo 54 da Lei n. 8.884/94. Sustentando a maior abrangência do mercado relevante em que atuam, procuram demonstrar que não possuem vinte por cento desse mercado, buscando desobrigar-se da notificação da operação de concentração ou ainda da aplicação de multa pela falta de tempestiva comunicação (FORGIONI, 2005, p. 253).

O parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 possui correlação com o artigo 36, parágrafo 2º e artigo 88, incisos I e II, todos da Lei 12.529/2011. Trata-se da especificação de grupos econômicos que devem submeter seus atos de concentração à agência reguladora, por terem determinado faturamento anual (evidentemente que pequenas empresas não devem submeter seus atos de concentração, por não causarem um impacto pesado no mercado relevante).

Um exemplo disso poderia ocorrer no caso que será analisado. Os grupos em questão (Estácio e Kroton) atuam no Brasil e por isso, o mercado relevante envolve praticamente todo o território nacional. Não há concorrência com empresas situadas em países vizinhos, assim como também não há oferta do serviço lá, e portanto o mercado relevante se atém apenas ao Brasil, mesmo (evidentemente) existindo empresas desse ramo nos países vizinhos.

Cumprе salientar, como já foi dito anteriormente, que o objetivo deste trabalho não é aprofundar a análise técnica das práticas e conceitos antitruste, mas tão somente, verificar o nível de atuação da agência reguladora, a viabilidade constitucional das justificativas apresentadas, e a inter-relação da ordem econômica com a ideologia adotada pela Constituição. Vale dizer, se a atuação do CADE se amolda a uma característica interventiva de Estado Social, se ela se afigura nos conceitos do neoliberalismo ou se é um tipo distinto desses dois.

3.5 – Universidade Estácio de Sá

A Estácio de Sá é uma sociedade anônima de capital aberto e de participações, que pertence ao Grupo Estácio, de origem brasileira. O grupo atua nos setores de educação de nível médio, superior e profissional de nível técnico, entre outros.

A Estácio atua como prestadora de serviços no mercado de ensino superior e oferta cursos presenciais e a distância de graduação, pós-graduação (lato sensu, stricto sensu e cursos de extensão) e cursos livres, que incluem cursos preparatórios para a OAB e concursos públicos. (CADE, 2017).

No site da Estácio, o grupo se denomina como:

Uma das maiores organizações privadas de ensino superior do Brasil em número de alunos matriculados, a Estácio acredita na transformação da sociedade por meio da educação. Trabalhamos para que nossos alunos sejam agentes de mudança – em suas comunidades, em seu desempenho profissional e em suas famílias – e atuamos no desenvolvimento das comunidades em que estamos presentes por meio, sobretudo, da difusão do conhecimento. A sustentabilidade está presente em todas as nossas atividades e no projeto pedagógico de todos os nossos cursos. Aliamos academia e gestão com foco na qualidade do ensino e na perenidade do negócio e consolidamos uma cultura organizacional de excelência por meio da capacitação e do reconhecimento de nosso quadro funcional. Contamos com 4.564 colaboradores administrativos e com um corpo docente de 7.719 professores. Oferecemos 86 diferentes cursos presenciais e a distância de Graduação e Graduação Tecnológica nas áreas de Ciências Exatas, Ciências Biológicas e Ciências Humanas (dados de dezembro de 2013). Oferecemos também 110 cursos de Pós-Graduação lato sensu, cinco cursos de Mestrado e três cursos de Doutorado, avaliados pelo MEC/CAPES com elevados conceitos de qualidade, além de cursos livres e cursos voltados para a educação corporativa. (ESTÁCIO, 2017).

O Grupo Estácio se originou em 1970 como Faculdade de Direito Estácio de Sá no Rio de Janeiro. Em 1972 se transforma em Faculdades Integradas Estácio de Sá, adicionando novos cursos de ensino superior. Em 1988 a Estácio muda seu status de faculdade para Universidade.

A partir de 1996 começa a investir em unidades em Resende, Niterói e Nova Friburgo, todas no Rio de Janeiro. Em 1998 abre uma faculdade privada de medicina no Nordeste. Em 2007 abre capital na bolsa de valores. Em 2009 começa a oferecer cursos EAD.

Em 2012 a Estácio já possui unidades no Amapá, Maranhão, Paraíba e Rio Grande do Sul. Em 2013 amplia unidades em São Paulo adquirindo a UniSeb. Também investe em Brasília e adquire a Assesc em Santa Catarina.

Atualmente, todos os estados possuem unidades da Estácio (ESTÁCIO, 2017), conforme indicam os gráficos abaixo:

FIGURA 1: ATUAÇÃO PRESENCIAL E EAD DA ESTÁCIO DE SÁ



(ESTÁCIO, 2017)

Todos os estados brasileiros possuem atividades da Universidade Estácio de Sá, seja por meio de aulas presenciais, seja por meio do EAD, que, conforme demonstrado, está dentro do alcance da infraestrutura da Universidade.

FIGURA 2: CAMPIS DE ATUAÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO:



(CADE, 2017).

Com as figuras, verifica-se maior presença da Estácio de Sá nas regiões sudeste e nordeste, com o ensino presencial, e não obstante, ainda possui abrangência do sistema EAD para todo o território nacional.

Desde 2001 até 2015, a Estácio protocolou aproximadamente 17 pedidos de concentração de outras IES regionais, as quais atualmente fazem parte de todo o grupo Estácio (CADE, 2017).

Assim que se iniciou o processo de concentração da Estácio com a Kroton, o sindicato dos auxiliares de administração escolar do estado do Rio de Janeiro – SAAE/RJ alertou para demissões unilaterais do quadro de funcionários da Estácio.

Outras denúncias também indicavam que cerca de 180 professores haviam sido demitidos antes mesmo da operação se realizar, como parte de uma estratégia de redução de custos, tudo aparentemente coordenado pelo Grupo Kroton.

Após notificação para esclarecimentos por parte do CADE, a Estácio confirmou a demissão do quadro profissional mas o atribuiu a naturais atos administrativos para gerenciamento da empresa, o que não estaria vinculado a qualquer ordem por parte do Grupo Kroton.

3.6 –Grupo Kroton Educacional

A Kroton é uma sociedade anônima de capital aberto e de participações, controladora do Grupo Kroton, de origem brasileira. O grupo atua nos setores de educação infantil, fundamental, médio, superior e profissional de nível técnico, de preparatórios para concursos, de ensino de idiomas, de edição de livros, entre outros.

Existe desde a década de 60 com o nome de Pitágoras (hoje, uma de suas marcas) e que desde então, tem incorporado diversas outras empresas como a IUNI Educacional, com as marcas UNIC, UNIME e FAMA, adquirindo também a Faculdade Atenas Maranhense, Faculdade União, FAIS, e UNOPAR. Em 2012 ainda, adquire o Unirondon e Uniasselvi e por fim, em 2013 associa-se com a Anhanguera, tornando-se a líder do ramo de educação de nível superior tanto à distância quanto presencial (CADE, 2017).

A Kroton surgiu como colégio Pitágoras em Belo Horizonte, MG, aproximadamente em 1966. Em 1990 inicia a rede de ensino Pitágoras, com a aglomeração de diversas escolas no ensino básico.

A partir dos anos 2000 nasce a primeira Faculdade Pitágoras, e sete anos após, abre capital na bolsa de valores, permitindo maior expansão e desenvolvimento. A partir de 2010, com os aportes financeiros recebidos de seu investimento na bolsa de valores, começa a incorporar uma grande quantidade de empresas no setor educacional.

Em 2010 comprou a IUNI Educacional, que engloba as marcas UNIC, UNIME e FAMA. Em 2011 adquiriu a Faculdade Atenas Maranhense, Faculdade União, FAIS e UNOPAR.

Em 2012 adquire o Centro Universitário Cândido Rondon (Unirondon), e a Uniasselvi, e no ano seguinte se associa à Anhanguera (KROTON, 2017). O processo de aquisição levou anos, e só foi concluído em 2015 pelo CADE após a imposição de certas barreiras.

Na sua última aquisição, em 2015, a Kroton submeteu o ato de concentração ao CADE para incorporar a rede de ensino Anhanguera. A incorporação foi autorizada com a imposição de remédios concorrenciais. Um desses remédios era a venda da unidade Uniasselvi da Kroton, com a intenção de que alguma das rivais adquirissem a unidade, fortalecendo sua posição no mercado e criando uma competição mais aguerrida com a Kroton.

No entanto, a unidade Uniasselvi acabou não sendo vendida para nenhuma das concorrentes diretas da Kroton, tendo o grupo de investimento Carlyle e Vinci efetuado a compra e muito possivelmente frustrado a intenção do CADE.

Abaixo, pode-se observar a capilaridade do grupo Kroton no mercado de ensino superior brasileiro:

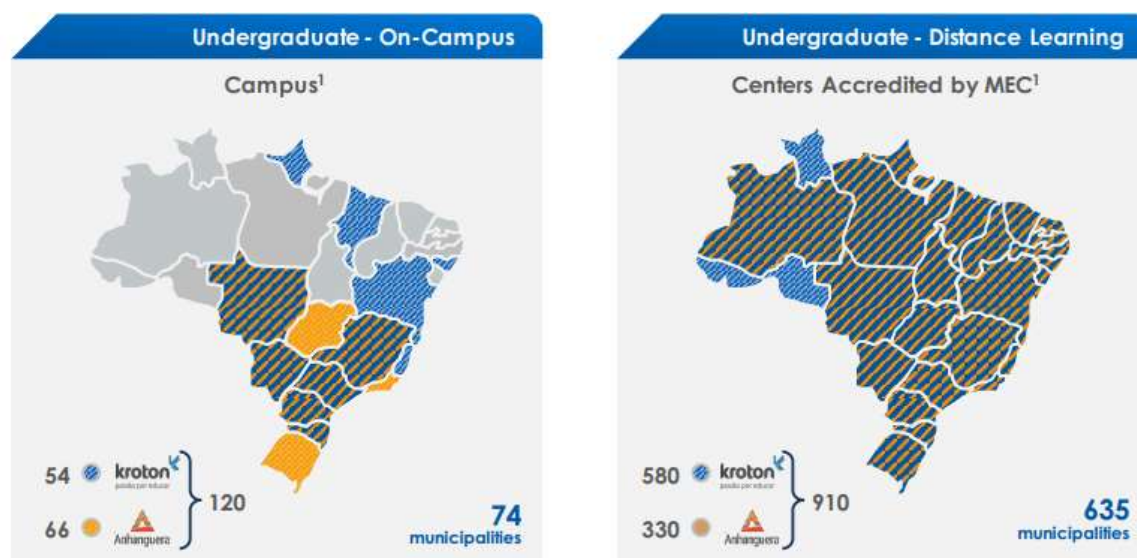
FIGURA 3: CAMPIS DO GRUPO KROTON:



(CADE, 2017).

A presença do Grupo Kroton é muito mais intensa fisicamente do que a Universidade Estácio, possuindo maior quantidade estrutural para dar conta do ensino presencial.

FIGURA 4: PRESENCIAIS E EAD DO GRUPO KROTON:

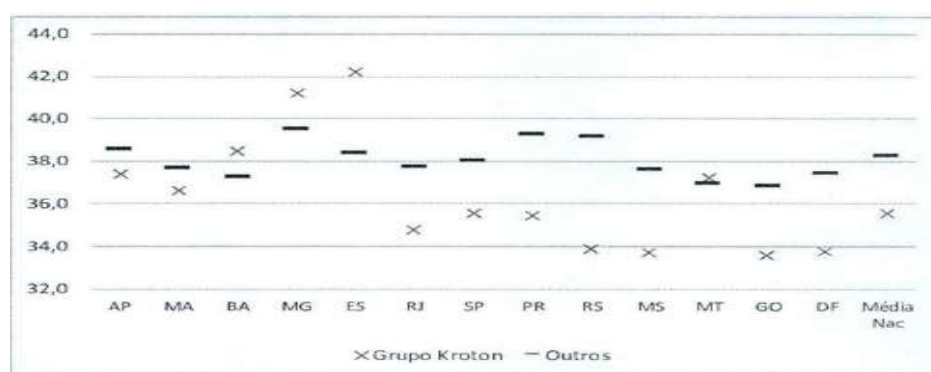


(CADE, 2017)

Neste gráfico, percebe-se a amplitude das atividades do Grupo Kroton após aquisição do grupo Anhanguera, com fortalecimento de suas atividades de EAD.

Não obstante, a análise estatística do Enade, feita pela Go Associados, consultoria técnica contratada pela terceira interessada Ser Educacional, demonstra uma queda na qualidade de prestação de serviço e consequente prejuízo aos consumidores:

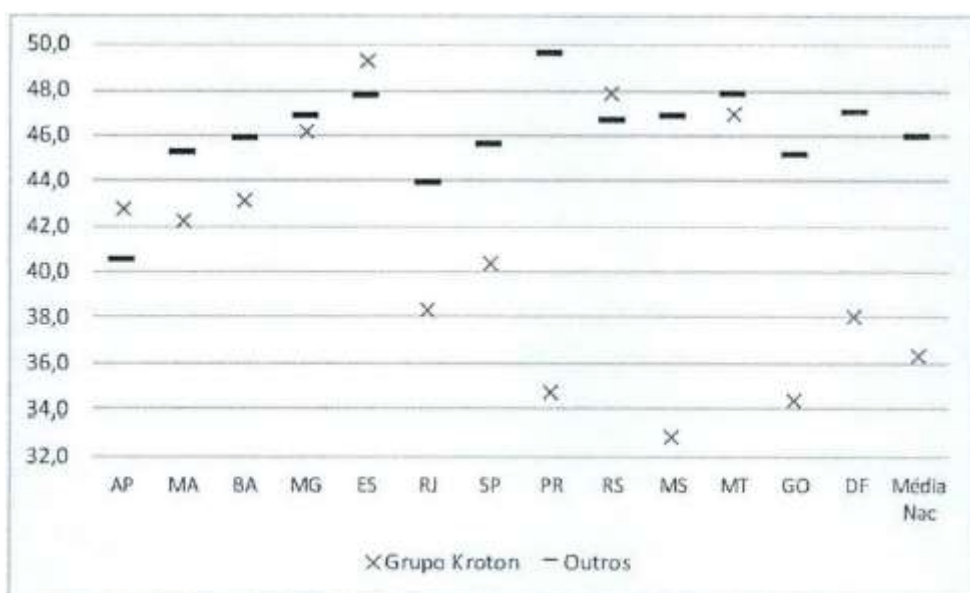
GRÁFICO 1: ENADE 2012. GRUPO KROTON VS OUTROS:



Fonte: Enade/INEP-MEC. Elaboração e análise: GO Associados.

(CADE, 2017).

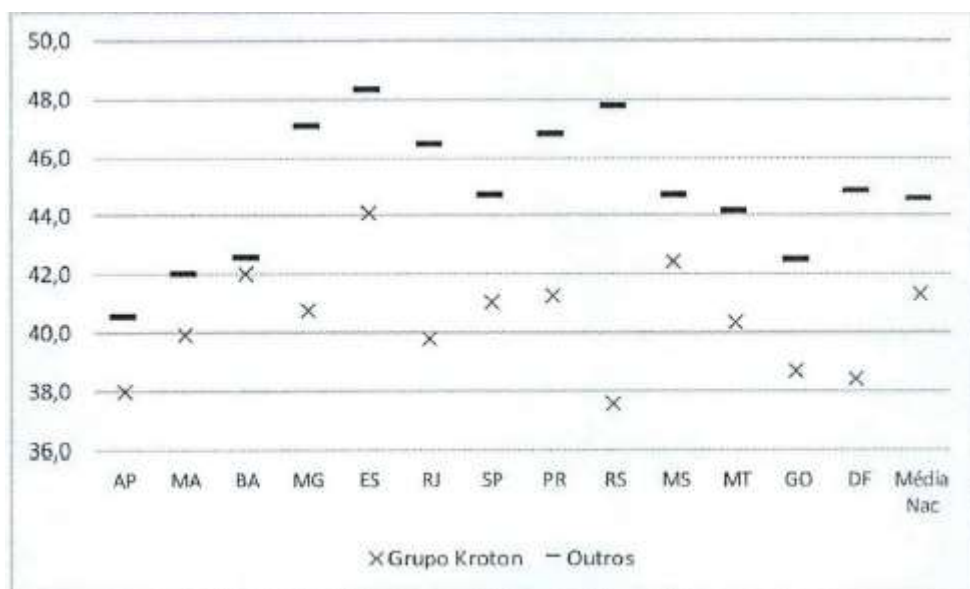
GRÁFICO 2: ENADE 2013. GRUPO KROTON VS OUTROS:



Fonte: Enade/INEP-MEC. Elaboração e análise: GO Associados.

(CADE, 2017).

GRÁFICO 3: ENADE 2014. GRUPO KROTON VS OUTROS:



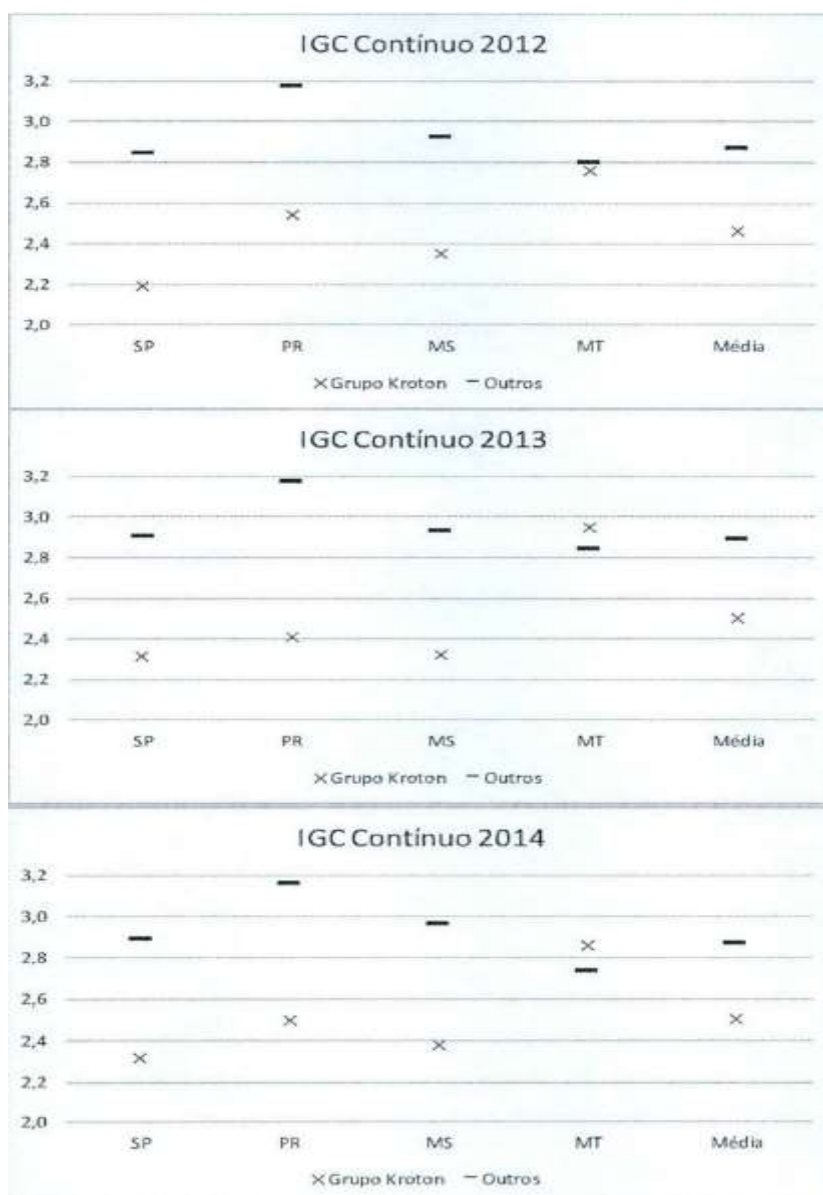
Fonte: Enade/INEP-MEC. Elaboração e análise: GO Associados.

(CADE, 2017).

Com os quadros, percebe-se que de 2012 a 2014 a prestação de serviço do Grupo Kroton tem resultado em dados inferiores à média nacional em todos os cenários, comparados com outras IES.

Pelo índice IGC¹⁴ (que é feito pelo INEP do Ministério da Educação, com base no Conceito Preliminar de Curso – CPC e pela CAPES), percebe-se que os dados corroboram àqueles do ENADE, colocando o Grupo Kroton abaixo da média nacional:

GRÁFICO 4: IGC – NOTA MÉDIA POR UF: GRUPO KROTON VS OUTROS:



Fonte: IGC/INEP-MEC. Elaboração e análise: GO Associados.

(CADE, 2017).

¹⁴ O IGC é um indicador qualidade das instituições de ensino superior referente ao último triênio. No entanto, o índice é computado anualmente com base em indicadores de qualidade da graduação e da pós-graduação fornecidos pelo CPC e pela CAPES.

De igual modo, o Procon do Nordeste, especificamente do Maranhão, apresentou demonstrativo de reclamações do período de 2012 a 2016:

TABELA 1: RECLAMAÇÕES PROCON NORDESTE:

Faculdade Pitágoras (pertencente ao Grupo Kroton)	CNPJ/RADICAL: 03239470
Ano	Reclamações/Atendimento
2012	26
2013	24
2014	38
2015	80
2016	177

(CADE, 2017).

TABELA 2: RECLAMAÇÕES PROCON NORDESTE:

Anhanguera Educacional Ltda (pertencente ao Grupo Kroton e anteriormente ao Anhanguera)	CNPJ/RADICAL: 05.808.792/0001-49
Ano	Reclamações/Atendimento
2012	17
2013	23
2014	47
2015	59
2016	40

(CADE, 2017).

Evidente o aumento de reclamações, especialmente após o período de fusão do Grupo Kroton com a Anhanguera, o que indica uma piora na prestação do serviço para os consumidores.

O Grupo Kroton contesta os dados apresentados com base em estudo pericial patrocinado pelo próprio grupo, indicando outros índices e metodologias para descreditar as análises da Ser Educacional, do Procon, e das demais interessadas (CADE, 2017).

No entanto, não é difícil imaginar que a administração de gigantescas empresas educacionais tenha uma dificuldade altíssima. A distância entre as IES, as diferenças regionais, a logística, o quadro funcional, a quantidade de faculdades e de consumidores, entre outros desafios, naturalmente criam um obstáculo para uma eficiente administração empresarial. Em certas ocasiões, essa dificuldade administrativa é refletida em uma piora na eficiência da prestação de serviço, o que é repassado aos consumidores.

Sem uma concorrência real, os consumidores não possuem outra opção senão contratar uma empresa que tem tido índices preocupantes na qualidade de serviço e em reclamações de consumidores.

3.7 – Análise do Processo 08700.006185/2016-56

O processo nº 08700.006185/2016-56, (ato de concentração de mesmo número) se iniciou com a declaração da intenção de aquisição e também com a denúncia de dois órgãos, o sindicato dos auxiliares de administração escolar do estado do Rio de Janeiro – SAAE/RJ e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE.

O Sindicado das Mantenedoras de Ensino Superior – SEMESP trouxe logo no início do processo, um estudo com o objetivo de aprofundar o conhecimento do perfil dos universitários brasileiros, principais consumidores dos serviços ofertados pela Estácio e Kroton.

A metodologia utilizada pelo SEMESP foi a análise qualitativa (grupos de discussão) e quantitativa (questionários online e entrevistas pessoais). Com a pesquisa descobriu-se que a maioria dos universitários são de classe média (rendimento familiar de até R\$ 2.200,00), que 59% se utilizam de algum tipo de financiamento ou bolsa (O Fies é o mais utilizado) e valorizam a qualidade do ensino sobre o preço da mensalidade.

Importante mencionar que esse é o principal público alvo das IES do processo 08700.006185/2016-56 e que durante o financiamento federal proposto pelo FIES essas e outras IES obtiveram significativos aumentos financeiros, com a possibilidade de

ingresso de uma grande quantidade de alunos que antes não tinham condições de arcar com as mensalidades.

A Estácio e a Kroton se prontificaram em negar as denúncias de interferências nas operações umas das outras, e indicaram que não se tratavam de “gun jumping” (termo já definido mais acima) para evadir a submissão da operação à agência reguladora.

Tanto a Estácio quanto a Kroton declararam o interesse de aquisição para o CADE em 31 de Agosto de 2016, pois seus faturamentos superavam R\$ 750.000.000,00, havendo, assim, a necessidade de protocolo da intenção de incorporação perante a autarquia reguladora do Estado (CADE) para formalizar a aquisição da Estácio pela Kroton, nos moldes do art. 88, incisos I e II da Lei 12.529/2011. A partir daí, a autarquia iniciou sua análise técnica para averiguação do impacto daquela aquisição no mercado, por meio do ato de concentração nº 08700.006185/2016-56.

O CADE ainda aceitou a participação de terceiros interessados no processo (concorrentes e instituições que podem ser afetados pela decisão final do processo) nos moldes do art. 50 da Lei 12.529/2011 que trata sobre a admissão de intervenção no processo administrativo por parte da Superintendência-Geral.

Puderam então, produzir informações e dados nos autos, contribuindo com a análise da operação, os seguintes grupos e instituições:

Grupo Laureate (O Grupo Laureate atua no mercado de educação superior em 25 países, dentre os quais o Brasil. No país, o grupo oferta cursos de graduação e de pós-graduação, nas modalidades presencial e a distância); Grupo Ânima (O Grupo Ânima atua no mercado de ensino superior nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina e Paraná, tanto na modalidade presencial, quanto na modalidade EAD. O Grupo também oferta cursos na área de gestão empresarial); Grupo SerEducativo (O Grupo SerEducativo atua no mercado de ensino superior no Brasil por meio de 44 instituições de ensino em todos os estados da região Nordeste, bem como no Pará, Amazonas e São Paulo); ANACEU (A Associação Nacional dos Centros Universitários – ANACEU alegou ter legitimidade para atuar como terceira interessada no processo uma vez que eventual decisão do CADE poderá alterar a situação de mercado de seus associados.); e Procon/MA (O Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Maranhão (Procon/MA) alega que, como órgão da Administração Pública destinado à defesa dos interesses e

direitos do consumidor, tem como função evitar que os interesses de agentes econômicos se sobreponham ao direito do consumidor) (CADE, 2017).

Todos os grupos e instituições argumentaram que a concentração seria prejudicial tanto para concorrência quanto para os consumidores e portanto requererem a não aprovação do ato.

Em suma, a justificativa dada pelos grupos foi a de que, de forma geral, a qualidade do ensino pós Anhanguera, por parte da Kroton, deteriorou em diversos medidores, seja por reclamações de alunos-consumidores no Procon, seja por meio das avaliações do ENADE, seja no Índice Geral de Cursos, o qual a Kroton estaria abaixo da média nacional. Isto significaria que a operação de aquisição traria resultados semelhantes mas em maiores proporções, na medida que a Estácio era a principal concorrente da Kroton e ambas exercem o domínio, em primeiro e segundo lugar no ranking nacional de instituições de nível superior, de grande e relevante parte do mercado em que atuam.

Percebe-se que nessas alegações, estão sempre incluídos, mesmo que indiretamente, os termos já tratados aqui, como o poder econômico, o domínio do mercado (ou do mercado relevante), os reflexos disso para os consumidores, para a concorrência e para a economia de modo geral. Aqui, aliás, há o aspecto social da educação, e portanto, não apenas o viés econômico (resta saber a atuação do Estado perante esse cenário).

Em seguida, passou-se à análise de campo, com a remessa de diversos ofícios pelo CADE para instituições de ensino que atuavam no mesmo mercado relevante que a Kroton e a Estácio. Nos ofícios, buscou-se verificar o tipo de serviço oferecido pelas instituições, o número de alunos, o valor do ticket (mensalidade) pago, além de uma série de questões relacionadas à influência do ensino à distância no ensino presencial, a indicação de concorrentes da instituição, o posicionamento delas perante a aquisição, entre outras.

Em uma dessas análises, a Associação Brasileira de Educação à Distância – ABED traz parecer desfavorável à operação, indicando que a concentração do ensino à distância – EAD traria dominação de conteúdo educacional, homogeneidade cultural e mesmo a possível compensação por meio da redução de custos para os consumidores ainda seria prejudicial, pois outras IES não conseguiriam competir com os valores ofertados.

Ainda citou Presse acerca do EAD:

Nesse mercado que está ficando a cada ano mais concentrado, os grandes *players* da EaD levam grande vantagem, pois há anos já investem pesado em propagandas inseridas em horários nobres dos principais canais de Televisão. Também são instituições que investiram em modelos semipresenciais de educação e priorizaram a manutenção de preços através de redução de custos e gestão profissional. (PRESSE, 2016, p. 43).

E traz a tabela abaixo (utilizada no voto do conselheiro Gilvandro Vasconcelos), que elucida a participação das empresas mencionadas no Market share relativo:

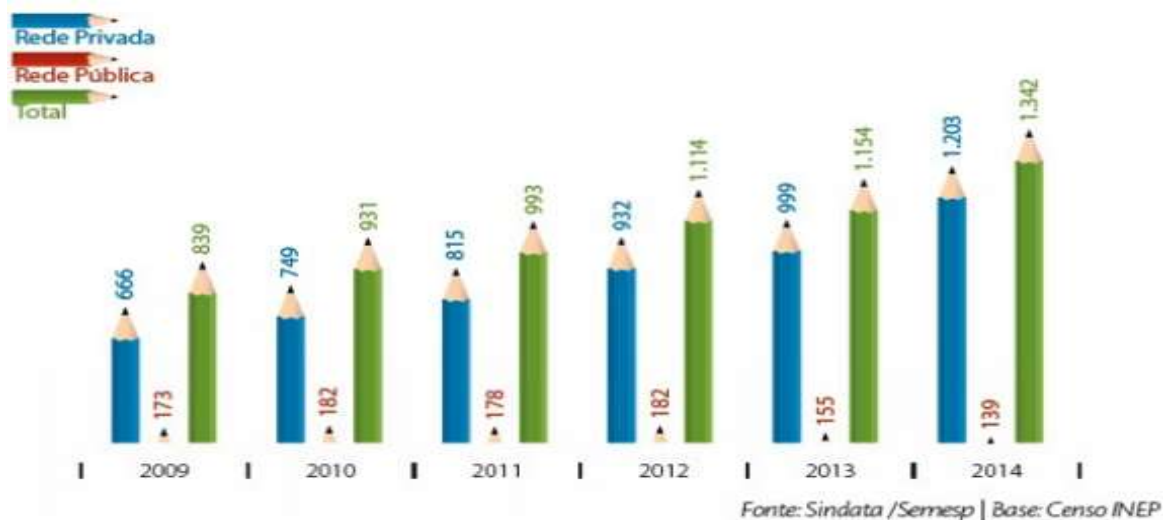
TABELA 3: MARKET SHARE DO SISTEMA EAD NO BRASIL

Market Share de Grupos Consolidadores da Modalidade EaD – Brasil (2010 a 2014)						
Item	Grupo	2010	2011	2012	2013	2014
1	Kroton/Anhanguera	25,9%	26,9%	33,6%	35,9%	38,4%
2	Estácio	7,1%	8,2%	8,6%	8,1%	9,3%
3	Unip	6,6%	8,4%	7,6%	8,7%	9,0%
4	Unicesumar	0,8%	1,6%	2,4%	3,1%	3,2%
5	Cruzeiro do Sul Educacional	1,6%	1,7%	1,6%	2,1%	2,2%
6	Laureate	0,5%	0,9%	1,2%	1,8%	1,7%
7	Uninove	0,2%	0,5%	0,8%	1,0%	1,2%
8	Grupo Tiradentes	1,1%	1,1%	0,8%	0,9%	0,6%
9	Ilumino	0,4%	0,4%	0,4%	0,3%	0,3%
10	Anima	0,2%	0,3%	0,3%	0,2%	0,2%
11	Ser Educacional	-	-	-	-	0,1%
12	Não Consolidadas	55,6%	50,1%	42,6%	37,9%	33,8%
Total Brasil Privado		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

(PRESSE, 2016, p. 105).

Já fica claramente demonstrado nesta tabela, a forte liderança do Grupo Kroton em comparação com toda a concorrência, inclusive da Universidade Estácio de Sá, ultrapassando em 4 vezes a capacidade de EAD dos competidores mais próximos.

GRÁFICO 5: MATRÍCULAS NAS REDES PÚBLICAS E PRIVADAS



(SEMESP, 2016, p. 12).

O gráfico acima indica a demanda no mercado educacional, demonstrando a gigantesca diferença do ensino privado do ensino público, o que prova a capacidade lucrativa neste mercado relevante.

Aproximadamente uma centena de IES foram oficiadas para responderem o questionário do CADE e a esmagadora maioria indicou contrariedade à operação, diante da concentração de serviços presenciais e especialmente no EAD, que além de possivelmente diminuir a qualidade do ensino superior no Brasil, também criariam um grupo com poder econômico sem igual, com a possibilidade de exercer pressão no meio político para manutenção ou criação de benefícios educacionais que privilegie essa nova instituição.

A Kroton apresentou argumentos contrariando as alegações de queda de qualidade de serviço, além de utilizar outras formas de metodologia para cálculo da qualidade do ensino, citando diversos outros centros de estudo que reforçam seu ponto de vista.

Tendo em vista a complexidade da matéria, e a extensão que o processo tomou, o CADE solicitou ao Departamento de Estudos Econômicos – DEE, que elaborasse um estudo quantitativo a respeito dos impactos concorrenciais decorrentes da operação. Lembrando que o DEE é a área técnica do CADE e conta com especialistas econômicos para avaliar questões de alta complexidade.

O DEE emitiu parecer indicando que a operação tiraria do mercado um player importante (Estácio) com marca consolidada e capacidade de investimento em propaganda e marketing, que tem contribuído para o aumento da rivalidade entre as empresas, ao adotar a estratégia de preços baixos.

A Superintendência Geral do CADE – SG, ofereceu impugnação ao ato de concentração, decidindo que a concentração colocaria a Kroton em posição de líder incontestado no mercado, com quase 50% do Market share (mercado relevante).

Não obstante a grande quantidade de elementos técnicos e econômicos apresentados pela DEE e usados pela SG, também foi considerada (pela SG) a qualidade do ensino superior como ponto a ser regulado pelo CADE, o qual ela vinculou à economia, dada a formação de mão-de-obra no país:

(...) há um risco de homogeneização da educação superior em patamares de qualidade mínimos que, não obstante estarem de acordo com a regulação atinente, pode provocar prejuízos à educação superior como um todo e à própria economia do país, dada a sensibilidade do mercado em análise para a formação de mão-de-obra (CADE, 2017).

A análise da pertinência constitucional-econômica, pelo viés aqui estudado, da justificativa apresentada será tratada no tópico seguinte.

Em seguida a SG passou o caso para o conselho do CADE (ou o tribunal administrativo), o qual foi presidido pela relatora conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

Na sessão de julgamento, foi feita proposta de acordo por parte das requerentes (Kroton e Estácio), a qual foi rejeitada e logo em seguida, imputada a aprovação da operação por meio de restrições unilaterais por parte do gabinete da relatora. Em outras palavras, foram designados remédios para aprovação da operação, com a finalidade de balancear os impactos causados no mercado.

No entanto, a relatora que votou pela aprovação com restrições foi voto vencido, e o conselho do CADE por maioria rejeitou o ato de concentração, mesmo com as ressalvas propostas.

Percebe-se nitidamente a diferença de consumidores (e portanto a abrangência de mercado) das empresas que pretendem se concentrar e de suas concorrentes, sendo a Kroton responsável por 37% de todos os alunos no ensino à distância.

Os principais argumentos dos conselheiros foram:

I – na maioria dos cursos presenciais de graduação em que há sobreposição não há um outro grande player capaz de rivalizar com as requerentes;

II – no caso dos cursos de graduação de ensino à distância (EAD), o player mais próximo tem participação de mercado muito baixa;

III – é inevitável concluir como significativas as sobreposições e os graus de concentração, muitos deles bem superiores aos 20% de mercado relevante que permitem presumir posição dominante

IV – O investimento contínuo em marketing e publicidade é comprovadamente eficaz neste tipo de mercado, constituindo uma barreira de mercado na medida que os *players* em questão têm contratado apresentadores de grande popularidade e ação de *merchandise* para ampliar sua capilaridade;

A tabela abaixo, extraída do processo em comento (voto da relatora), retrata a situação do ensino superior do Brasil, com os principais grupos empresariais, a estimativa de alunos presenciais (“P”), alunos de ensino à distância (“EAD”) e suas respectivas porcentagens:

TABELA 4: CONCORRÊNCIA DO SISTEMA DE ENSINO SUPERIOR NO BRASIL:

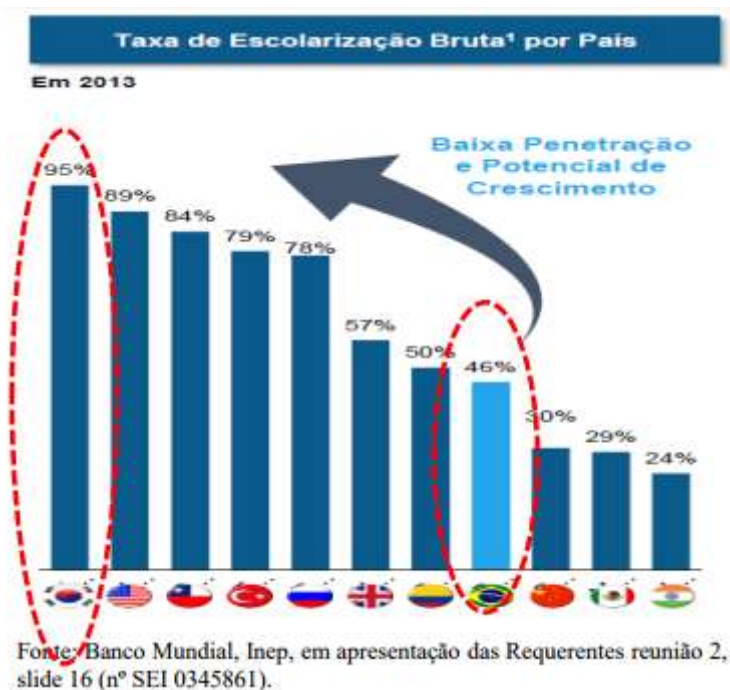
Alunos no Ensino Superior Privado no Brasil em 2015							
#	Grupo	P	EAD	Total	P (%)	EAD (%)	Tot (%)
	OUTROS	2.807.842	155.657	2.963.499	58%	12%	48%
1	KROTON	489.746	470.100	959.846	10%	37%	16%
2	ESTACIO	327.106	108.846	435.952	7%	9%	7%
3	UNIP	277.256	124.128	401.384	6%	10%	7%
4	LAUREATE	242.031	25.322	267.353	5%	2%	4%
5	PUC	168.844	639	169.483	3%	0%	3%
6	ACAFE	127.238	12.511	139.749	3%	1%	2%
7	UNINOVE	119.620	17.086	136.706	2%	1%	2%
8	SER	125.135	3.136	128.271	3%	0,2%	2%
9	UNINTER	3.306	120.890	124.196	0,1%	10%	2%
10	CRUZEIRO DO	74.083	40.179	114.262	2%	3%	2%
11	UNIASSELVI	13.237	93.110	106.347	0,3%	7%	2%
12	ANIMA	85.320	3.212	88.532	2%	0,3%	1%
13	CESUMAR	11.614	46.008	57.622	0,2%	4%	1%
14	UNIMES	1.581	26.061	27.642	0,0%	2%	0,4%
15	CLARETIANO	5.075	21.177	26.252	0,1%	2%	0,4%
TOTAL		4.879.034	1.268.062	6.147.096	100%	100%	100%
%		79%	21%	100%			
Krt+ANH+EST		816.852	578.946	1.395.798			
		17%	46%	23%			
População Brasileira		208.000.000		3%			
Pop. Acima de 15 anos em 2010 = 120MM							
Pop. Acima de 25 anos em 2010 = 86MM				34.000.000			
				18%			
No Brasil há 6,1 MM de alunos no ensino superior privado (3% da pop. bras.)							
Destes, 4,9 MM estudam no presencial e 1,3 MM, no EAD							

(Fonte: Inep e IBGE. Extraído do AC nº 08700.006185/2016-56, CADE, 2017).

Nesta tabela, verifica-se a grande quantidade de alunos presenciais da Kroton em comparação com as demais concorrentes. A maior diferença ainda, está nos alunos do EAD, em que a Kroton possui gigantesca diferença. Evidente que a soma de consumidores do primeiro lugar com o segundo (Kroton e Estácio) causará impacto significativo no mercado relevante.

Não obstante, em diversos momentos, percebe-se a preocupação do CADE com a qualidade educacional. Em análise do Gabinete 2, da relatora do processo, utiliza-se a seguinte expressão: “O Setor de Ensino Superior: Se o Brasil tivesse investido em educação desde 1950 com as taxas de investimento em KH da Coreia do Sul, o PIB/L Brasil seria 40x maior!” (CADE, 2017) e apresenta também, o seguinte gráfico:

GRÁFICO 6: TAXA DE ESCOLARIZAÇÃO:



(CADE, 2017)

O gráfico acima apesar de demonstrar a capacidade de desenvolvimento do setor educacional, foi utilizado como justificativa do Gabinete para salientar a falta de investimento público na educação, que se fosse mais efetivo, teria alcançado níveis sul coreanos.

Em outra análise curiosa, o conselheiro Gilvandro Vasconcelos indicou o seguinte:

A operação em análise envolve um dos mais importantes setores socioeconômicos brasileiros, que é o da educação. Trata-se de direito social previsto na Constituição Federal (art. 6º), cujo dever de prestação estatal exige uma correlação direta de vetores de direito público e privado. Para além dos impactos inerentes a um processo de concentração econômica, o bem jurídico tutelado deve estar em compasso com parâmetros regulatórios. A análise concorrencial, mais do que em outros setores, há de comportar uma avaliação dinâmica da operação, já que o ensino superior contém obrigações de trato sucessivo assumidas entre alunos e mantenedoras (...) (CADE, 2017).

E percebe a tênue linha que se encontra a análise do setor educacional com o setor regulatório:

O Conselho deve ter um cuidado muito maior nesse mercado, especialmente no tocante ao poder de mercado, haja vista a função social insculpida no art. 6º da Constituição Federal. Não estou dizendo que o CADE vai fazer política social via ato de concentração, porém o CADE tem de considerar eventuais efeitos sociais que concentrações eventualmente não exitosas e que formem grandes *players* possam trazer à atividade. (CADE, 2017).

No entanto, grande parte dos conselheiros argumentaram sobre os aspectos mais relacionados à qualidade da competitividade e aos riscos técnicos da operação, o que demonstra maior atuação da agência neste aspecto.

Por fim, a possibilidade de utilização de remédios para aprovação da operação foi descartada, já que a Kroton acabara de adquirir a Anhanguera com ressalvas para venda da Uniasselvi, a qual não foi comprada pela concorrência direta da Kroton (frustrando parcialmente os planos do CADE) e porque a complexidade do caso e a assimetria de informações não permitiam uma análise concreta dos prejuízos da operação na concorrência e para os consumidores num cenário de remédios.

Ocorre que a aquisição da Anhanguera se deu em 2015, apenas um ano antes da declaração da intenção de adquirir a Universidade Estácio. Alguns dos argumentos dos conselheiros e das IES questionadas indicam que os remédios daquela operação de 2015 sequer haviam surtido efeito ainda para que se aprovasse outra com nova designação de condições.

Ainda não estava claro se a venda da Uniasselvi bastaria para deixar o ambiente concorrencial mais competitivo ao mesmo tempo em que autorizava a operação da Kroton com a Anhanguera.

Com isso, o conselho da autarquia impugnou o ato de concentração, rejeitando inclusive uma possível aprovação com restrição da aquisição, o que condicionaria à incorporadora Kroton limitar severamente a atuação da sua marca Anhanguera.

O conselheiro João Paulo de Resende disserta com precisão sobre a dificuldade de aplicação de remédios nesses tipos de operações:

Um caso bastante emblemático é o de arrendamento de unidades industriais de abate bovino envolvendo a JBS e a Rodopa. O ato de concentração foi aprovado pelo Tribunal em 20/08/2014 com obrigações de manutenção do nível mínimo de produção em um frigorífico e alienação de ativos. Após algumas flexibilizações chanceladas pelo CADE, descobriu-se, no final do ano passado, que o remédio de manutenção de capacidade era inexecutável em razão de restrições de licenças ambientais prévias, inclusive, à operação. A assimetria de informação, nesse caso, combinada com má-fé das Requerentes, fez com que o remédio fosse totalmente ineficaz. Ainda que tenha sido aplicada penalidade de multa às Requerentes, ao final, a maioria desse Tribunal acabou tendo que flexibilizar mais uma vez a obrigação. (CADE, 2017).

Assim, percebe-se que os remédios não servem para salvar uma operação de concentração, mas contribuir para fortalecer o ambiente concorrencial, incluindo certos obstáculos e reduzindo excessos de determinadas operações para dar possibilidades a outros competidores.

O julgamento do processo nº 08700.006185/2016-56 do CADE não exaure todas as opções de concentração da Estácio pela Kroton. Os grupos ainda poderão se socorrer ao Judiciário para reanalisar a matéria e emitir novo julgamento, levando-se em conta o contraditório.

No entanto, a fatura de elementos técnicos contrários à operação, somados a exaustivos argumentos e estatísticas (tanto da voracidade da Kroton em adquirir novas companhias quanto nos possíveis prejuízos aos consumidores e à concorrência), afastam significativamente a reversão da decisão do CADE.

Aventou-se a possibilidade, por uma das IES questionadas, de que além desta operação com a Estácio, a Kroton também estaria negociando outras operações regionais, o que contribui para acautelar a autorização de tamanha concentração.

Neste cenário, o CADE interviu diretamente no mercado para impedir a concentração de dois agentes privados, em uma ordem econômica significativamente neoliberal, justificando sua decisão em dados empíricos e jurídicos de que a incorporação traria consequências para a concorrência e para a qualidade de ensino no Brasil, ou seja, o órgão também tomou sua decisão lastreada nas características sociais da Constituição Federal.

3.8 – Análise do Ponto de Vista Econômico-Concorrencial

A análise aqui adotada tem o contorno crítico do viés social e econômico adotado pela ordem econômica constitucional. Isso significa que a verificação e crítica serão feitas nos moldes dos arts. 170 e 173, §4º da CF, que adotam um posicionamento mínimo e neoliberal do Estado, ao mesmo tempo em que se percebe a importância dos aspectos sociais nela contidos.

Assim, conforme já exposto, a Constituição Federal detém características interessantes ao adotar uma ideologia econômica voltada a um liberalismo regulador ou neoliberalismo de regulação, em que se admite a intervenção do Estado de forma essencialmente restrita, para manter e preservar o mercado de forma geral (tanto a concorrência quanto os consumidores).

Agrega, portanto, à ordem econômica, e às características de como o Estado deverá intervir, com pontos norteadores especialmente sociais (vide função social da propriedade, defesa do consumidor, redução de desigualdades, pleno emprego, valorização do trabalho humano, entre outros) e neoliberais (livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, Estado Mínimo, além de dois outros fatores: i) a doutrina majoritária classifica a CF/88 como neoliberal; e ii) o momento de criação da Constituição Federal se dá no auge do neoliberalismo, tendo esta ideologia influenciado fortemente o texto constitucional).

A Lei 12.529 de 2011 do CADE não regulamenta apenas o disposto no art. 173, §3º, mas sim sobre toda a ordem econômica. Basta se verificar a disposição introdutória da referida Lei: “dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”.

Importante destacar a distinção do dirigismo clássico da economia com medidas de orientação ou fiscalização para manutenção da ordem econômica.

Neste sentido, o que era feito durante um Estado de Bem Estar Social era a intervenção (as vezes direta ou indireta) na economia, limitando ou proibindo determinadas explorações comerciais, competindo com particulares, estabelecendo subsídios para certos negócios, impondo obstáculos para outros, inclusive no tocante a exportação e importação. Porém, no que tange às agências reguladoras, tratam-se dos executores (*enforcers*) dessas políticas no ramo econômico, limitando ou permitindo a participação de determinados agentes econômicos conforme o interesse estatal, cujas atribuições não se resumiam apenas à fiscalização mas também o estabelecimento das políticas públicas e da agenda política por meio de multas, descredenciamentos ou até mesmo destituição do controle administrativo da empresa, substituído por um agente estatal.

Evidentemente que a agência regulatória não está engessada para apenas ser o “policial do mercado”, devendo levar em conta, diante da complexidade de determinados casos, vários aspectos que por vezes fogem de sua atribuição. Mas esses pontos não podem isoladamente definir o posicionamento da agência regulatória, nem estarem dissociados das limitações impostas pela ordem econômica da Constituição.

Em outras palavras, o CADE deve realizar suas análises não com o objetivo de seguir os interesses políticos de determinado governo, ou fundamentar suas decisões com base em aspectos fora da ordem econômica constitucional.

O que se vê na Constituição de 1988 é a tentativa de minimizar a participação do Estado na economia, somente em relevante interesse coletivo ou em proteção da segurança nacional, e no caso da intervenção indireta resguardar a ordem econômica (seus princípios) e reprimir as infrações que possam levar a um domínio do mercado (seja total, seja o mercado relevante).

Assim, a análise do caso concreto passa, portanto, por essas premissas econômicas-constitucionais, de uma ideologia neoliberal de regulação, com aspectos sociais.

A decisão do CADE em rejeitar a concentração da Estácio com o grupo Kroton possui fartos argumentos técnicos, com estatísticas, estudos científicos, comparações concorrenciais, análises mercadológicas, pareceres econômicos, entre várias outras metodologias que evidentemente compõem as atribuições da agência, nos moldes do art. 17 da Lei 12.529/11.

A análise técnica da agência não é apenas natural, mas necessária para qualquer ambiente regulado, e no presente caso, prevista por lei federal e pela própria constituição federal.

A abordagem técnica então apontou que:

a) a importância da marca e a necessidade de investimentos em marketing/publicidade constituem importantes barreiras à entrada ao mercado em questão; b) que a atuação no ensino presencial facilita a atração de alunos no ensino à distância, revelando a forte relação entre as duas modalidades; e c) que a operação tiraria do mercado um player importante com marca consolidada e capacidade de investimento em propaganda e marketing, que tem contribuído para aumento da rivalidade entre as empresas, ao adotar estratégia de preços baixos (CADE 2017).

Em síntese, percebeu-se que no setor educacional, o marketing e a publicidade são fatores extremamente fortes, capazes de atrair grande quantidade de consumidores para as IES.

A soma das estratégias de marketing das duas instituições, incluindo a expressiva quantidade de alunos presenciais na Estácio (o que também é motivo de publicidade para os cursos EAD), percebe-se que haveria uma capacidade sem igual de atrair consumidores, o que é chamado de capilaridade.

Se efetuada a aquisição, a incorporadora além de deter técnica de marketing muito mais avançada do que as concorrentes, também tiraria do cenário a empresa que mais contribuía para a redução de preços no setor. Em outras palavras, sem a maior rival da Kroton, ela se isolaria no topo, influenciando o mercado de tal maneira que poderia ser configurado dominação do mercado relevante.

Os resultados dessa dominação causariam os efeitos previstos no parágrafo 4º do art. 173 da CF, ou seja, abuso de poder econômico, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (técnica recorrente em monopólios).

Além disso, em uma economia de neoliberalismo regulador, a análise técnica está correta em aconselhar a impugnação da operação, na medida que ela desestabilizaria o mercado e comprometeria os princípios básicos do neoliberalismo, acabando com a livre iniciativa (novas empresas dificilmente surgiriam), livre concorrência (qualquer competidor estaria seriamente em desvantagem com essa nova empresa), e livre mercado (o mercado seria fortemente influenciado pela nova empresa, dificultando a liberdade dos demais agentes privados).

Pode-se assumir que a agência reguladora estatal, na verdade fortaleceu o livre mercado, com a decisão de negar a aquisição da Estácio pela Kroton.

Não obstante, outro ponto merece uma análise mais aprofundada, no que se refere ao julgamento do CADE.

A decisão da superintendência geral levou em conta, além de toda a instrução processual e argumentos de interessadas e das requeridas, a apreciação técnica do departamento de estudos econômicos. A SG então, menciona que a qualidade de ensino do Brasil seria reduzido acaso a operação se concretizasse.

Não obstante, indica que essa redução de qualidade está vinculada à redução de eficiências dinâmicas, ou seja, só haverá redução da qualidade de ensino porque o mercado contará com um player que i) aglutinou boa parte do mercado relevante, unificando a prestação de serviço; ii) com a inviabilidade concorrencial, não haverá motivos para investir na melhoria do serviço; iii) todos esses resultados culminarão em prejuízo econômico (mão de obra menos qualificada para o mercado por exemplo).

A análise socioeconômica é totalmente válida neste caso, levando-se em conta a Constituição, especialmente quando considerados elementos técnicos que justificam prejuízos econômicos e sociais.

Até o presente momento (análise e parecer da DEE e decisão da SG), a agência reguladora tem atuado em consonância tanto com a Lei 12.529/11 quanto com a CF/88.

No entanto, com o julgamento pelo tribunal administrativo do CADE, cabem algumas pontuações pertinentes acerca da análise constitucional-econômica.

Em uma análise mais restrita, o CADE não tem atribuição para avaliar a qualidade educacional do Brasil como fator social isoladamente, por mais relevante que o item seja (a educação é tema crucial no desenvolvimento nacional mas pertence a outra esfera de controle como o MEC ou em políticas públicas governamentais). Também não possui competência para se utilizar de outros itens constitucionais (como o art. 6º da CF) para fundamentar a negativa ou permissão de determinado ato de concentração.

Essa crítica se dá pois, a partir do momento que uma autarquia federal começa a indicar investimentos ou não em determinados setores (inclusive na educação), ou autoriza ou não operações de mercado com base no que o Estado tem feito ou devia ter feito, trata-se de um dirigismo para determinado cenário, podendo ser considerado uma

política pública de entidade que não possui essa atribuição, ultrapassando as características tuteladas pela própria agência.

Neste caso específico pode-se pensar em dois tipos de qualidade de educação. O primeiro, seria relativo às políticas governamentais, a qualificação dos professores, às avaliações e notas para preservação de cursos em universidades, ao desenvolvimento do pensamento crítico e da área acadêmica, entre outros, que seriam de atribuição do Poder Executivo, por meio de seu ministério respectivo, através de políticos eleitos pelo próprio povo.

O segundo seria a qualidade da educação tratada no aspecto de prestação de serviço e conectada a aspectos socioeconômicos, vinculada a um serviço que os consumidores irão usufruir, ou mesmo, a uma qualidade educacional no sentido de competitividade entre as empresas que prestam o mesmo serviço. Em outras palavras, num sentido mercadológico, com relação à prestação de serviço, às práticas concorrenciais, a eventual domínio de parte relevante do mercado, entre outros.

Ao se analisar certas justificativas dadas pelo CADE, vemos que há algumas preocupações com a qualidade de ensino no Brasil mais relacionadas com o primeiro tipo do que com o segundo. Um dos exemplos é quando se menciona o hipotético cenário em que se houvesse investimento na educação brasileira desde a década de 50, a qualidade de ensino estaria no mesmo patamar da Coreia do Sul.

Evidentemente que os agentes privados não podem ser alvo de críticas sobre políticas públicas fracassadas ou da ausência de investimento estatal. Não se justifica punir a concentração da Estácio pela Kroton exclusivamente pelo fato do país não ter investido suficientemente na educação e agora correr o risco de piorá-la com a aquisição privada.

O que se pontua aqui, é que, tais argumentos revelam a possibilidade de um direcionamento puramente social, pois, se retirados de toda a justificativa de recusa da operação, de nada a modificaria, pois há fartos argumentos técnicos socioeconômicos que traduzem a impossibilidade de sucesso do negócio. Mais além, é que são elementos desvirtuados da finalidade fiscalizatória do CADE, mais relacionados a uma ação intrusiva do Estado.

A análise da qualidade de ensino no Brasil, aos olhos do CADE não deve ser vinculada à pobre realidade educacional brasileira, mas sim aos aspectos mercadológicos da concentração e da proteção aos consumidores.

Outro exemplo ocorre no seguinte posicionamento:

A operação em análise envolve um dos mais importantes setores socioeconômicos brasileiros, que é o da educação. Trata-se de direito social previsto na Constituição Federal (art. 6º), cujo dever de prestação estatal exige uma correlação direta de vetores de direito público e privado. Para além dos impactos inerentes a um processo de concentração econômica, o bem jurídico tutelado deve estar em compasso com parâmetros regulatórios. A análise concorrencial, mais do que em outros setores, há de comportar uma avaliação dinâmica da operação, já que o ensino superior contém obrigações de trato sucessivo assumidas entre alunos e mantenedoras (...).

O Conselho deve ter um cuidado muito maior nesse mercado, especialmente no tocante ao poder de mercado, haja vista a função social insculpida no art. 6º da Constituição Federal. Não estou dizendo que o CADE vai fazer política social via ato de concentração, porém o CADE tem de considerar eventuais efeitos sociais que concentrações eventualmente não exitosas e que formem grandes *players* possam trazer à atividade. (CADE, 2017).

Neste posicionamento, já trazido em outro tópico, há uma preocupação com o setor educacional muito próxima de uma análise social, em que o próprio conselheiro admite não estar fazendo política social. Aqui, verifica-se que a autarquia apesar de utilizar alguns elementos econômicos, vai bem além de uma postura meramente fiscalizatória, se preocupando com a função social do art. 6º da CF e atribuindo ao caso um “cuidado muito maior”.

Neste sentido, trata-se de um ponto preocupante se utilizar de uma justificativa quase que puramente social para atacar uma operação de concentração, o que tende a caminhar por linhas tênues, em que seria possível indagar que a intervenção da agência não está muito distante de um nível mais dirigista, mais clássico.

Não obstante, percebe-se que estes não são os únicos argumentos utilizados pelo CADE e muito menos pela maioria dos conselheiros, que vincularam a qualidade do ensino superior aos aspectos econômicos (má formação da mão-de-obra nacional), ou seja, não foi esse o motivo exclusivo da negativa, e se fosse, grande parte dele está diretamente relacionado com características concorrenciais e consumeristas que estão dentro das atribuições do CADE. O que se critica aqui, são os argumentos ou justificativas exclusivamente de cunho interventista e fora dos padrões fiscalizatórios da agência.

Faz-se, então, um alerta para a fragilidade de medidas intervencionistas com direcionamento dirigista e clássico não pertinentes ao determinado pela ordem econômica constitucional.

Importante esse destaque pois medidas interventivas eram constantes durante o Estado Social, e muitas dessas medidas tinham como escopo a proteção de diversos aspectos sociais, literalmente dirigindo a economia neste sentido, ou mesmo fortalecendo a presença do Estado. Como exaustivamente observado nos capítulos anteriores, a Constituição Federal não adota uma ordem econômica de Welfare State, mas também não abandona diversas garantias individuais e coletivas, além de vincular diversas vezes a economia à justiça social e ao trabalho digno.

Levando-se em conta uma ordem econômica neoliberalista, e levando-se em conta que as capacidades do CADE estão vinculadas aos artigos 170 e 173 §4º da CF, percebe-se que há pouco espaço para políticas públicas ou direcionamentos mercadológicos.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

Apesar da ideologia neoliberal não permitir, *a priori*, a regulação estatal (apenas a autorregulação pelos próprios agentes privados), e a ideologia do Estado Social estar focada em uma ampla atuação do Estado na economia, percebe-se que a ordem econômica brasileira adota características parciais de cada um desses sistemas econômicos, prevalecendo o neoliberalismo (Estado Mínimo, princípios neoliberais, regulação limitada à fiscalização, etc.), mas com traços sociais, o que a atual doutrina configura como um neoliberalismo regulador.

Assim, pode-se concluir que os aspectos socioeconômicos foram abordados pela agência reguladora, e isto está em consonância com a Constituição Federal, especialmente em um regime de neoliberalismo regulador.

São utilizados exaustivos argumentos técnicos indicando que a aquisição da Universidade Estácio causaria desequilíbrio em todo o mercado relevante em que atuam as empresas do ramo educacional, concentrando poder econômico a apenas uma empresa, que dominaria grande porcentagem do mercado.

Essa análise técnica é crucial pois é aqui que se verifica (independentemente de posicionamento ideológico) se há real prejuízo ou benefício para o mercado, determinados atos de concentração.

Note-se, no entanto, que a ordem econômica também vincula os aspectos sociais aos aspectos econômicos, e por isso a análise da agência reguladora deve ser socioeconômica e não puramente social.

O modo como a regulação foi feita no caso em análise é um exemplo de uma instituição regulatória voltada para a manutenção do mercado e preocupada com aspectos socioeconômicos.

No entanto, há certos pontos que merecem atenção, em especial na crítica ao cenário educacional brasileiro (óbvio que não se pretende uma piora neste cenário, muito pelo contrário, mas que seja feito pelo órgão respectivo e por políticos escolhidos e imbuídos do mandato popular). E mais importante, o cenário econômico não pode virar refém da contínua e intrusiva intervenção do Estado, visto que a Constituição adota a participação mínima do Estado (segurança nacional ou relevante interesse coletivo) e está carregada de princípios neoliberais contrários ao dirigismo econômico.

Analisar a questão da educação no Brasil simplesmente pelo prisma social, e não pelo viés socioeconômico é o mesmo que direcionar o mercado para uma postura exclusivamente social. Quando a análise da educação é vinculada aos reflexos de uma melhor mão de obra futura, vinculada a um melhor desempenho econômico, a uma melhor prestação do serviço, percebe-se que a análise aborda aspectos sociais mas indissociáveis dos econômicos.

Assim, em alguns curtos pontos, percebe-se que a regulação pode nem sempre servir como fiscalização econômica, mas também como braço político para reforçar determinadas agendas político-econômicas no mercado, o que não é o objetivo da ordem econômica constitucional.

A diferença de uma intervenção dirigista, de uma intervenção puramente regulatória pode ser observada do seguinte modo: Se a operação realizada fortalecer o ambiente concorrencial e respeitar os limites legais constitucionais, trata-se de uma intervenção regulatória. Se a intervenção tiver como propósito privilegiar determinado produto ou serviço, agir como política pública, seguir determinada agenda política, de algum modo fortalecer a presença do Estado na economia, trata-se de um intervencionismo clássico ou dirigista.

A atribuição do CADE, portanto, é clara em zelar pela defesa dos consumidores e da concorrência, prevenindo ou reprimindo infrações na ordem econômica por meio da fiscalização e manutenção do ambiente econômico.

Percebe-se que se a operação se concretizasse, seria criada uma mega-instituição no setor educacional, capaz de influenciar fortemente o mercado para eliminar possíveis empresas de menor porte e minar a capacidade da concorrência.

Também deve ser considerado um risco a possível capacidade que esta mega-instituição teria para influenciar decisões políticas no entorno do cenário econômico-educacional, por meio de subsídios governamentais e benefícios estudantis que claramente a beneficiariam.

O desfazimento da operação seria faticamente impossível (diante da consolidação da marca, dos quadros societários, do fluxo de caixa, da prestação de um serviço eficiente, do quadro funcional, entre milhares de outros obstáculos), o que poderia comprometer o mercado por vários anos.

Como resultado do processo, apesar de pequenos e isolados elementos que poderiam indicar um intervencionismo mais pesado, verifica-se a importância da regulação estatal no caso trazido para análise. Isso porque, em um viés concorrencial (art. 170, inciso IV da CF) é inegável, pelos argumentos técnicos apresentados pela autarquia, que a aquisição da segunda maior empresa do ramo educacional pela líder do ramo traria impactos significativos num cenário em que os demais agentes não possuem tamanha expressividade mercadológica.

Esse posicionamento do CADE num primeiro momento indica sincronia com a ideia de que deve haver o livre mercado, mas em conformidade com a regulação estatal cujo fim específico é fazer valer os princípios constitucionais e impedir excessos ou possíveis abusos que possam prejudicar tanto a concorrência quanto os consumidores.

Portanto, mostra-se altamente relevante a regulação estatal, não vinculada aos clássicos ideais liberais ou intervencionistas mas, dirigida especialmente à manutenção da ordem econômica constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico**, vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANDERSON, Perry; SADER, Emir. **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

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

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

BORGES, Alexandre Walmott. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os Monopólios**. Curitiba: Juruá, 2000.

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

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

_____, Lei 4.137 de Setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm. Acesso em 01 de Maio de 2017.

_____, Lei 6.404 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em 01 de Maio de 2017.

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

_____, Lei 10.406 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 de Maio de 2017.

_____, Lei 12.529 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de

19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 10 de Novembro de 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.210.008 – RJ (2010/0146485-9), Rel. Min. Teori Zavascki. Decisão monocrática, Brasília, DF, Agosto de 2011. Disponível em: https://a2v.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16122757&num_registro=201001464859&data=20110816&formato=PDF. Acesso em 01 de Novembro de 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial n. 1.171.688, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, Junho de 2010. Disponível em: https://a2v.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8575635&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 10 de Novembro de 2017.

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

BULGARELLI, Waldírio, **Fusão, incorporações e cisões de sociedades**. São Paulo: Atlas, 1996.

CALIXTO, Salomão Filho. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2 ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Curso de direito comercial**. v. 2. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/1994**, Saraiva: São Paulo, 1995.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio. Justiça e direito**. Trad.: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTÁCIO. **Sobre a Estácio de Sá**. 2017. Disponível em: {<http://portal.estacio.br/quem-somos/historia/>}. Acesso em 20 dez. 2017.

ANDERSEN Gosta Esping. **The three worlds of welfare capitalism**. Great Britain: Princeton University, 1991.

ESTERUELAS, Cruz Martinez. **La Agonía del Estado: um nuevo orden mundial?** Madrid: Laxes, 2000.

FAZZIO, Júnior Waldo – **Manual de Direito Comercial**, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 2 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. São Paulo: Editora Pioneira, Brasília, UnB, 1979.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

HORTA, Raul Machado. **A Ordem Econômica na Nova Constituição: a Constituição Brasileira de 1988: Interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

HUNT, Emery Kay. **História do Pensamento Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

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

KROTON, Educacional. **Histórico**. 2017. Disponível em: {<http://www.kroton.com.br/>}. Acesso em 20 dez. 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 31 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**, 1979 apud FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação como Instituto Jurídico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 4, outubro-dezembro de 2003.

NESTER, Alexandre Wagner. **O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 64, 2012, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=64&artigo=668&l=pt> acesso em 09/05/2017.

NORRIS, Floyd, **Another Crisis, Another Guarantee**. 2008. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/11/25/business/25assess.html?hp>. Acesso em 25/04/2017.

MARX, Karl. **O capital**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 1971. Livro Primeiro. Vol. II.

_____, Karl. **Theories of Surplus-Value**. Traduzido por Emile Burns. Moscow : Progress Publishers e Digital Reprints, 2016.

OLIVEIRA, Lourival José de; ROSSIGNOLI, Marisa. Da necessidade da participação do estado nacional no mercado econômico para a proteção dos direitos sociais. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 3, p. 199-221, set./dez., 2017.

OLIVEIRA, Maria José Galleano de Souza. A Globalização da Pobreza. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP**, São Paulo, v. 99, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de direito administrativo econômico**, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

PRESSE, Paulo (Org.). **Análise Setorial da Educação Superior Privada — Brasil**. Foz do Iguaçu, PR: Hoper Educação, jun. 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GABAN, Eduardo Molan. **Ordem Socioeconômica: Poder Público e Iniciativa Privada**. São Paulo: Arte & Ciência, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997.

_____, Pierre. **A nova questão social:** repensando o Estado-providência. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

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

SEMESP — Sindicato das Mantenedoras de Ensino Superior. **Mapa do Ensino Superior no Brasil.** São Paulo, 2016.

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

SMITH, Adam. **An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.** Nova York: Modern Library, 1937.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6.ed. São Paulo: LTr, 2005.

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

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

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

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WILLIAMSON, John. **A Economia Aberta e a Economia Mundial:** um texto de economia internacional. Rio de Janeiro: Campus, 1989.