



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

João Galdemir Pinheiro Santiago Filho¹
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior²

RESUMO

Por meio deste trabalho, busca-se analisar o conceito de abuso do poder econômico à época da Constituição de 1946, objetivando esclarecer as relações entre a Constituição, o Estado social e o capitalismo, bem como conceituar abuso do poder econômico, além de destacar e explicar sua presença no texto constitucional de 1988. Além disso, compreende-se que este tema é dotado de notória relevância no cenário histórico em que o direito antitruste está inserido, esclarecendo o contexto social e político da época e a evolução das legislações que almejavam reprimir o abuso do poder econômico na sociedade. Esta pesquisa foi desenvolvida por meio de técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais, utilizando fundamentos de grandes autores da área, produzindo, desta forma, uma conclusão concisa sobre o conceito destacado em relação à Constituição de 1946. Diante do exposto, concluiu-se que o tema Direito Concorrencial e Constituição estão intimamente ligados e a Carta de 1946 foi ponto fulcral para o desenvolvimento de uma legislação posterior que objetivasse reprimir o abuso do poder econômico, bem como proteger os princípios da ordem econômica brasileira, e que alcançou a Constituição de 1988.

Palavras-chave: constituição de 1946. abuso do poder econômico. direito concorrencial. constituição de 1988.

¹ Graduando em Direito no Centro Universitário Christus sede Parquelândia. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa “História do Constitucionalismo Brasileiro: Críticas Contemporâneas” no semestre 2023.1 e também do Programa de Iniciação à Docência (PID) na disciplina de Direito Constitucional II nos semestres 2023.2 e 2024.1. E-mail: joaodaarena11@gmail.com.

² Professor de Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Direito Eleitoral na Unichristus - sede Parquelândia. Foi orientador do Grupo de estudos e Pesquisa “História do Constitucionalismo Brasileiro: Perspectivas Contemporâneas” no semestre 2022.1 e do Projeto de Iniciação Científica “Autoritarismo e Constituição: Estratégias de resistência democrática na jurisdição constitucional” em 2023.2 e 2024.1. Também é doutor em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC) com bolsa Funcap. Foi professor substituto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC, ministrando disciplinas também na Faculdade de Economia, Administração, Atuárias e Contabilidade (FEAAC) (2019-2020). É professor de cursos de pós-graduação na Universidade Estadual do Ceará (UECE), na Escola Superior da Advocacia (ESA-CE) e na Escola Superior do Ministério Público (ESMP-CE). Possui mestrado acadêmico em Direito Constitucional também na UFC. É graduado em Direito na UFC com período de mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra, Portugal. Foi Diretor de Ensino da Escola Superior do Ministério Público do estado do Ceará (ESMP-CE) (2016-2019). Foi professor convidado na ESMP-CE, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) e na ESA-CE (Escola Superior da Advocacia do Ceará). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4675589766225743>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0988-890X>. E-mails: fcotarcisiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

ABSTRACT

Through this work, we seek to analyze the concept of abuse of economic power at the time of the 1946 Constitution, aiming to clarify the relationships between the Constitution, the Social State and capitalism, as well as to conceptualize abuse of economic power, in addition to highlighting and explain its presence in the 1988 constitutional text. In addition, this theme is endowed with notorious relevance in the historical scenario in which antitrust law is inserted, clarifying the social and political context of the time and the evolution of legislation that aimed to repress the abuse of power economy in society. The research was developed through bibliographical and documentary research techniques, using foundations of great authors in the area, thus producing a concise conclusion about the concept highlighted in relation to the 1946 Constitution. The subject of competition law and the Constitution are closely linked and the 1946 Charter was a key point for the development of subsequent legislation aimed at repressing the abuse of economic power, as well as protecting the principles of the Brazilian economic order, which reached the 1988 Constitution.

Key-words: 1946 Constitution. abuse of economic power. antitrust law. 1988 Constitution.



1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o conceito de abuso do poder econômico à época da Constituição de 1946 para a sua melhor compreensão na Constituição de 1988, com o objetivo de esclarecer este tema de notória relevância para o Direito Concorrencial, demonstrando quais garantias constitucionais foram inseridas e suas justificativas históricas. Além disso, busca-se compreender o contexto à época da Constituição de 1946, assim como a relação do Estado Social com o tema. Vale ressaltar que se almeja conceituar e explicar o abusado poder econômico, e, por último, objetiva-se relacionar o tema com a Constituição de 1988, fundamento do Direito Concorrencial brasileiro.

O debate a respeito do tema abuso do poder econômico tem por finalidade explicar à sociedade a relevância do tema, que se torna muito importante no atual estágio do desenvolvimento do capitalismo neoliberal. Isso, porque ele auxilia a compreender os motivos pelos quais o mercado deve ser regulado, bem como não haveria medidas que reprimissem a ausência de um ambiente de concorrência justo e competitivo, possivelmente causando estagnação econômica.

Este trabalho tem como problemas específicos: Como a constituição de 1946 relaciona Estado Social e capitalismo? Qual é o conceito de abuso do poder econômico na Constituição de 1946? Como a história do Direito Concorrencial na Constituição de 1946 ajuda na compreensão do abuso de poder econômico na constituição de 1988? Essas perguntas são ponto de partida para a compreensão da constituição de 1946 com fundamento histórico na construção do conceito de abuso de poder econômico na constituição de 1988. Não se almeja fazer um simples relato histórico do conceito jurídico. Muito menos é tentado aqui propor uma abordagem puramente descritiva e comparativa das Constituições de 1946 e de 1988. O projeto aqui executado pretende demonstrar, por meio de um relato histórico-constitucional, as raízes do conceito de abuso de poder econômico na atualidade.

A escolha da Constituição de 1946 não foi ao acaso. Ela surgiu em um momento de redemocratização política no qual os debates que aconteceram anteriormente foram revisitados e reinterpretados sem o viés autoritário do regime político anterior. O resultado foi a construção de um conceito fortalecido de abuso de poder econômico, o qual se compreende ainda servir de



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

parâmetro para a interpretação do direito antitruste hoje.

Em um momento de forte crítica do Estado Social e da regulamentação estatal da economia, esse relato mostra que esse debate não é novidade na histórica política brasileira. O seu resultado foi a estruturação de um sistema jurídico que utiliza o direito econômico como parte de um processo estrutural de desenvolvimento econômico igualitário e constante. Como se pretende demonstrar, o modelo intervencionista estatal faz parte da história do nosso constitucionalismo e pode ser utilizado de parâmetro e como prova para o debate contemporâneo em torno dos limites da regulamentação estatal brasileira.

O atual trabalho será realizado por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, com o fito de oferecer a explicação mais clara e concisa possível para o melhor entendimento da temática abordada. A pesquisa contou com estudos bibliográficos diários, nos quais foram utilizados os melhores argumentos das melhores fontes para pesquisa dentro do material selecionado. A produção textual foi aprimorada a cada dia, visando conferir maior clareza e objetividade ao texto. Posteriormente, para entender opiniões consolidadas sobre a temática e temas mais específicos, foi utilizado o método de pesquisa documental.

Dentro da bibliografia utilizada, houve a escolha de três grandes pilares. O primeiro foi a pesquisa de textos técnicos em História do Direito, para que a base de interpretação seja realizada de forma responsável. O segundo, textos de Teoria da Constituição, haja vista a necessidade de manuseio adequado dos conceitos jurídicos dentro da perspectiva constitucional (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007). Por fim, dialogar com estudiosos específicos do Direito Concorrencial, almejando demonstrar a relevância prática dos estudos aqui realizados para o estudo dessa seara do direito tão específica e pouco estudada.

Com base nos levantamentos realizados a partir de pesquisas bibliográficas e documentais, busca-se no tópico 3.1 contextualizar a Constituição de 1946 e estabelecer relações entre o Estado Social e o capitalismo. No tópico 3.2, se almeja-se esclarecer o conceito de abuso do poder econômico e estabelecer sua relação com a Constituição de 1946.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

No tópico 3.3, são estabelecidas as diretrizes interpretativas do Direito Concorrencial na Constituição de 1988 por meio do conceito de abuso de poder econômico. No tópico 3.4, os parâmetros de interpretação do Direito Concorrencial estabelecidos na Constituição de 1946 são utilizados para defender uma leitura intervencionista do abuso de poder econômico na Constituição de 1988.

2. Da revolução de 30 até a Constituição de 1946: um marco histórico importante para a compreensão do conceito de abuso de poder econômico

Após a Revolução de 30, o direito estatal passa a ser visto de uma maneira que não havia sido visto antes, como instrumento pelo qual o Estado promove o desenvolvimento e sua política econômica. Dessa forma, um Estado Social, desenvolvimentista e intervencionista, é construído para que isso possa ser executado. Nesse contexto, o direito econômico surge historicamente como parte da política estatal (Cabral, 2019, p. 4).

Exemplos dessa realizada estão nos fatos dos ministérios voltados às questões sociais terem ampla prioridade política e os setores econômicos voltados às áreas econômicas estratégicas passaram a ter maior presença estatal e regulação. A legislação sobre economia estatal é resultado dessa racionalidade que se volta mais fortemente à intervenção estatal. Quebrando com o modelo liberal da Constituição de 1891, a Constituição democrática de 1934 tratou da economia popular de forma expressa:

Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Aqui, é possível perceber um projeto protecionista claro e voltado à nacionalização de empresas de crédito em todas as suas modalidades. Esse projeto, no entanto, não se executou de maneira adequada porque essa constituição teve muito pouco tempo de vigência. Devido a questões políticas e autocráticas, Getúlio Vargas outorgou a constituição de 1937. Esta nova constituição, no entanto, não modificou a perspectiva intervencionista e nacionalista presentes na Constituição de 1934. É possível ver isso já no seu art. 141:



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Diferentemente do que aconteceu com a Constituição de 1934, a Constituição de 1937 teve rápida regulamentação por meio do Decreto-Lei nº 869/1938. Esta legislação é um marco histórico relevante porque é considerada como a primeira lei nacional com dispositivos com natureza de direito antitruste, mas há também normas de outras naturezas como de contratos, gestão fraudulenta e especulação (CABRAL, 2019, p. 4).

A respeito desse tema, relevante é a contribuição de Gilberto Bercovici (2005, p. 20), que afirma ser essa legislação fruto de uma preocupação específica a respeito do abuso do poder econômico, ou seja, havia uma preocupação com a defesa da população em geral e com o consumidor contra os abusos em relação aos preços e com a concorrência em si. Assim, não pode se dizer que ela é fruto de uma ideia técnica relacionada às influências do liberalismo econômico.

Os propositores do Decreto-Lei nº 869/1938 foram Francisco Campos e Nelson Hungria. Ambos concordavam com os exageros que poderiam acontecer caso o mercado não fosse regulado ou direcionado adequadamente. Nesse contexto, é possível perceber claramente na intenção dos autores o combate aos abusos do poder econômico. De acordo com Mário Cabral (2019, p. 13):

Campos revela que a Lei de Crimes contra a Economia Popular tinha um “alvo”: os “mais fortes economicamente”, que poderiam provocar prejuízos aos “fracos e pobres”. Esses alvos seriam os representantes de “trusts, carteis e anéis de produção”. Ou seja, não se difere tanto dos agentes por trás das infrações da ordem econômica que são analisadas hoje pelo Cade, com base em lei que coíbe o abuso do poder econômico.

A Constituição de 1946 retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte. A disposição constitucional iniciou a sua instalação no Brasil, baseando-se em um sistema representativo, com eleições para os cargos nas esferas da União, dos Estados e



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

dos Municípios. Os parlamentares tomaram posse em fevereiro de 1946, e, no dia 9 de setembro, foi encerrada a redação do novo Texto Constitucional.

A votação para sua aprovação foi finalizada em 17 de setembro. A Constituição continha ideias dominantes da sociedade e era rígida. Durante sua vigência, o direito à liberdade de expressão foi restaurado, acabando com a censura que reprimia os ideais dos indivíduos. Além disso, ela garantiu o direito de inviolabilidade do sigilo decorrespondências e a proteção dos direitos do cidadão, independentemente de suas convicções religiosas, filosóficas ou políticas.

Foi a primeira Constituição democrática a destacar expressamente a importância da defesa da concorrência como algo fundamental para o Estado Social e ser executada, possibilitando ao capitalismo ganhar espaço e gerar proporção no sistema. Isso não era considerado como algo ruim para o sistema estatal, passando a ser visto como aliado ao crescimento econômico. Esse modelo já era executado em outros lugares do mundo, como Estados Unidos, Canadá e União Europeia (Bonavides; Andrade, 1991).

3. O abuso de poder econômico na Constituição de 1946

No Brasil, a expressão “abuso de poder econômico” começou a ter repercussão a partir da Constituição de 1946, a qual trouxe o tema de forma expressa no texto constitucional pela primeira vez. Tal temática é dotada de muita riqueza interpretativa e deve ser rebatida com a defesa da concorrência como garantia institucional. Calixto Salomão Filho (2021) entende que o conceito de abuso do poder econômico está ligado a atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, de modo que tais ações que gerem aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência, indo de encontro ao princípio da ordem econômica presente na Constituição.

Como dito, no âmbito nacional, as primeiras preocupações com a liberdade econômica surgiram na Constituição de 1934. Contudo, apenas em 1945, a primeira regulamentação sobre o tema foi criada, pelo ministro do trabalho, Agamenon Magalhães – o Decreto-lei nº 7.666/1945. Com essa lei, também conhecida como Lei Malaia, haveria



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

um dispositivo legal de conteúdo exclusivamente concorrencial, que seria aplicado pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) com natureza jurídica federal.

Essa legislação se difere do Decreto-Lei nº 869/1938 na medida em que este tratava de temas que iam além do direito antitruste, possuía caráter penal e que seria aplicado por uma autoridade judiciária especial – o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) –, que julgava outros casos além dos de natureza concorrencial. Assim, o modelo de Agamemnon é o que permanece até hoje, ou seja, uma lei que possui natureza exclusiva de Direito Concorrencial e que cria uma autoridade administrativa especializada. Hoje esse modelo é regido pela Lei nº 12.529/2011.

Outra inovação da Lei Malaia foi instituir o controle prévio de atos de concentração. Assim, fusões e incorporações de setores considerados estratégicos só aconteceriam se aprovados pelo CADE, algo que também acontece atualmente. Mesmo com suas características tão marcantes no sistema jurídico brasileiro até hoje, no ato de sua outorga, essa lei sofreu fortes críticas da oposição ao governo Vargas, mais especificamente da UDN (União Democrática Nacional). As críticas vieram também de organizações empresariais e até mesmo do Departamento de Estado norte-americano. Acontece que, mesmo com essas críticas e polêmicas a respeito de sua existência, a lei Malaia acabou sendo importante para que o debate público conhecesse os institutos de direito antitruste (Cabral, 2021).

Ocorre que, na constituição de 1946, a repressão ao abuso do poder econômico foi trazida pela primeira vez de forma expressa por meio do seu art. 148. Agamemnon Magalhães, eleito deputado constituinte, foi quem a inseriu na constituição, já que era o relator do Título V, que tratava da Ordem Econômica e Social. O texto segue:

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

A norma constitucional estabelece um mandamento garantidor da ordem com força jurídica de regulação máster. É necessário ressaltar que, mesmo com a Lei nº 1.521 de 1951, que trouxe uma série de dispositivos que defendiam a concorrência e os crimes contra a



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

economia popular, não houve nenhuma implementação legal que regulamentasse a repressão ao abuso de poder econômico, conforme previa o art. 148 da Constituição Federal de 1946.

Em 1948, o Deputado Agamemnon Magalhães apresentou um projeto que regulamentava o dispositivo constitucional. Após muitas alterações, debates e um trâmite demorado, a Lei nº 4.137/62, responsável pela recriação do CADE, foi promulgada. Não há que se questionar a relevância de Agamemnon Magalhães na defesa do direito econômico brasileiro por meio da regulação e do controle do abuso de poder econômico.

Com essa evolução histórica, foi possível demonstrar que a constitucionalização do abuso de poder na constituição de 1946 não foi resultado da vontade de alguém ou da imposição de um ditador. Ela foi resultado de longos anos de debates e conflitos políticos no que se referem ao direito econômico brasileiro, mais especificamente ao direito antitruste ou concorrencial.

Do ponto de vista histórico, essa constitucionalização representou a solidificação democrática de uma perspectiva econômica na qual o Estado possui o papel de promover o desenvolvimento econômico dentro de um sistema capitalista, mas protegendo a população em geral e, mais especificamente, os consumidores contra abusos que podem ser realizados por empresas que possuem o controle de mercados considerados estratégicos no Brasil.

Mesmo tendo uma origem institucional no Estado Novo, a defesa da concorrência se mostra como um instrumento estatal essencial para que o capitalismo voltado ao desenvolvimento econômico não se torne, no final, nocivo aos cidadãos brasileiros. A constituição de 1946 representa historicamente um modelo de intervenção do Estado na economia que almeja, de uma forma democrática, regular as transações econômicas para que o mercado possa contribuir para o bem comum e não simplesmente para alguns. Esse parâmetro é determinante para que possamos compreender o Direito Concorrencial brasileiro a partir da constituição de 1988.

3.1 O abuso de poder econômico na constituição de 1988



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Considerando a Constituição como uma árvore viva, ou seja, como um sistema cujos critérios dominantes podem crescer a partir das decisões das instituições políticas (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007), este subtópico está dividido em duas partes. Na primeira, são estabelecidas relações entre os princípios da ordem econômica, especialmente entre os presentes nos princípios estruturantes e os presentes no art. 170 da CF/88. Na seguinte, são descritos e explicados como os princípios anteriores estão diretamente relacionados com o conceito de abuso de poder econômico na CF/88.

3.2 Os princípios da ordem econômica na CF/88

Neste tópico, pretende-se demonstrar que a compreensão de abuso de poder econômico que foi constitucionalizado em 1946 é de essencial relevância na interpretação desse conceito na constituição de 1988. Antes de entrar diretamente no dispositivo constitucional específico sobre o tema – o art. 173, § 4º – é necessário estabelecer quais os critérios de interpretação foram determinados no que se refere a desenvolvimento econômico (BONAVIDES, 2010).

No seu art. 1º, é possível dizer que a CF/88 estabelece um Estado Democrático de Direito. No Brasil, isso significa dizer que há uma vontade normativa voltada à realização de um Estado Social dentro de parâmetros democráticos em uma economia de mercado. Se não fosse esse caso, não havia a necessidade de se incluir os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa já nos seus fundamentos (art. 1º, IV).

Necessário destacar também que há um projeto de transformação social e de superação do subdesenvolvimento já no seu art. 3º. O inciso II estabelece o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República. Isso significa que todos os poderes instituídos devem colaborar para a construção de uma sociedade cujo desenvolvimento aconteça de maneira ampla, igualitária e constante.

Nos incisos I, III e IV, é possível perceber isso de forma ainda mais clara, haja vista que diminuir as desigualdades regionais, erradicar a pobreza, construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como promover o bem comum e o fim da discriminação não



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

possuem um valor secundário na interpretação constitucional. Esse projeto deve ser realizado de tal maneira que o desenvolvimento nacional aconteça sem discriminação e de forma a propiciar a superação do atual estágio social das classes menos favorecidas.

Aqui é possível entender os chamados princípios estruturantes, ou seja, aqueles princípios constitucionais que indicam as ideias básicas de toda a ordem constitucional. Eles funcionam na constitucional da mesma maneira que as traves-mestras de uma construção civil, dando uma sustentação. Sua função é estabelecer as diretrizes fundamentais pelas quais a própria constituição e o ordenamento jurídico devem ser interpretados (Canotilho, 1997, p. 1173).

Nesse contexto, é que devem ser interpretados os dispositivos relacionados aos princípios gerais da ordem econômica. Ao tratar sobre o tema, Eros Grau (1998) estabelece diretrizes fundamentais para se compreender a relação entre estado e economia. Antes de tudo, o autor estabelece que, desde sua fundação, o estado se mostra como um suporte para a manutenção do capitalismo. Isso acontece porque ele investe em estradas, ferrovias, portos e vários outros instrumentos pelos quais ele pode se integrar de maneira mais eficiente. Nunca houve socialização ou coletivização dos meios de produção no que se refere ao Brasil.

A justificativa para que o estado se mantenha forte, mesmo em lugares em que o capitalismo é bem desenvolvido, é que as externalidades negativas produzidas pelo mercado são tão grandes que é necessário que o estado, de certa forma, “proteja o capitalismo contra os capitalistas”. Não seria possível o mercado sem o estado. A intervenção do estado na economia reduz riscos e promove a segurança jurídica (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

É possível dizer que o mercado é uma instituição jurídica, ou seja, é promovido, protegido e realizado pelo direito do estado. Com a constitucionalização de direitos sociais e o próprio Estado Social, o capitalismo foi renovado no início do século XX. Não há oposição, mas complementaridade entre Estado Social e capitalismo. Muitos países alcançaram níveis importantes de desenvolvimento por meio da intervenção do estado na economia.

Desde os anos 80 com a crise do petróleo, o Estado Social tem sido criticado no Brasil. O ponto é que com os princípios estruturantes da CF/88 é impossível acabar com o



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Estado Social no Brasil. O verdadeiro projeto nacional estabelecido na constituição, segundo Eros Grau (1998), é a reconstrução do Estado Social para a manutenção de um sistema capitalista capaz de angariar investimentos e financiar a transformação social e o desenvolvimento econômico igualitário .

Dentro dessa proposta, os princípios estruturantes contêm normas que tratam da ordem econômica brasileira, mesmo não estando no art. 170. Esse fato não significa que os dispositivos presentes nos art. 170 e seguintes não sejam de essencial relevância para a economia brasileira. Para Eros Grau (1998), os princípios gerais da ordem econômica almejam conformar a economia nacional de tal maneira a promover uma constituição dirigente, ou uma constituição econômica.

No art. 170 da CF/88, é estabelecido que a ordem econômica tem fundamento na valorização do trabalho e da livre iniciativa – mais um reforço para a constatação de que a Constituição de 1988 é capitalista. A finalidade, termina o mesmo artigo, é assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Aqui, nesta parte final, há uma compensação; há uma justificativa para a regulamentação do capitalismo para o ajuste de suas devidas finalidades constitucionais. Os incisos deste artigo estabelecem os parâmetros pelos quais esse controle do mercado deverá ser meio. Segue o dispositivo constitucional:

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:

IV - livre concorrência;

O inciso IV estabelece que a livre concorrência é um parâmetro relevante para o controle do mercado. Isso poderia até parecer contraditório, mas é possível compreender a sua inserção de forma simples após as explicações anteriores deste artigo. O mercado sem regulação é capaz de produzir cenários econômicos em que a própria concorrência pode acabar e o monopólio prevalecer. Dentro dessa realidade, o constituinte achou por bem deixar claro que a concorrência é um valor que merece proteção no momento da regulação da ordem econômica brasileira.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Dentro do que foi debatido até aqui, considera-se que foi realizada uma contextualização normativa e doutrinária a respeito de como é vista a regulação da atividade econômica na CF/88. As disposições claras a respeito da necessária regulação do sistema capitalista estão presentes desde os seus princípios estruturantes e alcança de forma importante os princípios gerais da ordem econômica. Sem essa contextualização, dificilmente seria possível compreender a regulação do abuso de poder econômico.

3.3. O abuso de poder econômico na CF/88

No art. 173 da CF/88, critérios mais específicos são estabelecidos a respeito da intervenção direta do estado na economia. Antes de tudo, é estabelecida uma regra geral, o estado não intervirá diretamente na economia – ou seja, criará empresas públicas, por exemplo. Em seguida, são expostas exceções a essa regra geral. Elas são os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. Mais uma vez, critérios relacionados à intervenção são claramente estabelecidos para a proteção do bem comum e da coletividade. Segue o dispositivo constitucional:

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.

Como parágrafo a este dispositivo constitucional, está a regulação constitucional expressa que fundamenta o Direito Concorrencial brasileiro. O abuso de poder econômico pode ser destacado como um tema essencial neste contexto e está expressamente definido no art. 173, § 4º. O texto constitucional dispõe:

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

Este dispositivo não se desafia com o que foi previsto na Constituição de 1946 e busca garantir a livre concorrência no sistema capitalista, entendendo este como algo bom



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

e fundamental para o desenvolvimento da economia brasileira. Percebe-se, pelo disposto no art. 170 da Constituição Federal, que o capitalismo está atrelado à função social e aliado ao viés democrático, bem como ao crescimento econômico.

O conceito de abuso de poder econômico sofreu alterações em 1988, destoando-se do seu sentido clássico, que entendia o abuso como qualquer ato que tenha como consequência o aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência. Tal conceito foi alterado na Constituição de 1988, trazendo agora o sentido de atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência.

Vale destacar a palavra “tendente”, que, ao se utilizar uma interpretação teleológica, entende-se que o ato deverá ser reprimido antes mesmo de alcançar o seu objetivo final, sendo o bastante que tenha a tendência, introduzindo uma ideia de controle preventivo. Além disso, vale destacar o controle de estruturas e controle de condutas, que são exercidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sendo um importante elemento para debate no âmbito do Direito Antitruste.

Como dito anteriormente, o Direito Concorrencial brasileiro atual, seguindo o art. 173, §4º da CF/88, é regulado pela Lei nº 12.529/2011. Essa lei segue claramente o modelo estabelecido pelo Decreto-lei nº 7.666/1945 de Agamemnon Magalhães. Há um sistema autônomo de defesa da concorrência, que possui regulação própria e natureza administrativa. Assim como na constituição de 1946, esse sistema possui natureza política democrática e parâmetros constitucionais bem definidos para sua devida interpretação.

O controle de conduta dispõe que qualquer ato que objetive ou produza limitação, falseamento ou qualquer outra forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, independentemente de forma de manifestação que vise ou produza efeitos, mesmo que não se concretizem, assim como a dominação de mercado relevante de bens e serviços, o aumento arbitrário de lucros e ainda o exercício de forma abusiva de posição dominante, será considerado infração contra a ordem econômica.

O controle de estrutura está relacionado ao controle exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que pese a prevenção quanto à limitação ou prejuízo à prática da livre concorrência, observando-se para isso atos de concentração



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

econômica, objetivando-se a proteção do mercado e dos consumidores e evitando-se abusos oriundos de operação de concentração, em decorrência do aumento excessivo de determinada empresa no mercado econômico.

4. Parâmetros históricos de interpretação do abuso de poder econômico na constituição de 1988 a partir da experiência de 1946

A constitucionalização do abuso de poder econômico na constituição de 1946 resultou de um longo debate em torno das reais funções do direito econômico brasileiro. O resultado foi que o mercado não deve ser guiado de maneira totalmente livre. Monopólios, cartéis e trustes são possibilidades que devem ser evitadas para que o capitalismo possa se desenvolver de maneira adequada a fim de cumprir objetivos sociais e alcançar o bem comum. O abuso de poder econômico se mostrou peça-chave no marco histórico na Constituição de 1946 (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

Essa realidade histórica deve ser lembrada ao se interpretar os princípios gerais da ordem econômica da Constituição de 1988. Desde seus primeiros dispositivos até os que tratam de forma mais detalhada a respeito da relação entre estado e economia, a CF/88 se mostrar como instrumentalizando o direito econômico com o fim de promover o crescimento econômico estágio e duradouro no Brasil. Qualquer proposta neoliberal voltada a diminuir o estado se volta contra a tradição que teve um marco importante na Constituição de 1946.

A própria legislação que rege hoje o direito antitruste – a Lei nº 12.529/2011 – tem natureza essencialmente a mesma daquela que regulou o tema na década de 1950 – o Decreto-lei nº 7.666/1945, ou lei Malaia. Essas semelhanças legislativas e constitucionais demonstram a relevância do conhecimento da história da constitucionalização do abuso de poder econômico na Constituição de 1946 na compreensão do Direito Concorrencial na Constituição de 1988 (Gomes Júnior; Coutinho, 2023).

5. Conclusões



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

Tento em vista o desenvolvido até aqui, é possível ter como considerações finais que a Constituição de 1946 busca recuperar os princípios democráticos do texto Constitucional de 34, além de destacar que foi a primeira a citar expressamente o abuso do poder econômico. Dessa forma, vale citar a importância da defesa da concorrência como algo fundamental para o Estado Social possibilitando ao capitalismo ganhar espaço e gerar proporção no sistema.

O conceito de “abuso do poder econômico” foi tratado pela primeira vez na Constituição de 1946, sendo um importante avanço para o Direito Concorrencial, já que o art. 148 da Constituição destacava a repressão ao abuso do poder econômico, porém, apenas em 1962 foi elaborada uma legislação regulamentando o tema.

A Constituição de 1988 seguiu o modelo do Dispositivo Constitucional de 1946 no aspecto de repressão ao abuso do poder econômico, aprimorando as formas de prevenir e reprimir tais abusos, por meio do SBDC, com o fito de incentivar a livre iniciativa e fortalecer o direito concorrencial na atualidade. Além disso, vale notar o capitalismo atrelado à função social e aliado ao viés democrático do país, bem como ao crescimento econômico.

Dessa forma, é possível inserir este artigo dentro do que Bercovici (2022, p. 76) chama de “batalha pela constituição econômica”. Não foi por acaso que o processo em torno da Constituição de 1946 foi escolhido para debater um conceito central para o Direito Concorrencial, o abuso de poder econômico. Considerando a constituição como árvore viva, a luta política é determinante para a construção do seu significado no presente (Gomes Júnior, 2022) (Waluchow, 2007). Por isso, a constitucionalização desse conceito representou um marco vitorioso da ideia de constituição política no processo de desenvolvimento nacional. A história do constitucionalismo, logo, fundamenta a proteção do bem comum por meio do conceito do abuso de poder econômico na Constituição de 1988, assim como foi na Constituição de 1946.

6. REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Almedina, 2022.



O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION: HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946 CONSTITUTION

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

CABRAL, Mário André Machado. A aplicação do antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da lei de crimes contra a economia popular de 1938. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul/dez, 2018.

_____. O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 14, n.1, 2019.

_____. Silêncio na historiografia econômica brasileira: a legislação concorrencial como inovação institucional (1937-1945). **Sequência**, n. 42, v. 88, 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. 1997.

COUTINHO, Débora; GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. Palestra. Centro Universitário Unichristus, Fortaleza, Ceará. **Constituição econômica e inovação**: uma política pública de desenvolvimento. In: SEMANA DO DIREITO, 2023.



**O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
PARÂMETROS HISTÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DE 1946**

**THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE 1988 CONSTITUTION:
HISTORICAL PARAMETERS FOR INTERPRETATION FROM THE 1946
CONSTITUTION**

FIGUEIREDO, Leonardo V. **Direito Econômico**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993290. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993290/>. Acesso em: 24 maio 2023.

FILHO, Calixto S. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640836. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 23 maio 2023.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788547203368. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/>. Acesso em: 24 maio 2023.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: entre emergência e autoritarismo**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2018.

PAIXÃO, Cristiano; BRABOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961. **Universitas JUS**, v. 24, n. 3, 2013.

WALUCHOW, Wilfrid. **A common law theory of judicial review: The living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Recebido em: 25 de agosto de 2023.

Aceito em: 15 de outubro de 2023.