

Fabiano Del Masso

DIREITO ECONÔMICO

Esquemático

2.^a edição

revista e atualizada

Abordagem completa
das matérias que
compõem os editais
dos principais
concursos

- Em consonância com a jurisprudência atualizada do STF e do STJ
- Gráficos e quadros esquemáticos
- Questões de Concursos Públicos

De acordo com a Lei 12.529/2011
(Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)



EDITORA
MÉTODO



DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Fabiano Del Masso

DIREITO ECONÔMICO

Esquemático

2.^a edição

revisada e atualizada



SÃO PAULO

- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador. Todos os direitos reservados.

Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2012 by

EDITORA MÉTODO LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).
- Capa: Marcelo S. Brandão
- Produção: TypoDigital

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M371d

Masso, Fabiano Del, 1971-

Direito econômico esquematizado / Fabiano Del Masso. – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-4771-2

1. Direito econômico - Problemas, questões, exercício. 2. Serviço público - Brasil - Concursos. I. Título. II. Série.

11-5400.

CDU: 346(81)

Agradecimentos

Aos meus alunos, a quem devo esta vida de magistério e já 17 anos de convívio universitário.

À minha mãe, que sempre me proporcionou o melhor ambiente possível para me preocupar apenas com as questões mais importantes da vida.

Ao meu pai, exemplo de profissional comprometido com a sua atividade, que batalhou mais do que ninguém para que nós pudéssemos chegar aonde chegamos.

À Maria, companheira de sempre e sempre, sem a qual nada teria significado.

Ao meu filho Guillermo, motivo de toda a minha alegria, e que põe a casa abaixo enquanto escrevo estes agradecimentos.

À minha irmã Thais e a toda nossa maravilhosa família.

Ao meu tio Pedro Ivo, que representa o paradigma do advogado comprometido com o estudo e, sobretudo, com a aplicação do Direito, sucessor do meu avô Benino Del Masso, verdadeiro RÁBULA, que, mesmo sem ter frequentado qualquer curso jurídico, nunca deixou de demonstrar a sua aptidão na advocacia em favor de quem precisava, ensinando que o estudo dogmático do Direito é apenas um complemento para a formação pessoal inata e que o mais importante é conhecer parâmetros de justiça.

À Editora Método, que me deu a oportunidade e a honra de participar de um projeto já vencedor.

À Marisa, principal responsável por minhas publicações, obrigado pela confiança e estímulo para escrever.

Apresentação

Na elaboração desta obra, levamos em consideração as dificuldades específicas encontradas pelos estudantes de graduação e concursandos na compreensão do Direito Econômico, disciplina ainda nova nos cursos de graduação. Dessa maneira, o modo de redigir levou em consideração a necessidade de explicar de forma didática os institutos tratados, sejam eles de natureza jurídica ou econômica.

Os fatos econômicos, cada vez com maior intensidade, são discutidos juridicamente, o que demanda a preocupação dos profissionais das carreiras jurídicas com o conhecimento mais amíúde da economia. O estudo sobre taxa de juros, câmbio, negociações nos mercados futuros, inadimplementos de negócios jurídicos por causas econômicas, formas de atuação do Estado na economia, tipificação de condutas econômicas em normas penais incriminadoras, estruturas competitivas de mercado, análises econômicas de problemas jurídicos, entre outros aspectos do mundo econômico, faz parte das preocupações cotidianas dos advogados, juízes, promotores, procuradores etc.

Nas Faculdades de Direito e nos editais dos concursos públicos ainda persiste uma dificuldade que se dá na própria identificação do objeto do Direito Econômico. Nas Faculdades de Direito, a criação da disciplina já não é mais novidade, mas a maior parte dos professores encontra dificuldades em ministrar a disciplina individualizando o seu específico objeto. No caso dos concursos públicos, os tópicos de Direito Econômico podem ser exigidos como disciplina autônoma prevista no próprio edital, como, por exemplo, nos concursos para a Magistratura Federal ou da Procuradoria-Geral da República, mas outras instituições o fazem de forma incidente, quando formulam questões de Direito Econômico em tópicos de outras disciplinas, principalmente em direito constitucional, administrativo, internacional e empresarial.

A linguagem utilizada na redação do texto elegeu a objetividade, a clareza e a harmonia como características preponderantes, sempre abordando os temas ligados a fatos e pendências jurídicas já manifestadas em nossos tribunais.

Enfim, quem se dispõe a estudar o Direito Econômico deve considerar as dificuldades decorrentes da aplicação de institutos próprios da ciência econômica, que, se não forem bem compreendidos, comprometerão o entendimento das suas possíveis repercussões jurídicas. Assim, este livro, sempre que necessário, discutirá os aspectos substancialmente econômicos, ainda que se distancie da matéria eminentemente jurídica, tudo na tentativa de melhor capacitar o estudante no entendimento dos temas tratados pelo Direito Econômico. Não temos dúvidas de que a presente obra é suficiente para os objetivos de estudantes de graduação e para os que estão se preparando para prestar concursos públicos.

Fabiano Del Masso



Prefácio

Depois de quase meio século no exercício do sacerdócio da advocacia, já no crepúsculo de uma existência mais que septuagenária, eis que, surpreso e comovido, recebi o gentil convite do professor Fabiano Del Masso, meu mui estimado sobrinho, para redigir o prefácio deste livro.

Quando o professor Fabiano nasceu, já de algum tempo eu exercia a advocacia. Vivenciei a sua infância de menino tímido, introspectivo, tranquilo, e acompanhei sua juventude dedicada aos estudos e ao esporte.

Após a conclusão do curso de direito e pós-graduação, não conteve o ímpeto de sua já reconhecida inteligência privilegiada e seu amor pela ciência jurídica, e, em brilhante e árdua jornada, tornou-se mestre e doutor em direito.

Se o magistério exaltou o mestre, o doutorado consagrou o jurista, hoje indiscutivelmente um dos mais jovens pensadores, estudiosos e pesquisadores da ciência do direito.

O autor traz à luz mais uma obra de fôlego, um livro que se constitui em verdadeiro tratado sobre direito econômico, produto de notável elucubração científica e adequado para o entendimento do entrelaçamento de todas as áreas do conhecimento jurídico com a disciplina jurídica da atividade econômica.

Após percuciente introdução ao direito econômico, sua conceituação e definição, aborda com muita propriedade os princípios da ordem econômica e a intervenção econômica do Estado.

Discorre sobre a defesa da livre concorrência e trata o abuso do poder econômico e do controle administrativo por órgãos do Estado, como o Cade, culminando com abrangente apreciação do direito penal econômico que envolve toda a legislação penal vigente no

País, e destinada a combater os crimes cometidos em violação à normalidade das relações econômicas.

Faz, ainda, esclarecedora apreciação sobre a ordem econômica internacional e as relações de comércio, abordando os diversos organismos que cuidam da integração econômica dos países, considerando-se que vivemos hoje a era da globalização em todas as áreas da atividade humana.

Finalmente, cuida do direito econômico e atividade financeira, explanando sobre o sistema financeiro nacional e os órgãos que o constituem, concluindo com ampla exposição quanto à importância do direito econômico para o desenvolvimento das nações.

A bibliografia consultada dá a dimensão do enorme trabalho de pesquisa desenvolvido pelo autor e atesta a qualidade da obra produzida.

Concluo esta singela apreciação com a certeza do acolhimento que este trabalho haverá de receber da comunidade jurídica nacional e a convicção de que seu autor já se inscreve no rol dos grandes juristas pátrios.

Com a minha eterna gratidão e reconhecimento.

Pedro Ivo Del Masso

Procurador do Estado aposentado.

Advogado.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

I. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO ECONÔMICO

1.1. Direito econômico

1.1.1. Questões preliminares para definir o Direito Econômico

1.1.2. Sujeitos ou agentes econômicos

1.1.3. Definição do Direito Econômico

1.1.3.1. Princípio da economicidade

1.1.3.2. Direito do planejamento

1.1.3.3. Direito administrativo econômico

1.1.3.4. Direito da organização dos mercados

1.1.3.5. Intervenção do Estado no domínio econômico

1.1.3.6. Política econômica

1.1.4. Objeto do Direito Econômico

1.1.5. Surgimento e evolução do Direito Econômico

1.1.6. Autonomia do Direito Econômico

1.1.7. Fontes do Direito Econômico

1.1.8. Normas de Direito Econômico

1.1.9. Competência para legislar sobre Direito Econômico

1.1.10. Codificação do Direito Econômico

1.2. Noção de atividade econômica

- 1.2.1. Organização dos meios de produção
- 1.2.2. Análise econômica
- 1.2.3. Análise microeconômica
- 1.2.4. Análise macroeconômica
- 1.2.5. Variável econômica
- 1.3. Sistema econômico
 - 1.3.1. Tipologia dos sistemas econômicos
 - 1.3.1.1. Sistema capitalista
 - 1.3.1.2. Sistema socialista
- 1.4. Modelo econômico
 - 1.4.1. Modelo liberal
 - 1.4.2. Modelo de comando
 - 1.4.3. Modelo planejado
- 1.5. Atividade econômica e atividade empresária
- 1.6. Noção de mercado
 - 1.6.1. Mercado de consumo
 - 1.6.2. Mercado de trabalho
 - 1.6.3. Mercado financeiro
 - 1.6.4. Mercado e Direito
- 1.7. Teoria jurídica da atividade econômica
- 1.8. Questões

II. ORDEM ECONÔMICA: PRINCÍPIOS

- 2.1. Noção de ordem jurídica
- 2.2. Ordem econômica
- 2.3. Constituição econômica

- 2.4. Teoria do mercado e teoria da Constituição
- 2.5. Ordem econômica nas Constituições Federais brasileiras
 - 2.5.1. Constituição de 1824
 - 2.5.2. Constituição de 1891
 - 2.5.3. Constituição de 1934
 - 2.5.4. Constituição de 1937
 - 2.5.5. Constituição de 1946
 - 2.5.6. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 1, de 1969
- 2.6. Ordem econômica na Constituição Federal de 1988
 - 2.6.1. Fundamentos e objetivos da Ordem Econômica
 - 2.6.1.1. Valorização do trabalho humano
 - 2.6.1.2. Livre-iniciativa
 - 2.6.1.3. Existência digna
 - 2.6.1.4. Justiça social
 - 2.6.2. Princípios gerais da Ordem Econômica
 - 2.6.2.1. Princípios explícitos e implícitos
 - 2.6.2.2. Soberania Nacional
 - 2.6.2.3. Propriedade privada
 - 2.6.2.4. Função social da propriedade
 - 2.6.2.5. Livre concorrência
 - 2.6.2.6. Defesa do consumidor
 - 2.6.2.7. Defesa do meio ambiente
 - 2.6.2.8. Redução das desigualdades regionais e sociais
 - 2.6.2.9. Busca do pleno emprego

2.6.2.10. Tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte

2.6.2.11. Quadro – Princípios Constitucionais da Ordem Econômica

2.7. Regime jurídico do Capital Estrangeiro

2.8. Questões

III. ORDEM ECONÔMICA: ATUAÇÃO (INTERVENÇÃO) DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

3.1. Atuação do Estado na atividade econômica

3.1.1. Liberalismo

3.1.2. Intervencionismo

3.2. Formas de atuação

3.2.1. Intervenção direta ou participação

3.2.1.1. Empresa Pública

3.2.1.2. Sociedade de Economia Mista

3.2.1.3. Prestação de serviços públicos

3.2.1.4. Concessão e permissão de serviço público

3.2.1.5. Parcerias Público-Privadas – PPP

3.2.1.6. Monopólios da União

3.2.2. Intervenção indireta

3.2.2.1. Agências reguladoras independentes

3.2.2.2. Agências executivas

3.2.2.3. Contribuição de intervenção no domínio econômico

- 3.2.2.4. Incentivo ao turismo
- 3.2.2.5. Intervenção na propriedade
- 3.2.2.6. Política agrícola e fundiária e da reforma agrária

3.3. Questões

IV. DEFESA DA CONCORRÊNCIA

4.1. Disciplina jurídica da concorrência

- 4.1.1. Disciplina constitucional do mercado competitivo

- 4.1.2. Concorrência ilícita

4.2. Proteção contra o abuso de poder econômico

- 4.2.1. Leis ordinárias de proteção

- 4.2.2. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

- 4.2.2.1. Finalidade da lei contra o abuso de poder econômico

- 4.2.2.2. Territorialidade

- 4.2.2.3. Composição do SBDC

- 4.2.2.4. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

- 4.2.2.5. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

- 4.2.2.6. Quadro – Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC

- 4.2.2.7. Procuradoria do Cade

- 4.2.2.8. Ministério Público Federal perante o Cade

- 4.2.3. Infrações da ordem econômica

- 4.2.4. Processo administrativo
 - 4.2.4.1. Programa de leniência
 - 4.2.4.2. Medida preventiva e ordem de cessação
 - 4.2.4.3. Compromisso de cessação
- 4.2.5. Atos de concentração
 - 4.2.5.1. Concorrência praticável
 - 4.2.5.2. Fenômeno concentracionista
 - 4.2.5.3. Estruturas de mercado
 - 4.2.5.4. Concentração e eficiência
 - 4.2.5.5. Formas de concentração
 - 4.2.5.6. Atos de concentração ilícitos
 - 4.2.5.7. Mercado a considerar (mercado relevante)
 - 4.2.5.8. Controle das concentrações na Lei 12.529/2011
- 4.3. Práticas de concorrência desleal
- 4.4. Questões

V. LAW & ECONOMICS: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

- 5.1. Fundamentos teóricos
 - 5.1.1. Eficiência
 - 5.1.1.1. Otimalidade de Pareto
 - 5.1.1.2. Teorema de Coase
- 5.2. Aplicação da análise econômica do direito
- 5.3. Teoria dos jogos e direito

5.4. Observações finais

5.5. Questão

VI. DIREITO PENAL ECONÔMICO

6.1. Bem jurídico supraindividual

6.2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

6.3. Legislação criminal

6.3.1. Crimes contra a ordem econômica – Lei 8.137/1990

6.3.2. Crimes ambientais – Lei 9.605/1998

6.3.3. Crimes contra a regularidade das licitações e contratos da Administração Pública – Lei 8.666/1993

6.3.4. Crimes contra o mercado de capitais – Lei 6.385/1976

6.3.4.1. Manipulação de mercado

6.3.4.2. Uso indevido de informação privilegiada

6.3.4.3. Exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função

6.3.5. Crimes contra as relações de consumo – Lei 8.078/1990

6.3.6. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986

6.3.7. Crimes contra a propriedade industrial – Lei 9.279/1996

6.3.8. Crimes nos procedimentos de falência e recuperação de empresas – Lei 11.101/2005

6.3.9. Crimes de lavagem ou ocultação de bens direitos e valores – Lei 9.613/1998

6.3.10. Crimes contra a economia popular

6.3.11. Sistema de estoques de combustíveis

6.4. Questões

VII. ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS (COMÉRCIO INTERNACIONAL)

7.1. Atividade econômica internacional

7.1.1. *Lex mercatoria*

7.1.2. Ordem econômica internacional

7.1.3. Operações de câmbio

7.1.4. Políticas cambiais

7.1.5. Fluxos de capital privado internacional

7.1.6. Regulação do comércio internacional

7.2. Organizações internacionais

7.2.1. Organização das Nações Unidas – ONU

7.2.2. Organização para a Cooperação e
Desenvolvimento Econômico – OCDE

7.2.3. Fundo Monetário Internacional – FMI

7.2.4. Banco Mundial – BIRD

7.2.5. Banco Interamericano de Desenvolvimento –
BID

7.3. Acordo de *breton woods*

7.4. Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT

7.4.1. Organização Mundial do Comércio – OMC

- 7.4.2. Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS
- 7.5. Empresas multinacionais
- 7.6. Integração econômica
 - 7.6.1. MERCOSUL
 - 7.6.2. União Europeia
- 7.7. Infrações ao livre comércio internacional
 - 7.7.1. Instrumentos de defesa comercial (barreiras comerciais)
 - 7.7.1.1. Tarifas
 - 7.7.1.2. Cotas
 - 7.7.1.3. Restrições voluntárias à exportação
 - 7.7.1.4. Outras barreiras não tarifárias
 - 7.7.2. Condutas competitivas desleais no comércio internacional
 - 7.7.2.1. *Dumping*
 - 7.7.2.2. Tarifas compensatórias – Subsídios
 - 7.7.3. Medidas de salvaguarda
- 7.8. Questões

VIII. DIREITO ECONÔMICO E ATIVIDADE FINANCEIRA

- 8.1. Dinâmica da atividade financeira
 - 8.1.1. Novo paradigma da economia monetária
 - 8.1.2. Atividade financeira e política financeira
- 8.2. Sistema financeiro nacional
- 8.3. Estabilidade do sistema financeiro

- 8.4. Agentes Econômicos e a formação da poupança
- 8.5. Intermediários financeiros
- 8.6. Órgãos que constituem o Sistema Financeiro Nacional
 - 8.6.1. Conselho Monetário Nacional
 - 8.6.2. Banco Central do Brasil
 - 8.6.3. Banco do Brasil S.A.
 - 8.6.4. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
 - 8.6.5. Comissão de Valores Mobiliários
 - 8.6.6. Demais instituições financeiras públicas e privadas
 - 8.6.7. Comitê de Política Monetária – COPOM
- 8.7. Negócios jurídicos financeiros
- 8.8. Noção de investimento
 - 8.8.1. Depósitos bancários
 - 8.8.2. Aquisição de imóveis
 - 8.8.3. Títulos de dívida
 - 8.8.4. Ações
 - 8.8.5. Fundos mútuos
- 8.9. Sigilo nas operações financeiras
 - 8.9.1. Fundamentos constitucionais
 - 8.9.2. Lei Complementar 105
 - 8.9.3. Quebra de sigilo
- 8.10. Questões

IX. DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

- 9.1. Noções jurídicas e econômicas sobre desenvolvimento
 - 9.1.1. Desenvolvimento e crescimento
 - 9.1.2. Desenvolvimento e Direito
 - 9.1.3. Direito ao desenvolvimento e Direito do desenvolvimento
 - 9.1.4. Desenvolvimento e Direito Regulamentar
- 9.2. Política econômica e desenvolvimento
- 9.3. Ética e desenvolvimento
- 9.4. Educação e desenvolvimento

BIBLIOGRAFIA (OBRAS CONSULTADAS)

GABARITO



INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO ECONÔMICO

Sumário: 1.1. Direito econômico: 1.1.1. Questões preliminares para definir o Direito Econômico; 1.1.2. Sujeitos ou agentes econômicos; 1.1.3. Definição do Direito Econômico; 1.1.4. Objeto do Direito Econômico; 1.1.5. Surgimento e evolução do Direito Econômico; 1.1.6. Autonomia do Direito Econômico; 1.1.7. Fontes do Direito Econômico; 1.1.8. Normas de Direito Econômico; 1.1.9. Competência para legislar sobre Direito Econômico; 1.1.10. Codificação do Direito Econômico – 1.2. Noção de atividade econômica: 1.2.1. Organização dos meios de produção; 1.2.2. Análise econômica; 1.2.3. Análise microeconômica; 1.2.4. Análise macroeconômica; 1.2.5. Variável econômica – 1.3. Sistema econômico: 1.3.1. Tipologia dos sistemas econômicos – 1.4. Modelo econômico: 1.4.1. Modelo liberal; 1.4.2. Modelo de comando; 1.4.3. Modelo planejado – 1.5. Atividade econômica e atividade empresária – 1.6. Noção de mercado: 1.6.1. Mercado de consumo; 1.6.2. Mercado de trabalho; 1.6.3. Mercado financeiro; 1.6.4. Mercado e Direito – 1.7. Teoria jurídica da atividade econômica – 1.8. Questões.

1.1. DIREITO ECONÔMICO

O direito econômico surge como uma **recente disciplina acadêmica** nos cursos de graduação em Direito. Entretanto, o objeto hoje estudado pelo reconhecido direito econômico não passou a existir somente agora. Dessa maneira, o surgimento do direito econômico resulta do tratamento jurídico conferido a uma **nova organização das disciplinas jurídicas**, na qual, uma boa parte dos temas, antes inseridos nos currículos de direito constitucional, administrativo, financeiro, penal, empresarial, entre outros, agora compõem uma disciplina que possui a particularidade de cuidar, sobretudo, **da intervenção do Estado no domínio econômico**, ou seja, os parâmetros normativos criados pelo Estado de Direito no delineamento das práticas econômicas, seja instituindo políticas específicas, coibindo condutas, prevendo as formas de fiscalização, regulação e participação do Estado na atividade econômica.



Conhecer o direito econômico envolve, inicialmente, a preocupação com a compreensão do que seja atividade econômica, principalmente, *o seu modo de acontecer*, para que as normas jurídicas não interfiram nas regras naturais da ciência econômica. Não é inútil ponderar que o desenvolvimento histórico das técnicas de produção de bens e serviços não interfere na identificação da **principal característica da atividade econômica**, qual seja, a **satisfação das necessidades humanas**. Ainda que as maneiras de produção sejam constantemente modificadas em razão da evolução da técnica, a **atividade econômica não deixou de ser a ação humana para o seu sustento**, o que envolve também a escolha de quais bens serão adquiridos, já que nem todas as

necessidades serão satisfeitas. **O sujeito que dialeticamente produz e consome bens é intitulado agente econômico.** O consumo faz parte do cotidiano de qualquer pessoa, a produção, não. O objeto a ser consumido somente será caracterizado como econômico se contiver certo grau de **escassez** e resultar de ato de produção, pois se for abundante no universo não será assim considerado. Como observa Fábio Nusdeo (1977, p. 525):

“A definição de ‘escassez’ aplica-se indistintamente a uma fábrica, a um concerto de violino ou ao envio de missionários para um trabalho de catequese. O elemento importante, caracterizador e identificador do problema econômico é sempre a necessidade de escolher, de optar, de avaliar retorno em termos de objetivos atingidos.”

A escolha do que consumir cabe a cada pessoa, que determinará, diante das suas possibilidades materiais, quais necessidades serão satisfeitas. Portanto, o estudo econômico evoluiu para se preocupar também com a **escolha do que consumir**. Como explica didaticamente N. Gregory Mankiw (2009, p. 4):

“Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas. Assim sendo, os economistas estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas economias. Estudam também como as pessoas interagem umas com as outras. Por exemplo, eles examinam como um grande número de compradores e vendedores de um bem determinam, juntos, o preço pelo qual o bem é vendido e a quantidade que é vendida. Por fim, os economistas analisam as forças e tendências que afetam a economia como um todo, incluindo o crescimento da renda média, a parcela da população que não consegue encontrar trabalho e a taxa à qual os preços estão subindo.”

Objetivamente, a atividade econômica representa o **esforço humano para a produção de bens e serviços**, cuja finalidade é

promover a satisfação das ilimitadas necessidades. As técnicas de produção evoluem constantemente devido a criação de novas tecnologias, a preocupação direta do economista não é em criar essas novas técnicas, mas sim de **proporcionar que a organização produtiva** tenha como resultado novas tecnologias, ou seja, a atividade econômica precisa ser desenvolvida, contemplando a melhor forma de **organização eficiente** dos meios de produção. Dessa forma, é correto afirmar que a atividade econômica continua tal e qual em outros tempos, mas as técnicas de produção evoluem constantemente, pois sempre buscam ser **mais eficientes**. A escolha do que produzir ou do que consumir também mantém os mesmos fundamentos; mesmo com a oferta maior de bens, a escassez aumenta, justamente devido à impossibilidade de satisfação de uma maior quantidade de necessidades. Assim, é comum que os economistas utilizem a expressão *trade-offs* para significar que em suas **escolhas** as pessoas podem optar (escolher) por gastar mais em alguma coisa, o que impossibilitará a aquisição de uma série de outras. Portanto, a **escassez está presente em toda e qualquer escolha** que se faça, como esclarecem Stiglitz e Wash (2003a, p. 9):

“(...) a limitação da renda não é a única razão pela qual somos forçados aos *trade-offs*. Imagine uma pessoa imensamente rica que pode ter tudo o que deseja. Poderíamos pensar que essa pessoa não tem preocupações com a escassez – até verificarmos que o tempo também é um recurso e que mesmo a pessoa mais rica deve escolher a cada dia com qual de seus ricos brinquedos brincar. Quando levamos em conta o tempo, descobrimos que a escassez é uma realidade que atinge a todos.”

A produção para a satisfação das necessidades humanas foi inicialmente apenas uma preocupação individual; hoje tal preocupação passou a envolver uma quantidade de **agentes econômicos** muito maior (municípios, empresas, as famílias etc.). O controle da produção e do consumo de bens está organizado em um sistema econômico que pode ter um grau maior ou menor de interferência de algum responsável, como, por exemplo, o Estado. Em regra, os países têm uma **economia de mercado**, o que

significa que **a escolha do que produzir e do que consumir cabe aos próprios agentes econômicos.**

É claro que as decisões de produção e consumo não deixam de interferir na vida econômica de certa coletividade. Quando uma empresa de grande porte decide comprar um de seus fornecedores de matéria-prima, tal decisão poder trazer efeitos benéficos para o sistema econômico, como, por exemplo: a diminuição do preço do produto, o que possibilitará a compra do bem por mais pessoas. Entretanto, tal aquisição também pode gerar um efeito negativo, como, por exemplo: criar dificuldades à entrada de novas empresas nesse mercado específico, ou seja, diminuindo ou limitando a competição e proporcionando à empresa monopolista a prática de atos de abuso de poder econômico no mercado.

A importância da regulação da atividade econômica advém da necessidade de algumas vezes **interferir nas escolhas** econômicas para que o bem comum seja alcançado, e não apenas a satisfação de um determinado agente econômico em detrimento dos demais. A escolha deve ser livre, mas a complexidade atual das relações econômicas, se não coordenadas, poderá resultar em um aproveitamento ineficiente dos recursos disponíveis para a produção e, conseqüentemente, para uma mais completa satisfação de necessidades.

Enfim, não é demais repetir que a atividade econômica corresponde a todo ato de produção e consumo de bens e serviços, cuja finalidade é a satisfação das ilimitadas necessidades humanas. Em razão da impossibilidade de satisfação de todas as necessidades, bem como da produção de todos os bens, os agentes econômicos que participam da atividade econômica devem decidir o que produzir e o que consumir, e tal decisão poderá ser livre, sendo os próprios agentes econômicos (mercado) os principais controladores da oferta de produtos e da sua demanda, ou coordenada por algum ente que centralize todas ou somente parte das decisões econômicas a serem tomadas. A própria decisão dos

limites dessa coordenação constitui uma decisão econômica importante para que se mantenha o equilíbrio das satisfações humanas.

1.1.1. Questões preliminares para definir o Direito Econômico

As definições de Direito Econômico são bastante destoantes, o que é justificado pela possibilidade **multifacetada** de análise jurídica dos fatos econômicos. Dessa forma, antes de definir o Direito Econômico, é necessário que se compreenda as suas características particulares. Afinal, a conceituação pode abarcar uma grande quantidade de obrigações ou pode ser limitada a alguma apenas.

A noção de **relação de interdependência** entre o Direito e a Economia auxilia a compreensão de um conjunto de normas cujo objeto é a atividade econômica. Entretanto, esse entrelaçar ocorre apenas quando se quer, de alguma maneira, interferir no fenômeno econômico. Ou seja, a atividade econômica se desenvolve como um corolário da sua própria existência, enquanto a atividade jurídica demanda certa organização de centros de poder dos quais emanam preceitos a serem observados. Assim, nem todos os atos realizados na exploração da atividade econômica despertam o interesse do Direito. A ordem econômica é que delimitará por onde o Direito espalhará os seus tentáculos na regulação da administração da escassez.

A interferência do **raciocínio jurídico** nos **modelos econômicos** deve ser realizada de forma contida, pois em diversas oportunidades as regras jurídicas não serão eficientes para determinar a conduta econômica, pois esta não pode, em alguns casos, contrariar a sua própria natureza de funcionamento. A economia possui os seus **próprios princípios ordenadores** e, quando esses forem incompatíveis com as normas jurídicas, o Direito não os determinará. Como adverte Affonso Insuela Pereira (1974, p. 16):

“Os fenômenos econômicos são ou podem ser disciplinados pelo Direito; mas, a verdade é que essa correção é relativa porque as leis às quais a natureza obedece são indubitavelmente mais rígidas do que as leis sociais. Sua disciplina e sua adaptação aos interesses sociais são extraordinariamente mais difíceis do que a das leis sociais, porém, essas modificações se fazem em base extremamente mais sólida para a ação do Direito. E é justamente ao estabelecer normas para os fenômenos econômicos que o homem corre maior perigo, pois são, na maior parte das vezes, frágeis, instáveis e qualquer ação do homem menos avisado poderá deitar por terra todos os seus princípios.”

Uma primeira dificuldade para a definição do Direito Econômico decorre do cuidado que se deve ter para que as normas jurídicas criadas para determinar os fenômenos econômicos não venham a alterar as bases naturais do funcionamento da atividade econômica; **se o Direito Econômico tem por finalidade disciplinar a atividade econômica**, não pode deixar de atribuir as suas normas a eficácia possível no interior dos sistemas econômicos. Em outras palavras, o direito não impera, senão momentaneamente, na disciplina de fatos que dependem exclusivamente dos próprios fatores de mercado, como, por exemplo, a formação da taxa de juros ou de câmbio. Uma norma jurídica criada para estipular a taxa de juros que determinado mercado deveria observar somente produzirá efeitos se for estabelecida tal conduta por um prazo determinado, sendo que quanto mais longo for o tempo, menores serão as chances de gerar algum tipo de eficácia jurídica. O que ocorre é que a taxa de juros depende de situações econômicas para se determinar e, ainda que o legislador resolva especificar o preço do dinheiro, as próprias regras naturais de mercado é que o determinarão. O que acabamos de descrever influencia diretamente na fixação do objeto do direito econômico.

O direito econômico é caracterizado por seu objeto, que é, em síntese, **o estudo das formas de intervenção do Estado na atividade econômica**. Entretanto, tal objeto deve ser esclarecido de forma pormenorizada, uma vez que a determinação do que seria

objeto econômico é tarefa difícil. Daí, a formulação de um conceito em sentido amplo e um em sentido restrito de direito econômico. Da mesma maneira, uma das principais dificuldades no reconhecimento do direito econômico consiste no fato de seu objeto se confundir com o objeto do direito empresarial na maioria das vezes. Assim, pondera-se que, em grande parte, as **normas de direito econômico** são dirigidas aos sujeitos que desenvolvem atividade empresarial, mas nem sempre isso é verdade, pois a atividade econômica pode ser realizada por **sujeitos não empresários** que estarão sujeitos ao cumprimento de normas de direito econômico, mas não as normas empresariais.

A atividade empresarial é, por definição, atividade econômica. Todavia, nem todo agente econômico é considerado e tratado juridicamente como empresário.

A intervenção do Estado no domínio econômico é estudada nas disciplinas de direito constitucional e direito administrativo, cujos interesses são distintos, mas não divergentes, pois enquanto o direito administrativo se preocupa com as formas de realizar a função administrativa do Estado, como, por exemplo, criar uma autarquia federal para fiscalizar um mercado específico, o direito constitucional impõe (dirige o seu interesse externado no texto constitucional) que o Estado deve intervir, por exemplo, em caso de interesse público relevante que o legitime. Portanto, o direito constitucional determina o que legitima e quais as formas pelas quais o Estado pode intervir, enquanto que o direito administrativo cria as possibilidades reais para que o intento constitucional seja realizado, o que acontece devido a sua função administrativa (executiva). O direito econômico, portanto, é sempre dependente da ordem econômica prevista na Constituição Federal e de todo o aparato administrativo para a sua execução, mas o seu objeto, quando trata da intervenção do Estado no domínio econômico, tem por finalidade agregar todas as preocupações econômicas para melhor satisfazer as necessidades humanas.

1.1.2. Sujeitos ou agentes econômicos

No Direito, o sujeito que exerce direitos é intitulado pessoa. Na Economia, o sujeito que desenvolve atividade econômica, seja produzindo ou consumindo apenas, é chamado de **agente econômico ou unidade econômica de dispêndio**. A definição do agente econômico dependerá da análise econômica que se pretende realizar. Assim, tanto uma pessoa individualmente quanto a família dessa mesma pessoa podem funcionar como agentes econômicos em qualquer análise econômica.



Um Estado, um continente, um grupo de pessoas, um conjunto de empresas, dependendo do caso que se pretende analisar, poderão funcionar como um agente econômico, pois em sua realidade econômica podem:

- **Gastar** recursos disponíveis;
- **Produzir** bens e serviços;
- Podem **escolher** como agir economicamente.

1.1.3. Definição do Direito Econômico

Definir o Direito Econômico como o **conjunto de regras ordenadoras da economia em sua dinâmica de produção, circulação, distribuição e consumo** aumenta por demais o seu objeto, de maneira que todas as formas de conduta humana estariam incluídas nos limites do Direito Econômico. A confusão geralmente realizada com o objeto dos outros ramos do Direito ocorre em razão de uma característica comum que é o **conteúdo**

econômico. Como observa Washington Albino de Souza (1994, p. 59-60):

“Uma primeira diferença, entretanto, há de ser salientada. É que o Direito Econômico versa obrigatoriamente sobre atos e fatos econômicos enquanto que o mesmo não acontece com todos os demais ramos da ciência jurídica. Mesmo assim, por vezes, é feita uma certa confusão. Trata-se de algumas disciplinas, especialmente o Direito Trabalhista e o Direito Comercial. O primeiro, se ocupa do ‘trabalho’, um ‘fator’ de produção, de natureza cultural econômica. O Direito Comercial tem por objeto o fato econômico ‘troca’ e os elementos econômicos que decorrem do seu conceito, como o mercado, o preço e assim por diante. Entretanto, mesmo com estes o Direito Econômico não se confunde, pois todos eles podem tratar do mesmo ‘fato econômico’, porém cada um o fará com os instrumentos que lhe são peculiares. Tomemos, por exemplo, o fato econômico ‘troca’. Praticamente todas as disciplinas jurídicas dela tratam e, nem por isso, alguma delas oferece regras e normas que se choquem com as outras. A diferença essencial está em que o ‘ato’ e o ‘fato’ econômicos são tratados sob o aspecto político-econômico, pelo Direito Econômico, enquanto disciplina autônoma, o que não acontece com os demais.”

Em uma definição única e preliminar consideramos o **Direito Econômico como a reunião das normas que regulam a estrutura (Ordem Econômica) e as relações entre os agentes econômicos na realização da atividade econômica**. Na doutrina, nos aproximamos muito de Affonso Insuela Pereira (1974, p. 66-67), que conceitua o Direito Econômico como:

“O complexo de normas que regulam a ação do Estado sobre as estruturas do sistema econômico e as relações entre os agentes da economia.”

Uma outra definição completa de Direito Econômico é a proposta por Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 23), nos termos:

“Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto

de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do 'princípio da economicidade'."

Conclui-se, pois, que o **conteúdo econômico** não tem condições de qualificar a relação jurídica como econômica, pois grande parte, senão a totalidade dos fatos sociais, possui repercussão econômica. Assim, por exemplo, o Direito Tributário não se confunde com o Direito Econômico, pois os objetos são distintos, uma vez que o Direito Tributário se preocupa com as obrigações do contribuinte frente ao fisco. Dessa maneira, embora a tributação seja relevante para o desenvolvimento da atividade econômica, a matéria tributária específica não é regulada pelo Direito Econômico, e sim pelo tributário. A confusão se justifica devido ao fato de que o objeto do Direito Econômico é a política fiscal, importante estrutura da atividade econômica, e funciona como um dos instrumentos de desenvolvimento econômico. A **preocupação econômica está acima da regulação das obrigações específicas** que acontecem em outras disciplinas jurídicas; as relações de consumo, a cobrança de tributos ou a organização societária são objetos do Direito Econômico apenas enquanto fatos que importam na fixação das possibilidades de intervenção do Estado no domínio econômico, por intermédio de políticas econômicas, por exemplo.

1.1.3.1. Princípio da economicidade

Objetivamente, **economicidade significa utilização do raciocínio econômico nas decisões jurídicas**. De alguma forma, o conteúdo da economicidade envolve um critério de interpretação jurídica da decisão ou da conduta econômica. Nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 28):

"O termo 'economicidade', quanto ao seu entendimento, portanto, significa a medida do 'econômico', sendo este determinado pela 'valoração jurídica' dada ao fato de política econômica, pela Constituição."

A utilização jurídica da economicidade se deve justamente para que os órgãos responsáveis pela criação e aplicação das normas de Direito Econômico deixem de raciocinar somente juridicamente para alcançar os reais efeitos de uma norma criada ou aplicada para cumprir os preceitos da ordem econômica. As incompatibilidades entre o **raciocínio econômico e o jurídico** é que fomentarão o embate dessas disciplinas na vida prática. Mais uma vez, Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 29) pondera:

“Quanto à ‘função’, a ‘economicidade’ afirma-se como ‘instrumento’ de interpretação e decisão para harmonizar dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição, porém que adotados e admitidos pelo legislador constituinte passam a ter convivência indiscutível sob pena de resvalar para a admissão de “inconstitucionalidade” da própria Constituição, o que significaria o abalo da Lei Magna em seus próprios alicerces. A ‘economicidade’ no sentido funcional é tratada, pois, como um instrumento hermenêutico que a flexibilidade das opções impõe ao direito moderno de modo geral e, especialmente, nas Constituições correspondentes aos regimes políticos mistos ou plurais, e sobretudo ao Direito Econômico, pela própria natureza político-econômica do seu objeto.”

1.1.3.2. Direito do planejamento

Deve-se observar, inicialmente, que planejar a atividade econômica não é uma característica exclusiva dos Estados chamados *socialistas*. A realização da atividade econômica é preestabelecida por uma ordem econômica, que dispõe sobre a estrutura, as políticas e os fins desejados. Portanto, **a ordem econômica prevista nas Constituições já representa um certo planejamento da realização da atividade econômica**. Assim, os regimes ou as ideologias políticas não limitam um certo grau de planejamento; **a intervenção do Estado é ato de planejamento**, pois somente intervirá nos casos autorizados por lei. Nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 289):

“Salientamos inicialmente, portanto, que o Planejamento é uma ‘técnica’ de ‘intervenção do Estado no domínio econômico’. Mas, apesar de ser a mais aprimorada e mais abrangente dentre todas, nem por isso é essencial ao procedimento intervencionista. Podem ser praticados atos de ‘intervenção’, independentemente de Planejamento. Aliás, o Neoliberalismo conseguiu vencer as resistências liberais contra a ‘intervenção’ muito antes das que continuaram sendo opostas ao Planejamento.”

O ato de planejar a atividade econômica é compatível com o próprio raciocínio econômico, pois a opção de escolha deve resultar de um certo grau de planejamento. Quaisquer pessoas rotineiramente planejam as decisões econômicas que terão que tomar em determinado período. O papel do Direito Econômico frente aos planos é de **legitimação da sua própria existência**, ou seja, os limites jurídicos previstos não poderão ser desrespeitados pelas disposições criadas pelo plano. Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 308) bem resume a natureza dos atos de planejamento, nos termos:

“Assumimos a posição de considerar o Planejamento com a expressão de uma opção política: em primeiro lugar, pela ‘intervenção’ do Estado no domínio econômico; em segundo, pela ‘ação planejada’ nesta intervenção, que é a ‘decisão’ decorrente da primeira e, portanto, ainda de natureza política.”

1.1.3.3. Direito administrativo econômico

A atividade econômica do Estado e dos entes privados necessita de um complexo de órgãos, instituições e conselhos, que funcionarão como suportes necessários para a realização da atividade econômica. Os órgãos públicos servem de suporte para a realização da atividade política, econômica e social do Estado; servem, inclusive, para a aplicação das normas de Direito Econômico, Penal, Comercial, Tributário etc. O Estado deve criar, portanto, as possibilidades de garantia de aplicação do Direito e, no caso da disciplina econômica, dos princípios da ordem econômica. Diante do exposto e para comprovar a necessidade do anteparo

administrativo, é possível, por exemplo, questionar se pode ocorrer a proteção ao meio ambiente se o Estado não criar organismos de regulação, fiscalização e aplicação de penalidades. Em outro exemplo, **como seria possível a tutela da concorrência sem criar um arcabouço administrativo para analisar e julgar as práticas de mercado?** A existência da atividade administrativa do Estado é totalmente necessária para o cumprimento dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência. Entretanto, **o Direito Administrativo não possui uma subdivisão em direito administrativo econômico apenas por parte do serviço público estar dirigido para a aplicação das normas de Direito Econômico;** lembre-se de que mesmo existindo órgãos de registro de comércio não se fala em direito administrativo comercial.

O envolvimento do Direito Administrativo com o Direito Econômico é intenso, **mas não concordamos com a existência de um direito administrativo econômico** em virtude da atuação da estrutura orgânica do Estado à disposição da atividade de controle e regulação econômica. Como já se viu neste trabalho, o objeto do Direito Econômico não compreende a realização de atividade administrativa do Estado; se assim for, pode-se dizer que o Direito Penal, por exemplo, tem uma marcante característica de direito penal administrativo, em razão da atividade administrativa que ocorre na execução da pena. Da mesma maneira o Direito Comercial, devido aos órgãos de registro, por exemplo. Na verdade, deve-se estudar a utilização do Direito Administrativo pelo Direito Econômico como instrumento de aplicação de suas normas, o que de fato ocorre.

1.1.3.4. Direito da organização dos mercados

O Direito Econômico e a organização dos mercados representam signos semanticamente iguais, pois induzem ao mesmo significado. Os que atribuem ao Direito Econômico a responsabilidade de regular os mercados estão trabalhando, ainda, com o seu conceito

amplo, que não ajuda muito na compreensão exata do objetivo do Direito Econômico.

Na verdade, **a organização dos mercados constitui o objeto-finalidade do Direito Econômico**, pois os dispositivos constantes da ordem econômica disciplinam a atividade econômica, organizando-a.

1.1.3.5. Intervenção do Estado no domínio econômico

As normas jurídicas que regulam a atividade econômica resultam do entendimento de que o **Estado possui função de equilibrar as forças de mercado**, dirigindo-as a uma política que ele próprio desenvolve. Assim, um grau maior ou menor de intervenção na atividade econômica é necessário para a sua operacionalidade. A identificação do grau de intervenção é que nominou o Estado em liberal, socialista e neoliberal, e o critério de tal classificação está exatamente no quanto interveio o Estado na atividade econômica.

O Direito Econômico **representa o instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico**, sendo que as normas jurídico-econômicas é que regulam o nível de intervenção. Como bem explica Affonso Insuela Pereira (1974, p. 156):

“O Direito Econômico representa, hoje, o instrumento capaz de dosar o intervencionismo sem a submissão exagerada do indivíduo ao poder central ocorrida nos tempos do Mercantilismo e sem os exageros do Estado liberal absoluto, ambos capazes de colocar em perigo o meio econômico e social.”

O Direito Econômico possui como uma de suas características elementares a intervenção no domínio econômico, aliás, tal comentário é dos mais óbvios, pois o direito é um instrumento de intervenção do Estado nos domínios social, familiar, cultural, político etc. A **ordem econômica tem por finalidade fixar os limites de intervenção do Estado na atividade econômica**, o que será analisado com mais vagar logo à frente.

Não há dúvidas de que uma das formas de atuação do direito econômico é por meio da intervenção do Estado no domínio econômico, mas essa não é a única forma de atuação, a intervenção mereceu destaque em razão da abstenção do Estado em épocas passadas, nas quais o mercado era o regulador natural das relações econômicas.

A intervenção do Estado no domínio econômico, nos estados capitalistas, é exceção. A livre-iniciativa e a propriedade privada são bases desse sistema que se desenvolve, em regra, pela liberdade de apropriação de bens e dos meios de produção. Essa é a repetida condição de intervenção do Estado. Entretanto, **sustentar a excepcionalidade da intervenção, atualmente, significa apenas reconhecer o menor ou maior grau da intervenção.**

O sistema capitalista deparou-se com alguns desconfortos proporcionados por essa liberdade ilimitada dos agentes econômicos, que eram apenas controlados pelas próprias regras de mercado. Prestigiou-se, inicialmente, a grande empresa que, quanto maior fosse, mais méritos lhe eram conferidos. Assim, como bem expressa Neide Teresinha Malard (1995, p. 31):

“o agigantamento dos negócios era a medida de eficiência; o mercado autorregulava-se através do mecanismo da concorrência, afastando tanto os fabricantes que elevassem indevidamente os seus preços quanto os trabalhadores que solicitassem altos salários.”

Embora os ideólogos dessa época acreditassem que as próprias forças de mercado se equivaleriam, o que na verdade ocorreu foi uma concorrência inicial que, contudo, precedeu uma economia concentrada, culminando em mercados oligopolizados. **A força das grandes empresas emergiu espontaneamente diante da livre exploração do mercado**, entretanto, o empresário descobriu que destruir concorrentes, ter poder econômico e dominar mercados são condições eficientes para o desenvolvimento de suas atividades, o que não deixa de ser verdadeiro, de modo a fazer com

que os estudiosos das leis antitrustes refletissem sobre a intervenção ou não do Estado no domínio econômico.

Acredita-se que um meio-termo seja ideal, tendo como regra a não intervenção estatal. Entretanto, uma posição restrita e limitada pode motivar os abusos cometidos pelos agentes econômicos, fomentando a intervenção estatal.

O que deve interessar e limitar a atuação do Estado, como escreveu Alberto Venâncio Filho (1968, p. 54), é que:

“do ponto de vista estritamente jurídico, o que mais importa no exame da intervenção do Estado na ordem econômica é a conciliação entre as medidas de intervenção e os direitos fundamentais assegurados na Constituição, pois que esta, no mesmo texto em que autoriza a União a intervir no domínio econômico, põe como limite à sua atuação o respeito a esses direitos.”

Diante das limitações constitucionais, a comunidade jurídica deve dedicar-se não apenas aos estudos de interpretação das normas antitrustes, mas também aos exatos termos em que pode o Estado interferir no domínio econômico, sob pena, inclusive, de inconstitucionalidades, ou melhor, de ilegitimidade do uso do poder, pois intervir, quando não se possui legitimidade, é extrapolar os limites da função que lhe foi atribuída.

Enfim, o intervencionismo estatal é pertinente para garantir a aplicação dos princípios da ordem econômica, o que proporcionará, por exemplo, a liberdade de explorar atividade comercial e garantir-se do direito constitucional da livre-iniciativa, o que, porém, pode causar certa confusão que, como ressalta Paulo Bonavides (1993, p. 27):

“na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder de que não pode prescindir o ordenamento estatal aparece, de início, na moderna Teoria Constitucional como o maior inimigo da liberdade.”

Não se duvida de que é difícil entender que **qualquer intervenção estatal parece uma nova fuga do entendimento**

preponderante que prioriza a liberdade do homem perante o Estado, daí a ligação de liberdade e democracia, ou seja, o homem deve participar da formação da vontade estatal, pois sem a força do Estado, viverá o indivíduo em uma pseudoliberalidade, uma vez que seus governantes o governarão sem piedade.

1.1.3.6. Política econômica

A expressão política econômica é encontrada com frequência nas menções sobre a regulação da atividade econômica. É comum ouvir ou ler que com a mudança de governo aguarda-se uma mudança drástica na política econômica, por exemplo. Assim, em primeiro plano, deve-se investigar o que é política econômica para, depois, investigar a sua finalidade na ordem econômica.

O significado de política **identifica um conjunto de atos governamentais para a consecução de determinado objetivo**. No Estado de Direito, tais atos de governo devem estar pautados em uma escala de possibilidades garantida por um ordenamento jurídico, portanto, a noção de política está ligada naturalmente a uma ideia de normatividade. Assim, como pondera Affonso Insuela Pereira (1974, p. 207-208):

“os objetivos de uma ‘Política Econômica’ não se esvaem na ação do Estado sobre o comportamento dos agentes econômicos em termos de mercados. Para o atingimento dos fins propostos em sua política econômica, o Estado moderno, através da norma jurídica, impõe comportamentos que denotam uma ação estrutural mais ampla, realmente ‘institucional’, operando através de ‘estímulos’ e ‘desestímulos’, de ‘freios’ e ‘contrapesos.’”

A realização do objetivo econômico envolve a realização de uma estratégia eficiente para o melhor resultado possível. A política econômica corresponde ao desenvolvimento dessas estratégias e, para desenvolvê-las, deverá o **Estado criar e utilizar instrumentos de condução de sua política econômica**.

De forma resumida, o conceito de Direito Econômico depende da reunião de uma série de atividades do Estado diante da atividade econômica. Assim, o Direito Econômico possui a seguinte conformação:

- a) característica: economicidade;**
- b) finalidade: planejamento da atividade econômica;**
- c) estrutura: proporcionada pelos órgãos públicos;**
- d) atividade: decorrente da intervenção do Estado no domínio econômico;**
- e) objetivos: transpostos nas políticas públicas econômicas.**

1.1.4. Objeto do Direito Econômico

Conhecer o objeto de estudo é essencial para a eficiência de qualquer organização metodológica. No caso do Direito Econômico, deve-se **delimitar a estrutura do sistema econômico e os deveres jurídicos dos agentes econômicos**. O objeto do Direito Econômico pode parecer, em uma investigação superficial, ser todo e qualquer ato, uma vez que todo ato de alguma maneira tem um conteúdo econômico, como já se mencionou anteriormente; por esse raciocínio, qualquer contrato de compra e venda seria objeto do Direito Econômico. Para entender a diferença, deve-se lembrar que a aquisição de um livro não gera efeitos para o Direito Econômico. Entretanto, quando o Estado desenvolve uma política de barateamento do preço do livro para incentivar esse mercado, estamos tratando de um **aspecto de Direito Econômico** e, portanto, do seu objeto.

O objeto do Direito Econômico pode estar no interior de uma medida de natureza tributária, previdenciária, ou de outras tantas matérias, pois esses são os fatores pelos quais o Estado pode intervir na atividade econômica e realizar certa política econômica. Aqui está o objeto do Direito Econômico, que em simples palavras

consiste na possibilidade do Estado de interferir na atividade econômica para ordenar o mercado, nos moldes previamente definidos em sua própria ordem econômica.

1.1.5. Surgimento e evolução do Direito Econômico

Atribui-se o **aparecimento do Direito Econômico à I Guerra Mundial**, em razão da descoberta da importância da produção econômica para a eficiência das tropas nos campos de batalha. Tal fato impulsionou a regulamentação das atividades econômicas (Comparato, 1977, p. 1). Assim, **fenômenos econômicos como a atividade monetária, a atividade de concessão de crédito, a atividade laboral, entre outras, passaram a ser objeto de regras jurídicas**. A partir de então, a atividade econômica passou a sofrer algumas interferências jurídicas que visam a dirigi-la a alguns fins determinados. Dessa forma, certo cuidado deve ser exigido para que não se confunda o advento do Direito Econômico com uma nova forma de socialismo. O nível de intervenção do Estado no domínio econômico é de graus diferenciados, assim, o fato de existirem regras ou mesmo planos de desenvolvimento não é suficiente para caracterizar a economia de comando, portanto, a planificação passou a ser um recurso utilizado, em menor grau, pelas economias não socialistas. Para exemplificar, no Brasil já tivemos diversos planos de natureza econômica, como informa Fábio Konder Comparato (1977, p. 7):

“Em nosso país, os primeiros esboços de uma programação nacional da economia remontam ao plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transportes e Energia), elaborado durante o governo do Mal. Dutra, e ao chamado “Programa de Metas” do governo Juscelino Kubistchek. Mas ambos constituíam simples exposições de objetivos, sem a previsão dos instrumentos adequados, e sem a criação das instituições encarregadas de utilizar tais instrumentos.”

Da mesma maneira, oportunas as palavras de Affonso Insuela Pereira, que dispõe (1974, p. 43-44):

“Se é verdade inconteste que findado o conflito o homem não abandona as técnicas produtivas que o esforço da luta lhe exigiu, adaptando-as como técnicas produtivas de paz, verdade também é que no campo social, finda a guerra, igualmente muitas modificações se fizeram presentes. Assim é que, não obstante os princípios de ordem econômica e social já tivessem anteriormente sido inseridos como preceitos constitucionais nas Cartas Magnas do Estado Soviético (1917) e no México no “Apartado 123” da Constituição mexicana, é na Constituição do liberal Estado Alemão de 1919 que aparecem com mais vigor e a partir de então se universalizam tais princípios, pois vieram a merecer guarida nas cartas constitucionais de quase todos os Estados, inclusive no Brasil, onde foram inseridos em todos os diplomas constitucionais que se seguiram.”

1.1.6. Autonomia do Direito Econômico

A caracterização de um ramo do direito depende da identificação de um objeto de proteção determinado, de um sujeito destinatário das obrigações e dos direitos e normas jurídicas com particularidades próprias.

A justificação da autonomia do Direito Econômico sofreu e sofre dificuldades devido à ineficiência de determinação exata do seu objeto, que é o **direito aplicado ao fato econômico**. Da mesma maneira, a dificuldade em classificá-lo como público ou privado já antecipava discussão atual sobre o exato conteúdo desta classificação. Portanto, como esclarece Fábio Konder Comparato (1977, p. 10):

“o direito econômico aparece assim como um dos ramos deste direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formas que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade ou, se se preferir, a sua autonomia nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado.”

Por fim, é bom esclarecer que a **Constituição Federal, ao prever a competência concorrente da União, dos Estados e**

do Distrito Federal para legislar sobre Direito Econômico (art. 24, I, da CF), reconheceu a sua existência no mundo jurídico. O que vale a observação de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 46), nos termos:

“Damos tal importância ao fato em virtude de boa parte dos que militam na área jurídica em nosso país insistirem em desconhecer a eloquência da realidade social e o significado das razões científicas, prendendo-se a legalismo tão pernicioso como o seu efeito de atribuir aos Poderes Legislativos, compostos, em sua maioria, de leigos, a missão de conferir ‘existência’ a novos ramos do Direito, fazendo-o pela consagração em texto legal. Sem esse ‘registro’ os currículos das faculdades relutavam em adotá-lo em boa parte do mundo jurídico brasileiro o tomava como simples tese para discussões.”

A sistematização dos temas tratados pelo Direito Econômico ainda é de difícil realização, o que não implica o comprometimento da sua autonomia. **O que lhe garante tal condição é o exercício do poder do Estado para estruturar e regular a Economia, o mercado, o que se faz pela implementação de políticas econômicas.** As posturas gerais assumidas neste mister é que qualificam o Direito Econômico como portador de características próprias que lhe garantem certa individualidade.

1.1.7. Fontes do Direito Econômico

O significado de fonte do direito indica os procedimentos de produção da norma jurídica; na verdade, os elementos motivadores da criação das prescrições de convívio. Mesmo em sentido impróprio, afirma-se que o direito nasce e, para tanto, possui uma gênese de constituição. Dessa forma, **o Direito Econômico possui as mesmas fontes de outros ramos jurídicos, quais sejam: a lei, os costumes e a jurisprudência.** Assim, quando há uma legislação que em seu conteúdo principal regula a tributação de determinada operação, provavelmente tal iniciativa legal deveu-se a uma determinação econômica.

Como já explicado, diante da análise de outros tópicos do Direito Econômico, uma das suas características é a **realização por intermédio de normas jurídicas da política econômica proposta**. Dessa maneira, poderia se concluir que a lei é a única fonte do Direito Econômico, o que não é verdade, pois o Estado pode desenvolver aspectos de sua política econômica por intermédio de práticas não contidas nas leis econômicas. **Um exemplo bastante corrente no Brasil é a venda de dólares no mercado financeiro para estimular a queda da taxa de câmbio da moeda nacional com a moeda estrangeira**. De certa forma, tal conduta ocorre em razão de uma liberdade de atuação do Estado, mas não em razão de uma norma específica que lhe imponha a conduta.

Os precedentes judiciais também funcionam como fontes do Direito Econômico. Muitas vezes **a interpretação dada por um Tribunal sobre determinada lei pode influenciar diretamente o planejamento da atividade econômica**. Exemplificando, podemos verificar a importância para a atividade econômico-financeira da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras.

Por fim, a atividade econômica se desenvolve naturalmente em razão de sua necessidade social, o que culmina na criação rotineira de novas práticas econômicas que também encontram as suas maneiras informais na resolução de problemas. Em outras palavras, assim como no Direito Empresarial, os costumes representam uma das fontes primordiais; no Direito Econômico, tal circunstância também é verdadeira, boa parte das normas criadas para regular a atividade econômica, antes de serem formalizadas, funcionaram como **práticas reiteradas** no desenvolvimento da atividade econômica.

1.1.8. Normas de Direito Econômico

Na constituição do ordenamento jurídico aplicável à atividade econômica, algumas características específicas devem ser levadas em consideração, sob pena da total inaplicabilidade dos mandamentos legais, conforme já se esclareceu algumas linhas atrás. Inicialmente, portanto, o **Direito Econômico deve atuar dentro das possibilidades reais de interferência no fenômeno econômico.**

O conteúdo da norma jurídica que disciplina a atividade econômica tem sempre como finalidade determinar uma consequência de natureza econômica, daí a dificuldade, às vezes, de particularizar a norma de Direito Econômico, pois uma lei que venha a determinar certa postura a ser observada pelos agentes econômicos na realização da atividade financeira, por exemplo, terá cunho econômico, pois tem por objeto a regulação de algum aspecto da vida econômica de uma determinada comunidade.

Assim, em primeiro plano, **é necessário advertir que as leis econômicas possuem como uma condicionante de grande importância a sua vinculação com outras normas jurídicas** (de outros ramos jurídicos) que caracterizam a relatividade das leis econômicas, devido a sua condição de programática, portanto, dependente de outras que venham a lhe dar aplicabilidade prática. Por esse mesmo motivo, as regras econômicas também funcionam como importantes condicionantes da eficácia das normas jurídicas que com ela se relacionem. É o que acontece, por exemplo, com a Constituição Federal quando prescreve a proteção aos direitos dos consumidores (norma econômica programática) e o Código de Defesa do Consumidor (principal fonte do Direito do Consumidor – outro ramo jurídico), que lhe confere aplicabilidade prática. Como pondera João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 57):

“É preciso lembrar que as *normas programáticas* não se reduzem a traçar um programa de ação, mas têm força jurídica vinculante imediata. Não podem servir de

desculpa para o administrador ou o juiz deixar de cumprir as imposições contidas na Constituição.”

As normas de Direito Econômico funcionam como instrumentos de coordenação e de subordinação. Coordenação dos sistemas econômicos que são modelados de forma a funcionarem na busca de alguns resultados determinados e subordinação, pois as leis econômicas são dirigidas a todos que exercem atividade econômica, ainda que de forma não profissional; é o que acontece, por exemplo, quando o Estado delibera um empréstimo compulsório para quem pretende adquirir determinado veículo.

Conforme os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 108-109) para facilitar a caracterização das normas de Direito Econômico, deve-se considerar:

- a) conteúdo econômico;
- b) viabilização da política econômica adotada;
- c) flexibilidades ou mobilidade em razão da sua natureza dinâmica;
- d) natureza programática;
- e) cumprimento de objetivos predeterminados.

1.1.9. Competência para legislar sobre Direito Econômico

Como já informado linhas atrás, um dos argumentos que justificam a autonomia do Direito Econômico é a previsão Constitucional da competência para a criação de normas jurídicas de Direito Econômico. A disposição constitucional assim determina:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II – (...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Antes de comentar a disposição legal acima transcrita, é prudente verificar alguns incisos do art. 22 da Constituição Federal, que trata da competência para legislar privativa da União, nos termos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – (...)

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII – comércio exterior e interestadual;

IX – diretrizes da política nacional de transportes;

X – (...)

XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX – (...).

Dessa forma, a competência concorrente estipulada no inc. I, do art. 24, da Constituição Federal, deve ser aplicado apenas quando o tema econômico não esteja incluído na competência privativa da União (art. 22), pois, como pudemos perceber, **não há dúvidas de que legislar sobre: crédito, câmbio, transferência de**

valores, sistemas de poupança, entre outros, implica na criação de normas de natureza eminentemente econômica.

Ao contrário do que se pensa, a maior parte dos temas econômicos são da competência privativa da União, e não da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal. A expressão “direito econômico” prevista no inc. I do artigo 24 deve compreender apenas os temas econômicos remanescentes do art. 22.

Voltando a discussão do art. 24, I, da Constituição Federal, que determina a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Como explica Gabriel Dezen Júnior (2010, p. 437):

“aqui estão identificadas as competências legislativas concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal. Esses assuntos serão objeto de duas leis: uma nacional, de normas gerais (§ 1º), e outra federal (para a União), estaduais (para cada Estado) ou distrital (para o Distrito Federal), de normas gerais complementares (art. 24, § 2º) e de normas específicas (art. 24, § 1º). É fundamental a distinção entre lei nacional e lei federal para a compreensão do sistema. A lei que a União vai formular contendo normas gerais sobre os temas desse artigo, necessariamente lei nacional, aplica-se à própria União, aos Estados, ao DF e aos Municípios. Os detalhes serão percorridos, pela União, em lei federal, a qual somente é aplicável à sua própria estrutura, não vinculando e não se aplicando aos Estados, DF ou Municípios.”

Competência Legislativa sobre Normas de Direito Econômico	
Normas gerais	Compete à União
Norma suplementar	Compete aos Estados
Inexistência de Lei federal sobre normas gerais	Competência legislativa plena dos Estados
Lei federal superveniente sobre normas gerais	Suspende a eficácia da Lei estadual, no que for contrário

Por fim, não podemos deixar de lado a situação dos municípios que podem legislar sobre direito econômico em razão do disposto no art. 30, II, da Constituição Federal, nos termos:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – (...);

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III – (...)

Em resumo, a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente (União, Estados e Distrito Federal). Entretanto, devem ser excluídos os temas econômicos previstos na competência privativa da União. Se existir norma geral da União (Lei Nacional), a própria União (Lei Federal), os Estados (Lei Estadual) ou o Distrito Federal (Lei Distrital) apenas poderão criar normas suplementares, salvo se inexistir lei federal sobre normas gerais, quando a competência se torna plena. Ou se aquela for criada supervenientemente, suspenderá a eficácia da lei estadual no que for contrário. De forma suplementar, os Municípios poderão legislar sobre temas de direito econômico.

1.1.10. Codificação do Direito Econômico

Alguns pretensiosos conhecedores do Direito costumam dividir os seus ramos de acordo com a existência de uma codificação específica sobre a matéria; foi comum para os professores de Direito Comercial, com a publicação do Código Civil de 2002, a questão sobre o seu fim, pois a partir de então quem regulava a matéria comercial era o Código Civil. Infelizmente, para alguns, um ramo do Direito não mantém a sua unidade ou autonomia se não estiver regulado por dispositivos de um mesmo diploma legal.

De antemão avisamos que **as normas de Direito Econômico não estão reunidas em um Código Econômico, mas em leis extravagantes**, como, por exemplo: a Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe

sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ou a Lei 4.595/1964, que estrutura o Sistema Financeiro Nacional. Enfim, como já ressaltado, muitas leis de natureza eminentemente civil, empresarial, tributária, penal etc. representam o cumprimento de preceitos normativos de Direito Econômico.

A possibilidade de uma codificação do Direito Econômico é por demais remota; num primeiro aspecto, em razão da própria sistemática legislativa que não mais privilegia a construção de diplomas jurídicos que visam a regular um determinado ramo jurídico. Da mesma forma, o Direito Econômico interfere em setores por demais distantes, como, por exemplo: a política fiscal, as relações de consumo, os limites de intervenção do Estado, entre outros.

O Direito Econômico é formado por um conjunto de leis que possuem como norte ideológico a ordem econômica prevista na Constituição Federal. Assim, diversas leis que determinam as práticas concorrenciais, as relações de consumo, o funcionamento da atividade financeira etc. correspondem a regras cujo objeto principal é a intervenção do Estado no funcionamento natural da atividade econômica.

Algumas leis de conteúdo econômico:

- Lei 4.595/1964 (Mercado Financeiro);
- Lei 4.728/1965 (Mercado de Capitais);
- Lei 6.385/1976 (Mercado de Valores Mobiliários);
- Lei 6.404/1976 (Sociedades Anônimas);
- Lei 8.078/1990 (Defesa do Consumidor);
- Lei 12.529/2011 (Abuso de Poder Econômico);
- Lei 9.279/1996 (Propriedade Industrial – Concorrência Desleal);

- Lei Complementar 105/2001 (Sigilo nas operações financeiras);
- Lei 11.101/2005 (Recuperação de Empresas e Falência).

No importante estudo sobre a possível criação de um Código de Direito Econômico, Fábio Nusdeo (1995, p. 198) apresenta a seguinte estrutura:

“O proposto Código de Direito Econômico conteria cinco livros, a saber: 1 – Parte Geral: Procedimento para a Formulação e Aplicação da Política Econômica; 2 – Tutela da Concorrência e Repressão ao Abuso do Poder Econômico; 3 – Defesa do Consumidor; 4 – Direito Ambiental; 5 – Direito Penal Econômico.”

1.2. NOÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Como por diversas vezes já foi apontado, o direito econômico trata da aplicação de normas jurídicas às práticas econômicas. O objeto do Direito Econômico compreende o estudo das normas jurídicas criadas para regular, fiscalizar, autorizar e, de forma geral, intervir na atividade econômica. Por essa razão, a noção de atividade econômica torna-se substancial para o entendimento dos limites impostos a intervenção do Estado no domínio econômico.

1.2.1. Organização dos meios de produção

O agente econômico que produz, ao planejar o desenvolvimento de sua atividade-fim, deve identificar quais são os meios ou fatores que interferirão nos resultados almejados por sua atividade econômica. **Fatores como capital, trabalho, tecnologia, Know-how, entre outros, devem ser organizados e explorados pelo agente econômico que empreende.** A atividade econômica compreende, inicialmente, a preocupação com a melhor maneira de organizar os fatores de produção. Alguns instrumentos para constatar a eficiência da organização dos meios de produção já foram desenvolvidos, sendo que a análise econômica pode contribuir de forma determinante para constatar o funcionamento eficiente ou não da atividade econômica.

1.2.2. Análise econômica

O objeto da atividade econômica confunde-se com a sua finalidade, ou seja, **a produção de bens para a satisfação de necessidades é o objeto e, ao mesmo tempo, a finalidade da atividade econômica.** A ciência ou a técnica criada para a reflexão sobre o fenômeno econômico é intitulada análise econômica. Qualquer raciocínio cuja finalidade seja a constatação de algum efeito de natureza econômica será, na verdade, uma análise que levará em consideração todas as variáveis possíveis para que o resultado previsto seja confirmado.

A realização da atividade econômica não depende diretamente da preocupação com o fomento da produção ou do incentivo ao consumo, mas da criação de uma verdadeira infraestrutura para que o sistema econômico funcione eficientemente; para tanto, a modernização de portos e o investimento no transporte público podem ser decisões muito importantes para a realização da atividade econômica de determinada coletividade. **O trabalho hoje exigido para diagnosticar e solucionar problemas na realização da atividade econômica chama-se análise econômica.**

A análise econômica, de uma forma superficial, é realizada por todo e qualquer agente econômico. Um trabalhador quando decide adquirir um veículo usado, e não novo, leva em consideração uma série de condições, como a depreciação do bem, entre outras, o que prova a realização de uma análise econômica. Não há dúvidas de que existem, portanto, análises econômicas mais e menos complexas, mas o que a caracteriza é a ponderação de fatores para se decidir economicamente.

De forma simples, a análise econômica resulta dos fundamentos levados em consideração para sustentar a escolha realizada por um agente econômico.

1.2.3. Análise microeconômica

A dimensão dos efeitos da escolha, quando analisados nos limites ocasionados a um indivíduo ou a um agente econômico, é objeto da análise microeconômica. Nas palavras de Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 2):

“O estudo de como os indivíduos tomam decisões e de como essas decisões interagem é denominado microeconomia.”

A análise microeconômica desconsidera os possíveis efeitos da decisão aos outros agentes econômicos e também a todo o sistema econômico. Dessa forma, se alguém resolve guardar parte de seu

salário para a realização de uma viagem no final do ano, tal decisão apenas refletirá para a análise microeconômica se se mantiver na esfera individual deste agente econômico.

1.2.4. Análise macroeconômica

A dimensão que extrapola a preocupação individual dos agentes econômicos faz parte da análise macroeconômica. Como explicam mais uma vez Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 3):

“Recessões estão entre as principais preocupações do ramo da economia conhecido como macroeconomia, que trata da expansão e da retração da economia em geral. Se você estudar macroeconomia, verá como os economistas explicam as recessões e como as políticas governamentais podem ser aplicadas para minimizar os danos causados por flutuações econômicas.”

Enfim, conclui-se com a síntese de N. Gregory Mankiw (2009, p. 28):

“O campo da economia divide-se tradicionalmente em dois amplos subcampos. A microeconomia é o estudo de como as famílias e empresas tomam decisões e de como elas interagem em mercados específicos. A macroeconomia é o estudo de fenômenos que englobam toda a economia. Um microeconomista pode estudar os efeitos dos controles dos aluguéis sobre os imóveis residenciais na cidade de Nova York, o impacto da competição estrangeira sobre a indústria automobilística dos Estados Unidos ou os efeitos da frequência escolar obrigatória sobre os ganhos dos trabalhadores. Um macroeconomista pode estudar os efeitos de empréstimos feitos pelo governo federal, as mudanças da taxa de desemprego ao longo do tempo ou políticas alternativas para promover a elevação do padrão de vida nacional.”

1.2.5. Variável econômica

Por diversas vezes ouve-se falar sobre a “nova economia”, o que sugere que ocorreu uma mudança deixando-se para trás, provavelmente, uma “velha economia”. Entretanto, quais são as modificações que justificam a divisão da economia em nova ou

velha? Talvez as mudanças tecnológicas é que determinem o tratamento da economia como “nova”, em razão de avanços na transmissão de informações, possibilitando novas formas de relações econômicas, entre outras inovações e consequências. Mesmo assim, qualquer um que venha a realizar qualquer reflexão econômica deverá conhecer e saber utilizar as “ferramentas” necessárias para a compreensão dos fatos econômicos ou, pelo menos, para possibilitar, ainda que de forma parcial e limitada, um raciocínio econômico. Pode-se dizer que as mencionadas “ferramentas” econômicas passaram por uma evolução que determinou um certo aperfeiçoamento, e talvez nesse sentido é que se possa dizer que existe uma “nova economia”, mas a análise agregada de todas essas ferramentas também se tornou mais complexa, **principalmente pelo aumento das variáveis que influenciam o resultado do raciocínio econômico**, que não estão mais nos limites restritos de uma comunidade pequena e simples. A complexidade de produção e interação dos agentes econômicos nos mais variados mercados produz uma grande quantidade de interferências em todo o mundo, que acionadas a toques muito sensíveis e de difícil explicação acadêmica proporcionam grandes embaraços nos países economicamente mais frágeis.

A quantidade de mudanças ainda em curso com a internacionalização dos mercados deve sempre ser ponderada, pois transforma a atividade econômica mundial não apenas quando abre as fronteiras para a realização de trocas de mercadorias; ocorrências mais específicas, como a possibilidade de as empresas adquirirem ativos no exterior lhes garante uma série de benefícios financeiros, como o custo menor de captação.

As recentes e frequentes mudanças tecnológicas em nada afetam os princípios gerais de Economia. Contudo, os analistas econômicos aprenderam que a interdependência econômica no mundo tornou-se maior; muitos fatos aparentemente desprezíveis para um país podem ocasionar grandes desequilíbrios econômicos em outros. **A sensibilidade do mercado financeiro, por**

exemplo, é suficiente para atestar que qualquer variável deve ser ponderada como um fator importante de análise financeira, e a interligação de fatores para análises mais abrangentes já norteia desde muito tempo as análises, agora macroeconômicas.

A atividade econômica é extremamente sensível, qualquer evento pode alterar o resultado esperado. Tal característica exige que o analista econômico leve em consideração todos os possíveis eventos e probabilidade de que venham a acontecer, e quais as consequências se de fato acontecerem.

O sistema econômico chegou a um momento de tamanha complexidade, que mesmo os atos que não sejam de consumo ou de produção podem trazer resultados benéficos ou não para a atividade econômica; são conhecidos tais eventos como "variáveis econômicas". Em outras palavras, para ser tomada uma decisão econômica (o que produzir, o que consumir, quando produzir etc.), leva-se em consideração uma série de fatos, como o custo de produção, a demanda pelo produto, as condições climáticas. Entretanto, como nem todas essas condições podem ser antecipadas, poderá ocorrer algum fato não esperado que modifique os efeitos econômicos da decisão tomada. Dessa forma, quando se toma qualquer decisão econômica, deve-se considerar a maior quantidade possível de eventos que possam alterar o resultado do que se espera economicamente, pois qualquer evento não esperado poderá variar as consequências da decisão tomada; tais eventos são chamados de variáveis econômicas.

Um exemplo simples que bem demonstra o poder das variáveis pode ser colhido no dia a dia de qualquer pessoa, como: a simples mudança de tempo (clima), que pode funcionar como um evento que produzirá uma série de eventos econômicos. Assim, uma chuva matinal inesperada significa para o vendedor de guarda-chuvas um imediato efeito na sua demanda, o que conseqüentemente fará com que ele também aumente o preço do seu produto; porém, se

ele não contou com (previu) esse evento, provavelmente deixará de vender se tiver poucos produtos em estoque. Por outro lado, o sujeito que sai para o trabalho desprovido de seu guarda-chuva, possivelmente decidirá comprar tal bem em razão de uma necessidade inesperada. Da mesma maneira, os reflexos de um possível apagão energético ou de um descontrole de voos, ou até mesmo do aumento do tráfego de veículos em uma cidade qualquer, podem representar um efeito econômico em várias decisões de ordem econômica.

As consequências econômicas de tais eventos podem ser distribuídas de forma distinta entre os participantes de qualquer ato econômico. Se o governo toma uma medida econômica que resulta em efeitos imediatos na cotação de certa moeda estrangeira, certamente os que possuem dívidas em tal moeda poderão ser inversamente beneficiados ou prejudicados em razão dos que possuem crédito.

Todas as novas variáveis que se agregaram as já existentes fazem com que a economia seja afetada por um grau de instabilidade sem precedentes. Uma empresa ou um país pode gerar riqueza ou empobrecer em um lapso temporal extremamente curto. Na verdade, a única possibilidade que nos resta é analisar **o grau de influência que determinado fato econômico pode gerar em um mercado qualquer**, como, por exemplo, uma decisão sobre a estabilidade da taxa de juros nos Estados Unidos.

A compensação da ocorrência de eventos que possam desequilibrar uma situação econômica qualquer funciona como um mecanismo de autossustentação do sistema econômico de determinada comunidade. A estabilidade tão importante e perseguida nos mercados deve resultar dos mecanismos de compensação nas relações econômicas. Deve-se sempre lembrar que as dificuldades enfrentadas por um agente econômico qualquer podem comprometer todo o funcionamento de um sistema econômico, se a compensação pelo ganho de um outro não for compatível para equilibrar as perdas ocorridas.

Enfim, como já frisado, os efeitos da decisão econômica podem variar se ocorrer um fato inesperado ou diferente do previsto na análise realizada. Tais fatos são chamados de variáveis econômicas.

1.3. SISTEMA ECONÔMICO

A criação dos sistemas resulta da necessidade de organização de alguns fatores que influenciarão a obtenção de determinado resultado pretendido. A palavra-chave para a concepção de um sistema envolve sempre a organização dos elementos de formação e suas respectivas funções. O sistema respiratório dos humanos é formado por um conjunto de órgãos, com finalidades específicas e que funcionam em harmonia para a solução de problema vital: o fornecimento de oxigênio e a expulsão de gás carbônico. O sistema econômico também possui os mesmos pressupostos e fundamentos de todo e qualquer sistema, quais sejam: elementos de constituição, harmonia de funcionamento dos elementos e organização para a realização de algo.

A caracterização do sistema econômico deve envolver todos os elementos que de alguma forma interferem na realização da atividade econômica, como a ordem econômica na Constituição Federal, as políticas econômicas, a legislação complementar e ordinária, a análise econômica etc.

De forma aplicada ao Direito, Eros Roberto Grau (1990, p. 83 e 213) propõe o seguinte conceito de sistema econômico:

“O sistema econômico compreende um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção e a forma de repartição do produto econômico.”

Os sistemas econômicos são constituídos a partir da resolução de problemas de escassez, ou seja, produzir: o quê? Como? Para quem? Questões estas que devido ao crescimento e à complexidade dos sistemas econômicos passaram a levar em consideração a figura do consumidor. Assim, quando alguém visa a empreender alguma atividade econômica, vai questionar: o que o consumidor deseja? Onde ele gostaria de poder adquirir o produto desejado? O quanto ele está disposto a pagar?

As características que dizem respeito à constituição, ao funcionamento e à finalidade do sistema econômico variam de modo a constituir formas distintas de sistemas jurídicos, sendo alguns mais conhecidos e frequentes, enquanto outros são praticamente inexistentes. Mesmo assim, a classificação dos sistemas econômicos centra-se em alguns pontos facilmente determináveis. Como aponta André Ramos Tavares (2003, p. 32):

“Importa, pois, para fins de classificação teórica, identificar a forma adotada quanto à propriedade dos meios de produção, verificando se há propriedades privada ou se é adotada a propriedade coletiva dos meios de produção. Ademais, a análise da relação entre os agentes econômicos determina se os trabalhadores (parcela dos referidos agentes econômicos) se apropriam do produto do trabalho ou não. Na primeira hipótese, a distinção entre empregado e empregador é extremamente tênue. Nesse sentido, a forma de repartição do produto do trabalho, especialmente a natureza do excedente produzido, pode ser individualmente titularizada (no capitalismo) ou coletivamente (no socialismo).”

1.3.1. Tipologia dos sistemas econômicos

O estudo doutrinário dos sistemas econômicos pode provocar um certo desencontro entre os pressupostos teoricamente propostos e que caracterizam e individualizam o sistema econômico e o que de fato será empiricamente encontrado no normal desenvolvimento da atividade econômica por seus agentes. Como explica António José Avelãs Nunes (2007, p. 60-61):

“Na prática, nenhuma economia concreta se apresenta como a realização de um único sistema econômico ou de uma única forma econômica. Cada economia corresponde ao invés, a uma determinada combinação de vários sistemas, um dos quais emerge como *sistema dominante*, imprimindo caráter àquela economia, moldando a sua estrutura ordenadora, definindo-a como *ordem econômica*.”

As classificações dos sistemas econômicos feitas pelos estudiosos não corresponde, portanto, a uma tipologia fechada que

não admite a existência de características que pareçam não lhe fazer parte. A economia, atualmente, é por demais complexa para contemplar características estanques e uniformes no que diz respeito, por exemplo, a processos de produção, participação de agentes públicos ou privados na realização da atividade econômica, entre outros.

Os Sistemas hoje estudados praticamente se resumem, **no capitalista (propriedade privada dos meios de produção e do resultado da produção, livre-iniciativa e concorrência dos agentes econômicos) e a sua negação (sistemas socialistas)**, mas numa rápida verificação histórica podemos constatar que por outros modos e por outras características os sistemas econômicos foram classificados ou nominados de acordo diversos pressupostos, para tanto, basta lembrar-se do sistema mercantilista, por exemplo.

1.3.1.1. Sistema capitalista

O modo de produção capitalista possui como características basilares a garantia ao direito de propriedade (propriedade privada) e a liberdade de iniciativa e de competição. **De forma geral, o capitalismo é o sistema cujo mote é a "liberdade" dos agentes na tomada de decisões econômicas. O regulador natural da medida dessa liberdade é o mercado, daí a denominação sinônima: sistema de livre mercado.** O agente econômico suportará, nesse sistema, os reflexos lucrativos ou não da atividade que desenvolver, garantindo o Estado o direito de propriedade sobre os bens de produção e o resultado da produção. Segundo André Ramos Tavares (2003, p. 36):

"É possível concluir, sinteticamente, que o modelo capitalista pressupõe a liberdade ou o liberalismo econômico e a propriedade dos bens de produção. O regime jurídico, portanto, deverá assegurar esses dois pressupostos com que trabalha o sistema capitalista de economia, sendo certo que esse núcleo normativo comporá (ao lado de outros elementos) o Direito Econômico."

No sistema capitalista, a escolha compete ao agente econômico, o qual determinará o que produzir, como produzir e para quem produzir. Mesmo assim, essa escolha não será totalmente livre, pois o mercado influenciará na hora da decisão econômica. Da mesma forma, não existe liberdade plena nesses regimes, já que a intervenção do Estado na economia ocorre das mais variadas formas.

1.3.1.2. Sistema socialista

Neste sistema, as características básicas contrastam frontalmente com as do capitalismo, uma vez que o direito de propriedade privada é substituído pela propriedade coletiva dos meios de produção. A natureza contestatória dos infortúnios do sistema capitalista é clara no sistema socialista, sendo praticamente a sua negação, entretanto, sem promover os cânones da sua forma de produção econômica, que passa a ser obrigação do Estado e o seu resultado dividido entre todos. O sistema socialista reúne, dessa maneira, aspectos gerais da forma de produção, o que será determinado de modo específico de acordo com o modelo econômico adotado que poderá variar em algumas características. Como observa André Ramos Tavares (2003, p. 39-40):

“Foi, contudo, com Karl Marx e Friedrich Engels que se construiu uma proposta mais acabada de socialismo. Para Marx, o proletariado aparecia como a única classe social capaz de destruir de uma vez por todas a exploração do homem pelo homem, ao destruir o capitalismo, chegando ao poder pelo caminho da revolução. No poder, os trabalhadores se encarregariam de eliminar as diferenças sociais, o que assinalaria a passagem do socialismo ao comunismo, incluindo o fim do Estado.”

1.4. MODELO ECONÔMICO

Os sistemas econômicos estudados nos tópicos anteriores são formados devido à reunião de características comuns de alguns importantes modelos econômicos, ou seja, em cada um dos sistemas econômicos principais podem ser desenvolvidos modelos econômicos distintos. **Os sistemas e os modelos econômicos são, portanto, uma forma de pensar o desenvolvimento da atividade econômica, uma vez que promovem a reflexão sobre as possíveis consequências de determinada organização para a produção.** Em razão da utilização frequente e das características bem torneadas de um modelo econômico, ele poderá vir a ser tratado como um sistema econômico. Na verdade, os sistemas econômicos nada mais são do que modelos de desenvolvimento da atividade econômica, todavia, o modelo econômico pode variar dentro de um mesmo sistema, o que torna verdadeira a conclusão de que um mesmo sistema pode compreender modelos econômicos diferentes. Os modelos estão contidos nos sistemas, que de alguma forma um dia foram classificados como modelos, e devido a sua importância e coesão acabaram constituindo um sistema que passa a admitir o desenvolvimento de outros modelos em seu interior.

Como já abordado, a análise econômica constitui atividade de grande complexidade em razão de fatos que podem influenciar a conclusão do analista. Dessa forma, a criação de modelos econômicos tornou-se um instrumento facilitador da análise econômica, pois reproduz uma realidade qualquer para investigar os possíveis efeitos decorrentes de uma decisão econômica. Nas palavras de Fábio Nusdeo, os modelos econômicos (1977, p. 526):

“nada mais vêm a ser do que o estabelecimento de relações entre variáveis relevantes para a explicação de um dado fenômeno, simplificando drasticamente o que sucede na vida real.”

É comum que se leia em jornais, matérias que investigam as mazelas do modelo tributário brasileiro ou do modelo

previdenciário, entre outros. Na verdade, muitas vezes o articulista faz uma análise das eficiências ou ineficiências provenientes de possíveis acertos ou de erros do modelo implementado, ou até mesmo sugere um novo modelo. A importância de se conhecer os modelos econômicos é que os possíveis candidatos a agentes econômicos de produção poderão avaliar o seu possível desempenho. Em outras palavras, quando o empresário sabe que uma das características do modelo do mercado no qual pretende ingressar é a competição, que o seu sucesso estará ligado à inovação e à diminuição dos custos de produção, sem os quais provavelmente não terá condições de suportar a concorrência dos outros ofertantes, terá melhores condições de acertar. De forma didática, explica Fábio Nusdeo (1999, p. 87):

“uma imagem bastante apropriada para a teoria econômica é aquela segundo a qual pode ser vista como uma espécie de caixa de ferramentas, sendo as ferramentas os vários modelos construídos para explicar a realidade do mundo econômico e a caixa, um arcabouço teórico geral que os contém.”

Antes de estudar alguns dos modelos econômicos, compensa refletir sobre síntese de Joseph Stiglitz e Carl E. Walsh (2003b, p. 58):

“Todo modelo econômico, incluindo o que representa a determinação do preço e da quantidade de equilíbrio de mercado por meio da oferta e da demanda, é constituído por três tipos de relações: identidades, relações comportamentais e relações de equilíbrio. Reconhecer esses elementos contribui para entender não apenas como os economistas pensam, mas também onde está a origem dos seus desacordos.”

1.4.1. Modelo liberal

Quando o principal controlador da atividade econômica é o próprio mercado, o grau de liberdade dos agentes econômicos é maior. A atividade econômica realizada sob esse modelo recebe a denominação de economia de mercado ou de

sistema capitalista de produção, como complementa Alain Touraine (1999, p. 22):

“O capitalismo é a economia de mercado quando esta rejeita todo e qualquer controlo externo e, pelo contrário, procura agir sobre toda a sociedade em função dos seus interesses próprios. O capitalismo é a sociedade dominada pela sua economia. Donde o perigo que a destruição actual do antigo modo de gestão da economia encobre: ela é ao mesmo tempo indispensável e perigosa, pois o desafio é passar de um tipo de controlo social da economia para outro e não perder-se na ilusão de uma economia libertada de todo e qualquer controlo social, ilusão que leva ao crescimento das desigualdades e de todas as formas de marginalização e exclusão.”

Pelo exposto, o modelo liberal desencadeou a constituição do sistema capitalista; mesmo assim, é bom ressaltar que com ele não se confunde, pois o grau de liberdade na economia pode variar o modelo de capitalismo. Dessa forma, o grau de liberdade na produção econômica funciona apenas como um marcador para a análise de alguns modelos econômicos.

A expressão liberalismo pode ser utilizada para significar o Estado Liberal, o Sistema Econômico e qualquer modelo de análise econômica. No caso, estamos a analisar o modelo de mercado liberal, que foi caracterizado teoricamente em 1776 a partir da obra de Adam Smith. O liberalismo se fixa na decisão política, econômica, cultural que deve ser franqueada ao povo, ao cidadão, sobretudo. Dessa maneira, o liberalismo é o oposto do autoritarismo e do absolutismo.

Os modelos que privilegiam um maior grau de liberdade nas escolhas econômicas são classificados como modelos liberais e podem assumir particularidades distintas de acordo com outros marcadores econômicos e sociais.

1.4.2. Modelo de comando

A característica primordial do modelo de comando consiste na função de comando franqueada a uma autoridade que tomará as decisões de produção e consumo. Como informam Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 2):

“A alternativa para uma economia de mercado é uma economia de comando, em que existe uma autoridade central tomando decisões sobre produção e consumo. Experimentaram-se economias de comando notadamente na União Soviética entre 1917 e 1991.”

O modelo de comando é o utilizado no desenvolvimento de regimes de governo autoritários, como acontece, por exemplo, em Cuba. A atividade econômica não obedece a sua lógica natural, a posição do comandante não é de interferência para a produção de alguns efeitos previstos em sua política econômica, mas a política econômica em si tem por característica o comando, a ordem fixada pela conveniência do próprio ditador.

Nos modelos de comando, a estrutura de poderes do Estado é organizada de forma a garantir *superpoderes* ao *comandante* que determinará a forma de desenvolvimento da atividade econômica.

1.4.3. Modelo planificado

A prévia planificação da forma a se desenvolver a atividade econômica não se confunde com a liberdade de iniciativa ou de concorrência nem com a situação de comando das decisões econômicas. **A planificação aparece tanto nos sistemas capitalistas quanto socialistas**, embora os sistemas socialistas tenham sido reconhecidos inicialmente como planejadores da economia.

A ordem econômica prevista nas Constituições de alguns países de certa maneira já adianta a característica e a necessidade de planificação para a criação dos modelos econômicos. A criação de um plano geral ou específico de desenvolvimento de toda a

economia ou apenas de um setor determinado faz parte do cotidiano das administrações.

Os modelos econômicos na atualidade conjugam um grau maior ou menor de liberdade, comando ou planificação, constituindo, como já ressaltado, os variados modelos econômicos de análise. Deve-se considerar, ainda, que **outros aspectos, como desenvolvimento cultural, produção tecnológica, centralização ou descentralização das decisões econômicas no Estado, também podem assumir papéis determinantes na configuração de um modelo econômico.**

1.5. ATIVIDADE ECONÔMICA E ATIVIDADE EMPRESÁRIA

O desenvolvimento da atividade econômica, em regra, é realizado por um empresário ou por uma sociedade empresária. O agente empresário, portanto, é sempre um explorador de atividade econômica. Entretanto, o oposto não é verdadeiro, pois vários agentes econômicos não são empresários, como, por exemplo: as sociedades de profissionais liberais sem o elemento de empresa (médicos, advogados, dentistas etc.) ou as cooperativas de trabalho, entre outros. A expressão *empresa* com a significação de atividade não se confunde com a atividade econômica, pois esta é mais ampla que aquela.

O Estado também atua como agente econômico com importante papel na realização da atividade econômica, podendo participar diretamente da produção de determinados bens e serviços. Como adverte Affonso Insuela Pereira (1974, p. 116):

“A empresa é, por excelência, o sujeito do Direito Econômico; porém, deixe-se patentear que não é o único, pois outros sujeitos também atuam, especialmente estatais. E o Direito Econômico, por sua própria natureza, não pode deixar de contemplar como sujeito de direito organismos atuantes na vida econômica, em especial aqueles pertencentes ao Estado que, aproveitando a força incontestável de sua soberania e se intitulando ‘empresário’, desloca a iniciativa privada, por vezes criando produção gravosa, desenvolvendo setores onde a iniciativa particular se tornara omissa ou lacunosa, tudo se consubstanciando em um capitalismo de Estado (o Estado como senhor dos meios de produção e como agente da economia) cada vez mais presente.”

Em conclusão, pode-se afirmar que a empresa corresponde a um agente econômico que desenvolve atividade econômica de maneira profissional (habitual) e de forma organizada e suportando diretamente os resultados de suas atividades, sejam eles lucrativos ou não, ao contrário de outros agentes econômicos que realizam atividade econômica, mas não empresarial. Mesmo assim, devido à importância da empresa no desenvolvimento da atividade

econômica, não é incorreto verificar a atividade empresarial como a atividade econômica em quase toda a sua plenitude. Como explica Rachel Sztajn (2004, p. 130):

“A atividade econômica empresarial é um fazer especial, porque implica produzir para mercados de forma continuada, não esporádica ou episódica. Dificuldade a ser enfrentada pelos operadores do direito que, sob o argumento de que se trata de estrutura econômica, forma retórica de analisar comportamentos das pessoas em busca de utilidades, de maximização de bem-estar, de perseguição de riquezas, furtam-se da análise material do fenômeno. Atividades negociais, ou não, devem ser enfrentadas porque rotineiras no cotidiano das pessoas. São suporte fático de muitas decisões sociais. Separá-las porque se persegue um fim econômico constitui critério de seleção para fins de enquadramento normativo, é decisão de política legislativa.”

1.6. NOÇÃO DE MERCADO

De forma bem simples e objetiva, o mercado consiste em um espaço no qual são realizadas as trocas de bens ou a comercialização de serviços. Com a especialização das trocas, os mercados passaram a ser classificados de acordo com alguns critérios, como, por exemplo: o mercado cuja troca envolve moeda compõe o mercado financeiro; o mercado cuja troca são bens de consumo compõe o mercado de consumo; quando a troca envolve a força de trabalho, fala-se em mercado de trabalho. O produto também serve como critério de classificação, daí os mercados de café, soja, tecnologia etc. A ampliação ou a diminuição do espaço de troca também pode funcionar como critério de classificação; é o caso do mercado local, continental, europeu, internacional etc.

A interferência do Estado no funcionamento dos mercados pode ser de maior ou menor intensidade, e hoje uma das preocupações econômicas mais importantes consiste justamente na graduação dessas intervenções e em que setores ou áreas a presença do Estado se faz necessária. As políticas econômicas são praticamente políticas de mercado, a intervenção econômica também se dá no mercado. Enfim, **a realidade econômica se desenvolve no âmbito dos mercados, que hoje funcionam como o principal objeto da análise econômica**, pois apresentam de forma pragmática os resultados dessas análises, daí a utilização frequente da expressão *homem de mercado*, quando se referem a alguém que está inserido diretamente na realização da atividade econômica em algum mercado específico, ao contrário do analista de mercado, cuja função é trabalhar com os fatores tecnicamente.

O mercado funciona como um grande instrumento de socialização, cuja força motriz está na satisfação das necessidades individuais e coletivas. É impossível a vida sem a participação no mercado e é nele em que são apontados os resultados da atividade econômica eficiente. A organização do mercado é medida de ordem econômica, pois fenômenos como a internacionalização e a concentração poderão refletir nas condições de eficiência. A

concepção de que o mercado é formado por sujeitos privados é irreal, pois o Estado também participa. Assim, uma das maneiras de intervenção do Estado ocorre mediante a sua participação direta ou indireta, conforme teremos oportunidade de melhor analisar em tópicos posteriores.

1.6.1. Mercado de consumo

O mercado de produtos se enquadra na definição mais comum e aberta de mercado, pois envolve a negociação de tudo o que é produzido pelos agentes econômicos, incluindo todas as mercadorias e serviços que não são comercializados em mercados específicos, como é o caso dos valores mobiliários.

A organização do mercado de consumo é a que se faz mais eficiente na realização das atividades mais básicas e importantes e que abarcam a maior parte da população. Qualquer desequilíbrio nesse mercado ocasionará efeitos sociais de monta. Da mesma maneira, as particularidades de cada uma das mercadorias ou dos serviços negociados exigem uma maior profundidade de estudo para que se possibilite a eficiente intervenção.

Como veremos mais à frente, um dos princípios específicos da ordem econômica é justamente a proteção do consumidor, o que se faz mediante a criação de algumas leis que não apenas o próprio Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo: a lei dos planos de saúde, de proteção contra o abuso do poder econômico, o estatuto do torcedor, entre outras.

1.6.2. Mercado de trabalho

No mercado de trabalho, a troca envolve a mão de obra fornecida pelas pessoas dispostas e competentes para tal atividade e os agentes econômicos, que por intermédio de salários e outras formas de remuneração retribuem o fornecedor de mão de obra.

As relações de trabalho podem envolver uma preocupação diretamente econômica, pois o nível de desemprego, a qualificação

dos empregados, entre outros, são informações que demandam diretamente as decisões de ordem econômica, sendo que o próprio Direito Econômico já delimita alguns objetivos, como o pleno emprego etc. Entretanto, em razão da unidade e da autonomia da intervenção jurídica do Estado na relação de prestação de serviços, seja ela de emprego ou não, a regulação destes contratos não são objeto do direito econômico. Mesmo assim, o Estado possui obrigações econômicas no mercado de trabalho, como a garantia do pleno emprego, a dignidade do trabalhador etc.

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Econômico tem como objetivo garantir o equilíbrio e as condições dignas do mercado de trabalho, mas não é seu objeto regular diretamente os contratos de prestação de serviços, que são tratados pelo Direito Civil, pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Administrativo, conforme o caso.

1.6.3. Mercado financeiro

O mercado financeiro em sentido amplo compreende as operações de fornecimento ou de captação de recursos financeiros pelos agentes econômicos. Dependendo da forma de intermediação realizada na transferência dos recursos, o mercado financeiro em sentido amplo pode ser chamado de: a) mercado financeiro em sentido estrito ou b) mercado de capitais. De forma bem simples, o mercado financeiro é o local que compreende uma série de trocas de ativos financeiros (negociação) e por consequência forma o preço de tais ativos.

O mercado financeiro em sentido estrito considera a especialização das trocas de ordem financeira. Diante de alguns critérios, é possível especializar o mercado financeiro, por exemplo: o tipo de moeda negociada (nacional e externo), o grau de intervenção do Estado (livres e regulados), o grau de formalização das negociações (organizados e não organizados), o objeto financeiro específico (crédito, capitais, cambial etc.).

Em razão da sua crescente importância, um dos mercados financeiros em sentido estrito é o chamado mercado de capitais,

que envolve um espaço de negociação de valores mobiliários, principalmente ações, e que funciona como um eficiente fornecedor de recursos financeiros para as sociedades anônimas.

No Brasil, a regulação do mercado de capitais ou do mercado de valores mobiliários é feita legalmente pelas Leis 4.728/1965 e 6.385/1976, que estipulam em seu art. 1.º que serão disciplinadas e fiscalizadas as seguintes atividades:

- a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado;
- a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários e de derivativos;
- a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores e das Bolsas de Mercadorias e Futuros;
- a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários;
- a auditoria das companhias abertas;
- os serviços de consultor e analista financeiros.

1.6.4. Mercado e Direito

A previsão de uma ordem econômica faz necessariamente o Direito e a Economia se relacionarem. Tal relação não é fácil, pois as normas jurídicas, que envolvem alguns valores diferentes dos buscados pela eficiência econômica, chocam-se constantemente. O Direito é utilizado para permitir ao Estado organizar os processos de mercado, o que é chamado de função reguladora, e para que possa nele intervir, dependerá de normas que lhe garantam tal faculdade. Os mercados funcionam, atualmente, sob a égide de normas jurídicas, e a garantia de direitos essenciais dependem, sobremaneira, da criação de regramentos aplicáveis aos agentes econômicos.

1.7. TEORIA JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A prática de atos econômicos (produção, consumo e troca de bens) é realizada independentemente do cumprimento de quaisquer leis que venham a discipliná-la. Entretanto, a total liberdade de realização da atividade econômica desencadeou uma série de problemas, como, por exemplo: a concentração de mercado, o impedimento da entrada de novos ofertantes de mercadorias e serviços, as práticas de deslealdade competitiva, os abusos contra o consumidor hipossuficiente etc. A ampla liberdade de exploração da atividade econômica motivou apenas as preocupações individuais e deixou de lado a satisfação social. Assim, os ordenamentos jurídicos mereceram modificações com a promulgação de normas cuja finalidade é disciplinar a atividade econômica, subordinando a vontade individual dos agentes econômicos ao interesse coletivo.

Como de fato ocorreu, conforme descreve Geraldo de Camargo Vidigal (1977, p. 14):

“a experiência do liberalismo, no entanto, evidenciou rapidamente os males de relegar a um plano secundário e acessório os dados da vocação social do ser humano. Três vícios intoleráveis, nascidos do funcionamento do sistema liberal, dramaticamente se caracterizaram: 1.º) o livre jogo dos mercados tendia a acentuar, tornando-a intolerável, a injustiça na repartição social da riqueza; 2.º) em nome da liberdade de competição, favoreciam-se situações que tendiam indiscriminada concentração empresarial, como sacrifício dos valores da competição e com estímulo à injusta e desenvolta atuação dos monopólios; 3.º) o funcionamento das instituições liberais gerou processos cumulativos de que resultaram, recorrentemente, a intervalos de aproximadamente dez anos, crises socialmente empobrecedoras, caracterizadas por situações de estocagem e desemprego.”

A liberdade de atuação nos mais variados mercados agora é disciplinada por regras jurídicas cujo objetivo é ordenar o mercado e a conduta dos agentes econômicos, que de alguma forma

interferem em seu processo, seja produzindo, vendendo, consumindo etc.

Em termos bem gerais, o **Direito Econômico tem por função a disciplina jurídica geral da atividade econômica, sem regular os aspectos específicos da produção econômica**, como por exemplo: os contratos de trabalho, os direitos do consumidor, pois estes são regulados por disciplinas já declaradas autônomas no sistema jurídico. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor, as leis de proteção ambiental, a lei de propriedade industrial são todas elas de Direito Econômico em sentido amplo, pois regulam, de alguma forma, a atividade econômica. A disciplina jurídica ou o regime da atividade econômica representa o conjunto de normas que impõe obrigações aos exploradores de atividade econômica.

O que se deve concluir, portanto, é que a economia não pode mais funcionar sem a intervenção do Estado no regramento do mercado; esta regulação pode ocorrer em maior ou em menor intensidade, mas deve acontecer, sob pena de direitos já definidos como fundamentais deixarem de ser garantidos, e o maior deles é a dignidade da pessoa humana.

1.8. QUESTÕES

1. (13.º e 19.º Concursos para Procurador da República) O princípio básico do liberalismo econômico assenta-se:

- (A) na função social da propriedade.
- (B) no tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
- (C) na redução das desigualdades regionais e sociais e na busca do pleno emprego.
- (D) na liberdade de iniciativa e na economia de mercado.

2. (20.º Concurso para Procurador da República) Segundo a ordem econômica inserida na atual Constituição, pode-se afirmar que o Estado:

- (A) passou ao mesmo tempo a regulamentar e a atuar no domínio econômico.
- (B) é um garantidor da ordem liberal.
- (C) é primordialmente intervencionista.
- (D) não é mais o potencial sustentáculo de atividades deficientes.

3. (22.º Concurso para Procurador da República) A atuação estatal, no campo da atividade econômica em sentido estrito, quando instrumenta controle de preços classifica-se como intervenção por:

- (A) direção.
- (B) absorção ou participação.
- (C) indução.
- (D) inexatas as proposições acima porquanto a Constituição Federal consagra economia de mercado de natureza capitalista, de livre-iniciativa.

4. (24.º Concurso para Procurador da República) Do sistema ou modelo econômico adotado pela Constituição Federal, ressaí um Estado:

- (A) intervencionista.
- (B) em que predomina a economia de mercado pura, realçada pela liberdade de iniciativa.
- (C) que atua em regime monopolista, com direito de propriedade ilimitado.

(D) no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, dos fatores de produção, na ampla liberdade de iniciativa e de concorrência.

**5. (TRF 5.^a Região/Concurso X/2009 – Juiz Federal Substituto)
Acerca do direito econômico, assinale a opção correta.**

(A) Sistema econômico é a forma pelo meio da qual o Estado estrutura sua política e organiza suas relações sociais de produção, isto é, a forma adotada pelo Estado no que se refere à distribuição do produto do trabalho e à propriedade dos fatores de produção. Atualmente, existem apenas dois sistemas econômicos bem distintos e delineados no mundo: o capitalismo e o socialismo.

(B) A ordem econômica, consoante o tratamento dado pelo legislador constituinte de 1988, admite duas vertentes conceituais. Para uma delas, a vertente ampla, a ordem econômica constitui uma parcela da ordem de direito, inerente ao mundo do dever-ser, ou seja, é o tratamento jurídico dispensado para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos no mercado.

(C) O modelo do Estado intervencionista econômico é fortemente influenciado pelas doutrinas de John Maynard Keynes, que sustentou que os níveis de emprego e de desenvolvimento socioeconômico devem-se muito mais às políticas públicas implementadas pelo governo e a certos fatores gerais macroeconômicos, e não meramente ao somatório dos comportamentos microeconômicos individuais dos empresários.

(D) O Estado intervencionista socialista atual com o fito de garantir o exercício racional das liberdades individuais, e na sua política intervencionista não visa ferir os postulados liberais, mas, apenas, coibir o exercício abusivo e pernicioso do liberalismo.

(E) No que tange à atuação do Estado no domínio econômico, a intervenção regulatória ocorre quando o Estado, nos casos expressos e devidamente autorizados no ordenamento jurídico, atua, em regime de igualdade com o particular, na exploração de atividade econômica.

**6. (TRF 5.^a Região/Concurso XI/2011 – Juiz Federal Substituto)
No que se refere a liberalismo e intervencionismo, assinale a opção correta.**

(A) A atuação do Estado, seja por meio do condicionamento da atividade econômica, seja por meio da exploração direta de determinada atividade econômica, anula, por inteiro, a forma econômica capitalista prevista na CF.

(B) O intervencionismo valoriza o indivíduo como agente econômico e ente responsável pela condução das regras de mercado.

(C) Com o liberalismo, buscou-se atingir a justiça social por meio da imposição de regras estatais na condução da atividade econômica, sem se considerar o lucro.

(D) O objetivo do liberalismo foi o de livrar o indivíduo da usurpação e dos abusos do poder estatal na condução da atividade econômica.

(E) O intervencionismo visava proteger o Estado dos abusos advindos do liberalismo, como foi o caso da concorrência desleal entre os indivíduos e o Estado.

7. (TRF 3.^a Região/Concurso XI – Juiz Federal Substituto) O exercício de qualquer atividade econômica:

(A) é livre, mas depende de autorização de órgãos públicos.

(B) é livre, sem dependência de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

(C) é livre, não dependendo de autorização de órgãos públicos.

(D) sempre dependerá da fiscalização e permissão dos órgãos públicos.

8. (TRF 3.^a Região/Concurso XI – Juiz Federal Substituto) O planejamento econômico pelo Estado:

(A) é determinante para o setor público.

(B) é determinante para o setor privado.

(C) nunca é determinante.

(D) é determinante para o setor público e privado.

9. (TRF 1.^a Região/Concurso XIII/2009 – Juiz Federal Substituto) A respeito dos sistemas econômicos e da intervenção do Estado no domínio econômico, assinale a opção correta.

(A) O estado de bem-estar social é aquele que provê diversos direitos sociais aos cidadãos, de modo a mitigar os efeitos naturalmente excludentes da economia capitalista.

(B) O capitalismo assenta-se no individualismo do liberalismo econômico, tendo como característica o direito de propriedade limitado e mitigado pela vontade estatal.

(C) A intervenção reguladora é aquela em que o Estado, no exercício de suas atividades de polícia administrativa, visa reprimir e punir abusos econômicos.

(D) Quando o Estado atua na economia por meio de instrumentos normativos de pressão, essa forma de agir denomina-se absorção.

(E) O Estado intervém na economia pela forma de indução quando atua paralelamente aos particulares, empreendendo atividades econômicas.

10. (TRF 5.^a Região/Concurso XI/2011 – Juiz Federal Substituto) No que se refere à ordem econômica, assinale a opção correta.

(A) O modelo político adotado pelo Estado brasileiro, conforme previsto na CF, é imposto pela ordem econômica vigente no mercado.

(B) As normas econômicas dispostas na CF são de natureza essencialmente estatutária, e não diretiva.

(C) Regime político e ordem econômica equivalem-se do ponto de vista conceitual.

(D) Na CF, a ordem jurídico-econômica estabelece limites ao exercício da atividade econômica e define, de maneira exclusiva, a estrutura do sistema econômico a ser adotado pelo Estado brasileiro.

(E) A mudança dos paradigmas liberais na atividade econômica, com a inclusão da obrigatória observância de princípios como o da dignidade da pessoa humana, deveu-se à atuação do próprio Estado, que passou a intervir no mercado em busca do bem coletivo.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*



ORDEM ECONÔMICA: PRINCÍPIOS

Sumário: 2.1. Noção de ordem jurídica – 2.2. Ordem econômica – 2.3. Constituição econômica – 2.4. Teoria do mercado e teoria da Constituição – 2.5. Ordem econômica nas Constituições Federais brasileiras: 2.5.1. Constituição de 1824; 2.5.2. Constituição de 1891; 2.5.3. Constituição de 1934; 2.5.4. Constituição de 1937; 2.5.5. Constituição de 1946; 2.5.6. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 1, de 1969 – 2.6. Ordem econômica na Constituição Federal de 1988: 2.6.1. Fundamentos e objetivos da Ordem Econômica; 2.6.2. Princípios gerais da Ordem Econômica – 2.7. Regime jurídico do capital estrangeiro – 2.8. Questões.

2.1. NOÇÃO DE ORDEM JURÍDICA

O significado preciso de *ordem* demanda uma preocupação determinantemente técnica, pois o vocábulo alcança variados sentidos. O primeiro deles e mais comum induz a **organização** de algo. Assim, a atividade jurídica é determinada por uma necessária **organização**, o que parece óbvio, pois o Direito tem por finalidade organizar da melhor forma a convivência social. O segundo significado decorre do primeiro e implica os **instrumentos** de se dispõe para que se *ordene* algo. Dessa maneira, a atividade social organizada pelo Direito depende de instrumentos de estímulo e sustentação da *ordem*. Por fim, a noção técnica de *ordem* induz a determinação de certos resultados advindos da organização jurídica. Portanto, **a ordem jurídica consiste na criação metódica de princípios e normas de natureza geral que regulam a vida em sociedade**, sempre tendo como parâmetros alguns efeitos ou resultados a serem alcançados.

2.2. ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade. Para tal finalidade, **a ordem contempla alguns princípios que a informam e que deverão circunscrever os limites da legislação a ser criada.** A interpretação de qualquer norma que compõe a ordem econômica induzirá a um dos vários princípios nela previstos. Da mesma maneira, a ordem econômica existe devido a seus fins, que nela deverão constar expressamente.

A ordem econômica, na verdade, corresponde também à coerência do regime de regras criadas para regular determinados aspectos da atividade econômica. De forma completa e direta, Modesto Carvalhosa (1972, p. 51) esclarece que:

“No conceito de Ordem Econômica constitucional destaca-se o modo de ser jurídico do sujeito econômico, ou seja, a sua função: Função social e política (justiça social e desenvolvimento nacional) – atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público.”

Nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 141):

“A Ordem Econômica, portanto, não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la. Indica-os, e a sua efetivação depende de sua adoção, mas não oferece a ‘força impositiva’ que só a norma jurídica possui. Bem verdade é que conta com a força de realização do próprio ‘fato’. Este se impõe por ser a própria realidade, e pelo que no direito se reconhece como a ‘força jurígena’ ou ‘legiferante’ do fato, sempre tomada como fonte inegável do direito. Mesmo neste caso, porém, verificamos que os princípios econômicos dependem da norma jurídica ou a inspiram, para que se concretizem.”

A atividade econômica organizada, com estrutura, princípios e finalidade própria, expressa nas normas jurídicas a noção mais simples e completa de ordem econômica. Dessa forma, a ordem econômica formalmente prevista funciona como um documento de

grande importância para todos os que estiverem sob os seus efeitos, que poderão conhecer os interesses e as formas de organização do Estado diante da atividade econômica. **A ordem econômica serve ao Estado e a todo o seu povo, mas aquele é o responsável pela sua instituição e aplicação.**

Como conclui Modesto Carvalhosa (1972, p. 5):

“O Estado assume a direção geral da ordem econômica instrumentalizada. Subtrai dos entes privados a plena disponibilidade de seus recursos, bens e vontades no campo econômico, regulando as suas atividades, a fim de que não possam ser exercitadas em desconformidade com o bem geral, de cujos interesses supremos se faz árbitro e tutor.”

De uma forma geral e prática, **os agentes econômicos têm como baliza os fundamentos, princípios e resultados previstos na ordem econômica, que garantem uma situação de estabilidade e possibilita ao empreendedor conhecer previamente o sistema econômico sugerido.** Em outras palavras, ele conhecerá as limitações que o próprio Estado impõe a ele e aos outros agentes econômicos em suas atuações no mercado.

2.3. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A Constituição Federal como Lei fundamental de um país deve consagrar as regras para a sistematização da atividade econômica e, para tanto, deve determinar por intermédio de seus dispositivos quais serão os instrumentos disponíveis ao Estado para a regulação e intervenção no domínio econômico, prevendo, inclusive, os limites dessa intervenção. De forma simples e direta, João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 50) explica:

“A Constituição econômica se corporifica precisamente no modo pelo qual o Direito pretende relacionar-se com a Economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico.”

A ordem econômica possui como principal documento a Constituição Federal, de forma que o seu conteúdo econômico é que compõe a Constituição Econômica. Num olhar superficial, parece que ordem econômica é a mesma coisa que Constituição Econômica, **mas ambas não se confundem, pois a ordem econômica compreende outras leis que não apenas a Constituição Federal**. Adverte-se, todavia, que as normas constitucionais é que determinarão os limites para a criação de todas as normas produzidas pela legislação infraconstitucional, o que ressalta a importância da Constituição Econômica como base para todo o sistema jurídico econômico.

A previsão constitucional de um conjunto de princípios que tem por finalidade ordenar ou sistematizar a realização da atividade econômica em um país indica para alguns a existência de uma Constituição Econômica. O que não deixa de ser verdadeiro. Entretanto, **não se deve considerar a Constituição Econômica como um documento dentro de outro, pois a Constituição Federal não corresponde a um ajuntado de temas esparsos regulados em um mesmo documento**. A Constituição Federal mantém a sua maior força e operacionalidade em sua unidade. Em outras palavras, a unidade da Constituição deve ser de tal monta, que pela leitura dos direitos e garantias individuais já se deve

antecipar o tratamento dado à ordem econômica, financeira, cultural, educacional. Por isso, os direitos do consumidor, da propriedade privada, entre outros, além de serem protegidos como garantias fundamentais, figuram como princípios da ordem econômica, nem se fale dos direitos sociais. Enfim, a presença de uma ordem econômica nada mais expressa do que a própria alma de toda a Constituição. **A base do direito econômico não está apenas na ordem econômica da Constituição Federal, mas em toda ela.** Tal argumento é que não faz concluir que os princípios da ordem econômica estão presentes nas Constituições há bastante tempo. Como observa Gilberto Bercovici (2005, p. 32):

“Durante o liberalismo, a visão predominante era da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídica e política, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.”

Portanto, não há como não se concluir pela necessidade de normas expressas no texto constitucional para delinear, principalmente, os objetivos, princípios e limites da exploração econômica.

2.4. TEORIA DO MERCADO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Um dos delineamentos importantes para o estudo do direito econômico diz respeito ao reconhecimento de teorias distintas para explicar os mercados e para determinar a ordem econômica nas Constituições. A perspectiva do mercado, ou melhor, o seu funcionamento natural, por intermédio das condutas dos agentes econômicos que nele atuam devem funcionar de acordo com os propósitos constitucionais, mas tanto a ordem econômica quanto a legislação infraconstitucional não devem possuir divergências em suas perspectivas.

Em resumo, a conciliação resulta da preocupação do legislador constitucional em considerar as regras naturais de mercado, enquanto os agentes econômicos devem considerar os parâmetros determinados constitucionalmente para o desenvolvimento de atividade econômica. A dissonância entre um e outro produzirá os conflitos normativos entre o legislado e o realizado pragmaticamente na economia. O já conhecido conflito do Direito com a Economia se dá exatamente quando o mercado e o ordenamento jurídico se ignoram.

2.5. ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

O desenvolvimento da sistematização da ordem econômica nas Constituições Federais, como não poderia deixar de ser, transparece as próprias mudanças políticas efetivadas. As Constituições brasileiras consideraram como fundamentos na formação da sua própria ordem econômica, acontecimentos estranhos à sua realidade, mas de alguma forma aplicáveis, pois nenhuma ordem econômica possui tantas características próprias a ponto de particularizá-las. Como comenta Fernando Herren Aguillar (2006, p. 71):

“As políticas econômicas veiculadas pelo direito são muito particularizadas em cada país. Países com diferenças estruturais muito grandes reclamam políticas econômicas igualmente distintas. A história do Direito Econômico brasileiro, contudo, nem sempre se distancia daquela que se desenvolve nos países centrais da economia capitalista. Temos tradição cultural de bem receber a influência desses países, com alguns anos de defasagem. Políticas adotadas em países desenvolvidos logo chegam ao Brasil, com algumas adaptações, mas com consequências muito diversas. Esse fenômeno de mimetismo pode ser explicado de várias formas. Há os fatores culturais, decorrentes do fato de que a origem do Brasil está associada ao processo de colonização europeia. Há os fatores sistêmicos, que dizem que fazemos parte de um mesmo modo de produção. E há o fato inegável da supremacia econômica dos países centrais, que são capazes de ditar linhas de ação e influenciar as mentalidades nos países mais pobres, no jogo permanente das relações internacionais.”

Em conclusão, o modelo jurídico-econômico a ser aplicado no Brasil geralmente não foi pensado levando-se em consideração as particularidades do país, como, por exemplo: a proteção ao tomador de crédito de baixa formação cultural, entre outros. A Ordem Econômica deve regular a atividade econômica considerando o estágio de desenvolvimento do país, justamente para dirigir os esforços do Estado e também dos particulares a satisfação das necessidades mais prementes da população.

2.5.1. Constituição de 1824

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 preconizava em seu bojo, como não poderia deixar de ser, posturas liberais. O que nos faz constatar que preponderava a vontade do imperador e dos grupos economicamente mais fortes. A existência de uma sistematização das regras econômicas ainda não era função do Direito. Deve-se lembrar, por exemplo, que a escravidão ainda estava latente. Como escreve Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 170):

“O poder econômico refletia-se no poder político com a exclusão do direito de votar, daqueles que não tivessem renda líquida anual mínima de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego (art. 91. V), nas eleições primárias. Nas eleições para deputados, senadores e membros dos Conselhos de Província, os que não tivessem renda líquida anual mínima de duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego (art. 94, I) e os libertos (art. 94, II).”

Uma outra característica desta Constituição é que a ordem econômica não é tratada também de forma individualizada, ou seja, os dispositivos constitucionais responsáveis pelo desenvolvimento da atividade econômica do Estado estão espalhados em alguns dos seus títulos. Como observa André Ramos Tavares (2003, p. 107):

“Embora cabendo originariamente à Constituição de 1934 a inclusão formal e explícita de um título dedicado à Ordem Econômica e Social, sabe-se que desde o projeto de Constituição resultante do ato de junho de 1822 encontra-se, na história constitucional brasileira, uma preocupação com os problemas da ordem econômica.”

A leitura dos dispositivos constitucionais não nos dá a impressão de uma preocupação específica com a regulação e organização da atividade econômica, os resvalos que nela encontramos são em virtude da economia estar no âmago de qualquer organização social, além do que o sistema na época era o liberal, cabendo ao Imperador a maioria das decisões econômicas importantes.

2.5.2. Constituição de 1891

A Constituição de 1891 manteve a ideologia liberal da Constituição de 1824, entretanto, agora em **regime Republicano Federativo**. Os direitos à liberdade, à segurança individual, ao exercício profissional e à propriedade em sua plenitude, inclusive a propriedade intelectual, eram garantidos, com exceção da desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Como observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 67-68):

“As ideias federalistas se manifestaram e se impuseram à consideração e discussão nacionais desde a Assembleia Constituinte de 1824, mantendo-se vivas durante todo o período imperial. Ao ecobdirem como regra jurídica, através do Decreto n. 1, de 15/11/1889, vieram consolidar mudança de modelo político, sob inspiração do modelo dos Estados Unidos da América. Mas esta alteração não teve qualquer influência no modelo econômico, que continuou inspirado no liberalismo econômico. Se o contexto político sinalizava a necessidade de mudanças no texto constitucional, o mesmo não ocorreu no plano socioeconômico, em que pese o acontecimento da libertação dos escravos.”

2.5.3. Constituição de 1934

Ao contrário das duas primeiras constituições nacionais, a de 1934 já demonstra ideologia desenvolvimentista. É de se ponderar que o contexto jurídico era outro, principalmente, em razão da legislação que passou a regular alguns aspectos da atividade econômica, **o que motivou a inclusão, pela primeira vez, do título: “Da Ordem Econômica e Social” (em seu Título IV, arts. 115 a 140)**. A preocupação com o padrão de vida nas várias regiões do Brasil (parágrafo único do art. 115) já demonstrava um interesse com as consequências da desorganização econômica decorrente da não participação do Estado, o que, por consequência, o legitimaria a monopolizar determinada indústria ou atividade econômica (art. 116). Outra importante disposição, esta com caráter programático, dispunha que “a lei promoverá o fomento da

economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalidade das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País” (*caput* do art. 117). Como bem observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 70):

“Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata que acabou por sufocar o próprio cidadão que dela era titular. A sustentação da liberdade como um apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que lhe prestava seu trabalho. Esta relação degenerou em exploração.”

A proteção aos direitos do empregado, como, por exemplo: a criação da Justiça do Trabalho, a instituição do salário mínimo, a previsão de férias, além de outros direitos, foi um dos pontos de grande relevância na Constituição de 1934. Uma outra novidade, como observa Gilberto Bercovici (2005, p. 17), **foi a estruturação do federalismo brasileiro**, que nos termos do art. 9.º passou a transparecer o denominado federalismo cooperativo.

2.5.4. Constituição de 1937

A Constituição de 1937 refletia o cenário internacional pelo qual passava o mundo naquele momento. Foi apelidada de **“polaca” (comparada à Constituição da Polônia de 1935)**, em razão das suas influências autoritárias, principalmente devido à sua forma de imposição e aos poderes autoritários concedidos ao Presidente. Além do mais, prestigiava o corporativismo, como faziam Itália e Portugal. Como bem resume João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 76-77):

“A Constituição de 1937 restringiu-se unicamente ao campo do *nominalismo*. Foi um nome sem qualquer vinculação com a realidade política do País. Fruto de um amálgama de *fascismo*, *corporativismo*, *nacionalismo* e de *aparente liberalismo*, o fato

é que os dois únicos artigos que nela tiveram eficácia foram o art. 180, onde está dito que 'enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União', e o art. 186 ("é declarado em todo o país o estado de emergência"). O País, nesse período, foi governado somente através de decretos-leis."

2.5.5. Constituição de 1946

O Brasil continuou seguindo as tendências do mundo europeu e recuperou sua personalidade democrática dando um cabo ao sistema ditatorial pregado na Carta anterior. Como bem observou Vicente Bagnoli (2005a, p. 44):

"Como o término da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do totalitarismo que governou a Europa, o mundo ocidental não aceitava mais regimes totalitários, exigindo a retomada da democracia. A implantação da democracia também era imperiosa no Brasil não havendo mais espaços para ditaduras."

A Constituição de 1946 começou a temperar o regime liberal com os novos ingredientes sociais produzidos nos processos de intervenção do Estado no domínio econômico – o que foi intitulado de um *novo liberalismo*, no qual a autonomia da vontade passa a ser limitada pela função social dos institutos de direito privado, em especial, nos contratos e na propriedade. Dos arts. 145 a 156 podemos perceber uma organização de temas mais específicos na regulação da atividade econômica, dos quais os mais importantes ressaltamos no texto transcrito abaixo, nos termos:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946

Art 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os **princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.**

Parágrafo único. A todos é assegurado **trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.**

Art 146. **A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade.** A intervenção terá por base o **interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.**

Art 147. **O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.** A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

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.

Art 149. **A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.**

Art 150. A lei criará estabelecimentos de crédito especializado de amparo à lavoura e à pecuária.

Art 151. **A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.**

Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Art 152. **As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade**

distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 153. O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1.º As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

§ 2.º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

§ 3.º Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.

§ 4.º A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.

Art 154. A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.

Art 155. A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo único. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros (art. 129, n.ºs I e II).

Art 156. A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de

aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 1.º Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares.

§ 2.º Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares.

§ 3.º Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Como resumiu João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 79):

“O alicerce daquela Constituição é todo ele neoliberal. Esta expressão vem significar que, aceitos os princípios básicos do liberalismo político e econômico, são eles amoldados pelas novas conquistas sociais e informados pela nova postura do Estado perante o fenômeno econômico.”

2.5.6. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 1, de 1969

A segurança nacional representou a bandeira da Constituição de 1967, a revolução militar de 1964 deu o primeiro passo para a formação ideológica segundo a qual a segurança é a raiz do desenvolvimento econômico, social e político. De forma coerente, Fernando Herren Aguillar (2006, p. 151) resumiu o cenário da época, nos termos:

“Enquanto Vargas subiu ao poder num contexto de desagregação social e crise econômica, que reclamavam a intervenção estatal para reagir a um liberalismo fora de

controle, o governo militar de 1964 se apresentou como defensor do capitalismo em face de supostas ameaças de socialização da economia brasileira. Dessa forma, por mais paradoxal que possa parecer, seria contraditório que o regime militar impusesse uma política intervencionista que não se destinasse a assegurar à iniciativa privada um espaço significativo no quadro econômico do país.”

Vejamos o texto integral da Ordem Econômica e Social na Constituição de 1967, apontando os principais dispositivos:

CONSTITUIÇÃO DE 1967 E EMENDA CONSTITUCIONAL 1, DE 1969

Art 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III – função social da propriedade;

IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V – desenvolvimento econômico;

VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§ 1.º Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de

terras públicas. **(Redação dada pelo Ato Institucional n.º 9, de 1969)**

§ 2.º **A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.**

§ 3.º A desapropriação de que trata o § 1.º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4.º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5.º O Presidente da República poderá delegar as atribuições para desapropriação de imóveis rurais, por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias. **(Substituído pelo Ato Institucional n.º 9, de 1969)**

§ 6.º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1.º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

§ 7.º **Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.**

§ 8.º **São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.**

§ 9.º Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

§ 10 A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

Art 158. (...)

Art 159. (...)

Art 160. **A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:**

I – obrigação de manter serviço adequado;

II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Art 161. **As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.**

§ 1.º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2.º É assegurada ao proprietário do solo a, participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3.º A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§ 4.º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art 162. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

Art 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1.º Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2.º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3.º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

Art 164. A lei federal disporá sobre, as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.

Parágrafo único. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal,

alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

Art 165. A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo único. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros natos.

Art 166. São vedadas a propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radio difusão:

I – a estrangeiros;

II – a sociedade por ações ao portador;

III – a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto os Partidos Políticos.

§ 1.º Somente a brasileiros natos caberá a responsabilidade, a orientação intelectual e administrativa das empresas referidas neste artigo.

§ 2.º **Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.**

2.6. ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição vigente também é resultado da ideologia de sua época, de forma a instituir o sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada, portanto, **o papel do mercado volta a representar importante controle da atividade econômica**. Como observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 84):

“O rompimento com o período político anterior propiciou a formação e uma *ideologia* marcada pela contraposição aos fundamentos informadores do constitucionalismo anterior, nos campos econômico e social. Pode-se afirmar que houve acentuada ênfase no *aspecto social*, – quer sob o aspecto de se dar uma configuração de alto relevo ao *cidadão*, – o que levou o deputado Ulisses Guimarães a apelidar o novo texto de *Constituição Cidadã* –, quer sob o prisma do novo *papel* a ser desempenhado pelo Estado.”

A ordem social (Título VIII da CF) não é mais tratada em conjunto com a ordem econômica que agora é disposta junto com a ordem financeira (Título VII da CF) e compreende quatro capítulos:

I – Dos princípios gerais da atividade econômica;

II – Da política urbana;

III – Da política agrícola e fundiária e de reforma agrária;

IV – Do sistema financeiro nacional.

A Constituição de 1988 é qualificada como dirigente ou diretiva, **o que significa que se dispõe constitucionalmente de uma programação para a realização de objetivos**. O *caput* do art. 170 comprova tal condição quando dispõe: **“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 (...)”**.

Os fundamentos da ordem econômica – ou seja, a base de sustentação do sistema econômico – são: **a liberdade de empreender ou de explorar a atividade econômica (livre-iniciativa) e a valorização do trabalho humano**, que, de certa forma, é um limitador da livre-iniciativa, mas que com ela deve se relacionar para a construção do sistema econômico nacional. A existência digna é a principal finalidade da ordem econômica e existe, de acordo com o regulado pela Constituição, quando o objetivo da justiça social é alcançado.

2.6.1. Fundamentos e objetivos da Ordem Econômica

A liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho humano, a existência digna e a justiça social são denominados constitucionalmente como fundamentos (os dois primeiros) e finalidades ou objetivos (os dois últimos) da ordem econômica – o que indica uma possível diferença semântica em relação aos princípios da ordem econômica, que em nossa opinião não ocorre, **pois a natureza dos fundamentos e das finalidades é de caráter principiológico**. Nesse sentido, André Ramos Tavares pondera (2003, p. 135):

“Realmente o que caracteriza uma norma como principiológica é justamente a amplitude de seu conteúdo, a abstratividade de sua hipótese de incidência. Alguns dos princípios são, por definição, voltados ao estabelecimento de finalidades. São os denominados princípios programáticos, que estabelecem metas, programas a serem implementados pelo Poder Público. Dessa maneira, não interfere em sua natureza a verificação de terem sido denominados, constitucionalmente, como finalidades. As normas classificam-se em princípios ou regras, não havendo de cogitar, pois, de outro critério de classificação quanto à estrutura das normas.”

De forma objetiva, os fundamentos e objetivos previstos no *caput* do art. 170 da Constituição Federal têm natureza jurídica de princípios.

2.6.1.1. Valorização do trabalho humano

Como já visto, no *caput* do art. 170 da Constituição Federal encontram-se os fundamentos e os fins da ordem econômica (Princípios). A valorização do trabalho humano é o primeiro fundamento que representa, de forma preliminar, o próprio direito **ao trabalho. Dessa forma, o Estado cria para si uma obrigação imediata de criação de possibilidades de trabalho, pois é assim que o valoriza.** A criação de condições específicas de proteção ao trabalhador deve vir apenas após a garantia da empregabilidade, o que envolve a possibilidade de estudo, de desenvolvimento cultural etc. A valorização do trabalho humano extrapola, dessa maneira, o simples e ineficiente amparo ao empregado desqualificado que foi excluído pelo próprio Estado das possibilidades de trabalhar. Daí a expressão utilizada pelo legislador constitucional “fundamento”, ou seja, a base da atividade econômica.

A questão da valorização do trabalho humano deve se iniciar em momento anterior ao da efetiva prestação de serviço, pois não terá como sustentar o sistema econômico com um dos principais fatores da produção econômica, o trabalhador, **desprovido de valor produtivo.** Assim, o fundamento a que se refere o legislador constitucional deve ser constituído de acordo com o **signo da capacidade de produzir**; o que pode garantir a possibilidade de empregar é a qualidade da mão de obra.

Por fim, deve-se ressaltar que é impossível o desenvolvimento da atividade econômica sem a valorização do trabalho humano, que representa o ponto de toque da produção, ainda mais quando, na economia contemporânea, o que mais se valoriza é justamente a técnica de produção.

2.6.1.2. Livre-iniciativa

A livre-iniciativa garante a liberdade de empreender, o que não induz a possibilidade de empreender. A simples

garantia de liberdade de iniciativa não é suficiente para o estímulo à atividade produtiva. Outros fatores, como infraestrutura do sistema de transportes, do sistema tributário, do sistema registrário da atividade empresária, da política de concessão de crédito, entre outros, são os responsáveis para garantir o nível de empreendedorismo.

O mercado está aberto para quem quiser entrar e produzir o que bem entender, esta é a definição preliminar de livre-iniciativa; é claro que não existe tamanha liberdade de participação nos mercados existentes. Nesse sentido, é exato o conceito formulado por Modesto Carvalhosa (1972, p. 116), nos termos:

“Conceitua-se, portanto, a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital.”

A livre-iniciativa pode induzir o intérprete a uma noção falsa de total liberdade de exploração econômica, o que não é verdade, pois outros princípios a limitarão, como os da justiça social, dos direitos dos consumidores etc. Além do mais, deve-se contar com a atividade de regulação do Estado, **cuja função é controlar e equilibrar os agentes econômicos na exploração de determinadas atividades econômicas**, o que é feito por intermédio da limitação de algumas práticas e da imposição de outras. Dessa forma, o acesso ao mercado é livre, mas a permanência do agente econômico demandará o cumprimento de regras de controle de mercado, o que induz a uma necessária contraposição de valores expressos individualmente em cada um dos princípios constitucionais. Como explica Calixto Salomão Filho (2001, p. 30):

“Díspares quando sujeitos à lógica de mercado, esses princípios podem ser compatibilizados por uma coerente regulação.”

A significação mais prática da livre-iniciativa é dada por Eros Roberto Grau (1990, p. 224), nos termos:

“Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplado-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos equacionar o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;

a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;

b.2) proibição de forma de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;

b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.”

A atuação do Estado na organização, regulação e controle da atividade econômica não pode interferir na livre-iniciativa fora dos padrões estabelecidos na própria Constituição Federal. Tanto na participação direta do Estado na atividade econômica (desenvolve diretamente atividade econômica) quanto nas formas de intervenção indireta o Estado deve obedecer aos limites determinados pela Constituição Federal, ou, nas palavras de Modesto Carvalhosa (1972, p. 120):

“Assim, o Estado, seja quando intervém operacionalmente, seja quando, por força de sua programação econômica, exerce controle legislativo e administrativo sobre

o processo produtivo, deve sempre respeitar o direito à livre-iniciativa como fonte fundamental da atividade econômica. Em consequência, não pode eliminá-la, substituí-la ou limitá-la, fora das estritas e inquestionadas hipóteses previstas em lei.”

2.6.1.3. Existência digna

A existência digna é medida pela quantidade de oportunidades proporcionadas aos indivíduos, sendo tratada como um dos fundamentos do próprio Estado brasileiro (CF, art. 1.º). Não existe dignidade quando há privação de direitos em qualquer uma das fases da vida humana, ou seja, desde a concepção até a velhice. Nas palavras de André Ramos Tavares (2003, p. 139):

“Verifica-se, pois, que a liberdade caminha junto com a dignidade. Mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.”

É bom lembrar, todavia, que a configuração exata dos limites do digno ao indigno advém dos anseios e das práticas sociais que o Estado positivará sugestionando pela própria experiência da sociedade. Assim, em uma mesma sociedade, a proteção à dignidade encontra parâmetros distintos, pois cada julgador legitimado a analisar a ocorrência ou não da limitação da dignidade deverá considerar as situações particulares de afronta ao princípio.

2.6.1.4. Justiça social

O significado do termo “justiça” compreende o acesso, o equilíbrio e a igualdade de participação nas instituições sociais. **O justicado socialmente é o que possui os mesmos direitos e oportunidades de usufruir os bens para a satisfação de suas necessidades básicas.** A justiça social é que faz o *homem digno*. O acesso à educação, à saúde, à cultura etc. é que equilibra as

desproporções econômicas que muitas vezes são a consequência natural do mundo capitalista.

Como assinala Eros Roberto Grau (1990, p. 241):

"Justiça social, inicialmente, quer significar superação as injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar existência de qualquer política econômica capitalista."

A busca da justiça social deve considerar de antemão que o desenvolvimento econômico não indica necessariamente o desenvolvimento social. Dessa maneira, o Estado deve fomentar o desenvolvimento econômico cujos frutos são aproveitados socialmente de forma justa, ou seja, o resultado do sucesso econômico deve ser compartilhado pela sociedade de uma forma geral. Daí surge a noção de um caráter distributivo da economia. Como escreveu Pontes de Miranda (1972, p. 30-31) ao comentar a Constituição de 1967:

"Os princípios de justiça social, ou a Justiça Social, a que alude o art. 160, são os princípios de justiça distributiva. Pregou-a o Catolicismo. O Católico, que não é do centro, ou de esquerda moderada, no terreno econômico, desserve à sua religião, porque a faz sustentáculo das reações e a expõe a ser partícipe da luta de classes. 'Entre os graves e numerosos deveres dos governos que querem prover como convém ao bem público, o que domina todos os outros consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça dita distributiva' (Leão XIII, 1892). No Código Social de Malinês, publicado em 1927, há o seguinte trecho: 'A família tem direito, no seio da sociedade civil, à justiça distributiva. Os impostos, os encargos, as tarifas, as subvenções, as ajudas de vida cara, as pensões de invalidez devem ser estabelecidas não em função do indivíduo só, mas em função da família'. Onde não há justiça distributiva, ou há apodrecimento, ou há revolta." (1972, p. 30-31).

A previsão da justiça social como um ditame da ordem econômica vem trazendo uma série de benefícios sociais, como, por exemplo: a participação dos empregados em fatia dos lucros da empresa; técnicas de governança que garantem aos acionistas maior segurança nos investimentos; preocupações com a qualidade de vida do trabalhador etc. Como escreve Modesto Carvalhosa (1972, p. 60):

“Passa-se a encarar a distribuição e não a produção como o índice da felicidade material, em razão de que o Estado começa a criar uma série de mecanismos jurídicos necessários à arregimentação institucional das entidades econômicas para o estabelecimento de uma estrutura de economia distributiva.”

Conclui-se, pois, que o ditame da justiça social refere-se à participação ampla nos resultados da atividade econômica que deve garantir, inclusive, um nível de vida que proporcione o melhor acesso possível aos bens produzidos. Em outras palavras, do que adiantaria uma produção mundialmente considerável de alimentos se grande parte da população do país produtor passasse fome?

2.6.2. Princípios gerais da Ordem Econômica

O legislador constitucional acabou diferenciando em razão da nomenclatura utilizada os princípios, os fundamentos e os objetivos da ordem econômica. **Entretanto, como já se discutiu, a natureza jurídica de todos eles é principiológica**, de forma que a utilização de alguns deles como fundamentos ou como finalidades da ordem econômica não lhes retira a função jurídica de princípios. Não é errado afirmar, portanto, **que todos os princípios informadores da ordem econômica também funcionam como seus fundamentos e objetivos**. Da mesma maneira, deve-se afirmar que os princípios enumerados no *caput* e nos incisos do art. 170 da Constituição Federal não são os únicos que constituem a ordem econômica nacional, **outros princípios previstos em outras partes da Constituição também podem**

funcionar como informadores da atividade econômica. Um exemplo claro é o que encontramos nos arts. 218 e 219, inseridos no capítulo que cuida de Ciência e Tecnologia, uma vez que o desenvolvimento científico e a capacitação tecnológica funcionam como princípios da ordem econômica, já que importam diretamente no desenvolvimento socioeconômico da população.

2.6.2.1. Princípios explícitos e implícitos

Os princípios previstos tanto no *caput* quanto nos incisos do art. 170 da Constituição de 1988 informam explicitamente o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil, mas em outras disposições do mesmo texto legal também encontramos princípios implícitos, como, por exemplo, o princípio da lealdade competitiva previsto implicitamente no art. 5.º, XXVIII e XXIX, que determina a proteção da propriedade intelectual das criações artísticas e industriais.

2.6.2.2. Soberania Nacional

Um dos elementos do Estado para se afirmar como tal é a soberania, **que significa que as decisões tomadas devem representar a vontade absoluta do Estado Nacional.** A possibilidade de soberania econômica na atualidade é inatingível, a liberdade de escolha dos caminhos a serem trilhados, mesmo nos países de maior independência econômica, é impossível.

A soberania concebida com o seu caráter absoluto é uma virtualidade no Estado contemporâneo, não é mais possível afirmar como nos relata A. Machado Paupério (1955, p. 19) que:

“A soberania é um qualidade de caráter absoluto, que não admite gradações, que é ou não é. Como diz Jellinek, ‘a soberania é uma propriedade, que não é suscetível nem de aumento nem de diminuição.’”

Como aborda André Ramos Tavares (2003, p. 148):

“Se não se trata de uma soberania absoluta, o que significa a soberania nacional contida no inciso I do art. 170 da Constituição de 1988 é, em termos econômicos, a *preferência* por um desenvolvimento nacional. Portanto, a leitura do ‘princípio da soberania’ deve ocorrer em harmonia e plena sintonia com outro princípio, o do desenvolvimento econômico. O país não pode, em termos de produção capitalista, ser dependente de outro; não ter emancipação econômica equivaleria a, na prática, ignorar a necessidade do pleno desenvolvimento.”

Na verdade, hoje, quando se fala em soberania, não se deve pensar em uma liberdade irrestrita de decisão, de organização, de determinação de seus próprios interesses, **mas apenas de um certo grau de liberdade para decidir diante do cenário constituído naquele determinado momento**. Para comprovar tal condição, basta a verificação dos grupos de pressão que motivam a criação de determinadas leis, como a lei de proteção dos bens que compõem a propriedade intelectual, ou a lei de recuperação de empresas e falência, no caso do Brasil. Assim, o jogo de interesses e principalmente de poderes não faz do Estado um soberano na atividade econômica.

2.6.2.3. Propriedade privada

A propriedade privada na função de princípio da ordem econômica significa o reconhecimento dos direitos inerentes ao domínio da *coisa*, objeto da exploração e organização dos agentes econômicos. De forma objetiva, **a propriedade privada constitui um dos pressupostos da livre-iniciativa, qual seja, posso empregar os meus bens na realização de atividade econômica e da mesma maneira posso me apropriar dos resultados dessa exploração**.

Entretanto, o uso da propriedade deve representar a possibilidade de se alcançar os objetivos da ordem econômica, o que implica certo controle estatal em sua utilização econômica, pois, como ensina Isabel Va (1992, p. 227):

“A Constituição brasileira prevê mecanismos e adota princípios que permitem a conciliação de interesses dos que detêm a maioria dos bens de produção e dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores e à sociedade, como um todo. Cabe às medidas de política econômica propor as necessárias modificações no regime das propriedades, para que possam cumprir, efetivamente, a sua função social de acordo com os princípios ideológicos que acolhem a proposta de realização de novos direitos econômicos e sociais.”

Por fim, a ressalva de Pietro Perlingieri (2002, p. 230):

“Do inteiro quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa em relação a qualquer tentativa de estatalismo.”

2.6.2.4. Função social da propriedade

A autonomia da vontade do proprietário sempre conotou uma plena e absoluta faculdade sobre os bens de sua propriedade. Agora, a relação do indivíduo com a propriedade, que antes lhe serviu os interesses apenas, **passa a agregar também o interesse social. A função social é uma função limitadora da autonomia privada sobre os bens, o choque dos interesses pessoais do proprietário com os interesses gerais da sociedade limitará os direitos daquele.**

Como explica André Ramos Tavares (2003, p. 156):

“Houve, pois, mais recentemente, uma relativização desse direito (de propriedade), que deixou de considerar-se absoluto. Essa mudança de concepção caminhou paralelamente com o deslocamento do instituto do Direito privado para o Direito público. Houve, desde cedo, a constitucionalização do direito de propriedade e, posteriormente, a explicitação constitucional do conteúdo desse direito. Ademais, como assinalam alguns autores, o direito de propriedade deixa de ser apenas um direito individual, para figurar no capítulo constitucional relativo à ‘ordem econômica’ como

princípio constitucional-econômico, capaz de identificar um determinado sistema econômico vigente.”

Em conclusão. Gustavo Tepedino ensina (2001, p. 280):

“A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesse extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.”

2.6.2.5. Livre concorrência

A ordem econômica prevista na Constituição requer um mercado competitivo. Assim, na disciplina de proteção do mercado, surge um bem jurídico que, praticamente, com ele se confunde, qual seja, a concorrência. Inclusive, muitas vezes, encontra-se a denominação “Direito da Concorrência”, o que não é errado, mas pouco técnico, **pois na legislação de proteção, a concorrência não é o único atributo do mercado que se tutela.** A concorrência, porém, é o atributo do mercado que ganha maior valor nas legislações antitrustes, a ponto de ser, sob certos condicionamentos, alçado como um bem jurídico individualmente protegido.

O princípio da livre concorrência impõe ao Estado abrigar uma ordem econômica fundada na rivalidade dos entes exploradores do mercado. Segundo esse princípio, o mercado deve ser explorado pela maior quantidade de agentes possíveis, não que se exijam quantidades exorbitantes de agentes, mas o Direito deve garantir a entrada e a capacidade de concorrer a quem queira explorá-lo.

Como pondera Celso R. Bastos (1990, p. 25-26):

“a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.”

Da mesma maneira, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (citado por Eros Grau, 1990, p. 230-231) também precisa o conceito:

“a livre concorrência de que fala a atual Constituição, como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É esse elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base de formação dos preços, o que supõe livre-iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. Do ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais para todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantias de uma sociedade mais equilibrada.”

O mercado sem concorrência geralmente produz, entre outros, os seguintes efeitos:

- **imposição de preços;**
- **imposição de produtos;**
- **despreocupação com os custos de produção;**

- **falta de investimentos em melhora do produto.**

A existência de concorrência, além de impulsionar a eficiência do mercado, permite ao consumidor a faculdade de comprar aquilo que melhor lhe convém, o que não ocorre nos mercados concentrados, nos quais resta ao consumidor apenas a alternativa de não comprar.

2.6.2.6. Defesa do consumidor

O ato de consumir assume o importante papel de promover uma das formas mais usuais das pessoas se relacionarem, de modo que passou a ser comum a expressão "sociedade de consumo", que encaminha ao significado de sociedade destinada ao consumo. De alguma maneira, a maior parte das pessoas dirige as suas expectativas para o consumo, seja de coisas necessárias ou desnecessárias, pois a quem cabe a decisão de julgar os desejos humanos?

A Constituição de 1988 já havia sinalizado que o país precisava construir um sistema de proteção do consumidor nas relações de consumo. Dessa forma, o art. 5.º da CF já prevê a proteção dos direitos do consumidor. O direito do consumidor como princípio da ordem econômica ressaltou ainda mais a necessidade de providências sobre a construção dos direitos do consumidor mediante a intervenção do Estado nas relações de consumo, que como se constata é uma das características principais do sistema econômico nacional.

Como explica Alexandre de Moraes (2006, p. 13):

"A constitucionalização da proteção do consumidor pela Constituição de 1988 acarretou a introdução dessa matéria na órbita de atuação da jurisdição constitucional, balizada pelos métodos interpretativos constitucionais e caracterizada pelo aumento da ingerência do Poder Judiciário – e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, em face de seu papel de guardião da Constituição – nas relações de consumo."

O ciclo da atividade econômica inicia-se com a atividade de produção de bens e termina com o consumo do que foi produzido. No seu interior, o ciclo compreende ainda uma grande quantidade de agentes que desempenham funções entre a produção e o consumo, como, por exemplo: os distribuidores, os agenciadores de pedidos de compra (representantes comerciais), os aproximadores (corretores) etc. Portanto, o destino final da produção é o consumidor, **o que implica a existência de uma regulação específica dada pelo Direito nessa última fase da atividade econômica.**

Na relação de consumo, as condições desiguais de poder entre o fornecedor e o destinatário final podem ser desequilibradas, o que demanda a criação no interior do Direito do Consumidor de uma série de regras que regulam as condições obrigacionais desta relação, como, por exemplo, a regulação dos anúncios publicitários que devem refletir as reais utilidades do produto (proibição da publicidade enganosa), entre outros. Apenas com a organização dos direitos dos consumidores é que se pode equilibrar o poder nas relações de consumo, pois na relação direta entre o fornecedor e o consumidor quase sempre aquele tem maiores condições de realizá-la considerando somente as suas necessidades, **o direito do consumidor ao reconhecer a hipossuficiência do destinatário final visa a equilibrar a relação jurídica.**

O poder das empresas fornecedoras de mercadorias e serviços transparece nas modernas práticas de *marketing*, ou seja, todas as preocupações desde a criação do produto até a forma de venda para o consumidor. O domínio do fornecedor aparece, sobretudo, na comunicação com o destinatário final, que muitas vezes é envolvido por artifícios publicitários que determinam a sua própria conduta de adquirir determinado bem. **Daí a necessidade de regulação da relação de consumo devido ao poder do fornecedor utilizado no mercado de consumo.**

O consumidor hoje é protegido por um conjunto de regras que tipificam os direitos e garantias do destinatário final das

mercadorias e serviços, o que forma o Direito do Consumidor, regras que já compõem uma disciplina autônoma do Direito. A criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) representou uma das maiores evoluções do Direito brasileiro na busca da existência digna. Entretanto, como ensina e observa Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 30-31):

“Assim, do incremento do mercado de consumo brasileiro decorrente da vigência do Código de Defesa do Consumidor decorre a elevação do custo de produção ou circulação de bens ou serviços, que absorvida, paulatinamente, pela majoração dos preços finais. A eficácia do diploma legal importa numa inegável melhoria da qualidade do mercado de consumo, mas quem suporta suas repercussões econômicas é o próprio consumidor. Tem ele, a partir da obediência pelos empresários à lei de tutela dos seus direitos, acesso a produtos e serviços de melhor qualidade, mas *paga* por isso.”

2.6.2.7. Defesa do meio ambiente

A proteção ao meio ambiente configura um dos princípios que bem demonstram a técnica legislativa utilizada na redação da ordem econômica na Constituição, **na sua função de equilibrar princípios-liberdade da atividade econômica, como a livre-iniciativa e princípios-limitação da atividade econômica.** Entretanto, essa limitação deve ser entendida de maneira correta, pois a proteção ao meio ambiente representa uma das condições mais importantes de desenvolvimento social. É claro que muitos veem a proteção ambiental como um grande entrave à atividade econômica, mas tal visão é errônea, o longo prazo deve ser percebido por quem se proponha a realizar qualquer análise econômica. Como justifica José Afonso da Silva (1994, p. 9):

“O problema da *tutela jurídica do meio ambiente* se manifesta a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar, não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano.”

Embora a previsão constitucional pareça desprovida de efetividade concordamos com Eros Roberto Grau (1990, p. 255-256), que pondera:

“Ainda que isso não chegue a ser surpreendente, é notável o fato de ter a sociedade brasileira logrado a obtenção das conquistas sociais – que de conquistas sociais verdadeiramente se trata – ao menos no nível formal, da Constituição, consagrados. Explico-me: embora a crítica da utilização do fato trabalho no processo econômico capitalista seja centenária, ainda não foi desenvolvida, no campo teórico, de modo completo, a crítica da utilização, naquele processo, do fato recursos naturais. Daí porque a efetividade, ainda que formal, dessas conquistas é proporcionalmente maior do que aquelas que se poderia resumir na afirmação da ‘valorização do trabalho humano.’”

O Estado deve regular a exploração econômica tendo a defesa do meio ambiente como uma das mais importantes formas de desenvolvimento social, **principalmente dos recursos naturais esgotáveis**. Afinal de contas, a médio e longo prazos o que se fará, por exemplo, com os problemas resultantes das alterações climáticas?

O direito ambiental, hoje, faz parte das discussões econômicas devido ao chamado crescimento sustentável, segundo o qual só há desenvolvimento se o resultado da produção econômica, principalmente a longo prazo, **não venha a comprometer a existência de recursos naturais necessários e a própria possibilidade da raça humana sobreviver nos próximos tempos**.

2.6.2.8. Redução das desigualdades regionais e sociais

O mandamento do princípio é o do desenvolvimento equilibrado das regiões brasileiras previsto, inclusive, como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3.º da CF). O legislador parte de uma constatação, que é o subdesenvolvimento acentuado em algumas regiões brasileiras. A própria Constituição

Federal possui institutos cuja finalidade é a redução das desigualdades sociais, como: o modelo cooperativo de federalismo, os fundos de participação, o planejamento e a criação de regiões administrativas (Gilberto Bercovici, 2005, p. 87).

O significado do princípio e o seu alcance são explicitados por André Ramos Tavares (2003, p. 213), nos termos:

“Sobre o conteúdo do princípio, este impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o crescimento econômico devam estar voltados também à redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social. Para tanto, poder-se-á utilizar, especialmente, da implementação de políticas públicas, como incentivos, buscando reduzir as diferenças entre essas regiões e alcançar melhorias de ordem social.”

O agente econômico privado, se não direcionado por políticas públicas que o estimulem a **empreender e desenvolver regiões específicas**, pouco poderá fazer para a aplicação do princípio. **Assim, dirige-se o legislador ao próprio Poder Público, que identificará as regiões e criará as políticas de desenvolvimento econômico.**

2.6.2.9. Busca do pleno emprego

Uma das maneiras de valorizar o trabalho humano é garantir o pleno emprego, **o desemprego configura uma das situações de desigualdade sociais mais importantes**. Entretanto, como pondera André Ramos Tavares (2003, p. 218):

“A inclusão da busca do pleno emprego como princípio constitucional, entretanto, não se pode ter como significado a diminuição *imediate* dos índices de desemprego ou a inclusão empregatícia de todos os cidadãos. Nesse sentido, não deixa de ser um princípio programático. Não se pode assumir um direito imediato e atual ao não desemprego. Realmente, não se pode considerar o direito ao trabalho como uma obrigação dirigida ao Estado para atender imediatamente a todos quantos solicitam empregos.”

O pleno emprego, na verdade, é uma das consequências da economia em pleno e eficiente funcionamento. O Estado pode operar identificando situações econômicas que afetem determinado setor produtivo com consequências para o mercado de trabalho. Assim, como o Banco Central vende dólares americanos de suas reservas para manter a taxa de câmbio, o Estado, por intermédio de uma estrutura administrativa, deve intervir e criar medidas para proporcionar o maior nível de emprego possível. Em conclusão, **o Estado deve estimular os agentes de produção econômica a proporcionar a maior quantidade possível de efeitos sociais, e a geração de empregos é um deles.**

2.6.2.10. Tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte

O legislador constitucional utilizou **termo infeliz** no dispositivo legal “tratamento favorecido”. Dessa maneira, é função da doutrina constitucional delimitar o que seria *tratamento favorecido*, pois, em regra, a atividade econômica não pode ser tratada de forma diferenciada, o que acarretará em sua disciplina jurídica a criação de sistemas jurídicos distintos de regulação. O que o legislador quis dizer é que a atividade empresária realizada por pequenos empresários merece tratamento diferenciado compatível com a sua condição no cenário produtivo nacional.

O tratamento *diferenciado*, na explicação de André Ramos Tavares (2003, p. 222), é o seguinte:

“O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa). É uma medida tendente a assegurar a concorrência em condições justas ente micro e pequenos empresários de uma parte, e de outra, grandes empresários.”

Em complemento, a extensão do princípio deve-se observar o que está contido no art. 179 da Constituição Federal, nos termos:

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

Em 14 de dezembro de 2006 (*DOU* de 15.12.2006), foi publicada a Lei Complementar 123, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, com o objetivo de estabelecer o tratamento diferenciado e favorecido proposto na Constituição Federal, principalmente no que se refere:

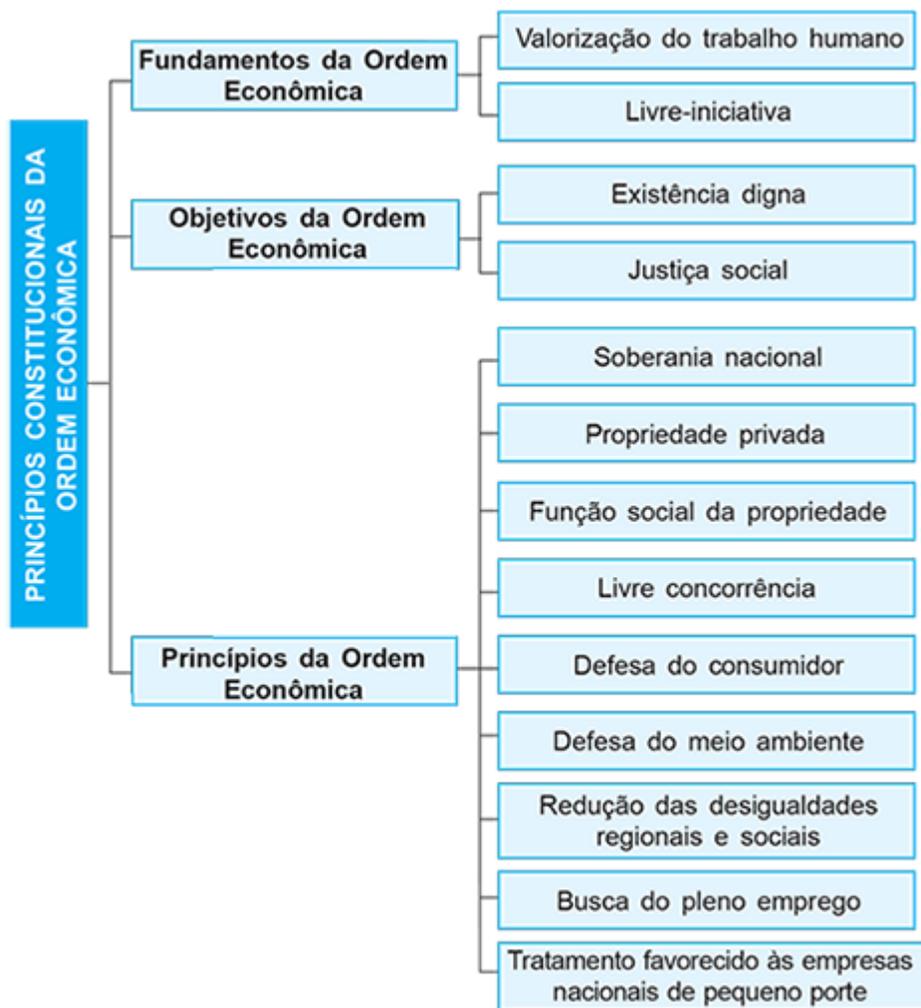
- à apuração e ao recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;
- ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
- ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

A Lei ainda estabelece a definição de microempresa e empresa de pequeno porte com base na receita bruta anual, que se for igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), configurará uma microempresa, e se for superior a este valor até o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), será de pequeno porte (conforme Lei Complementar 139/2011). No mais, a lei complementar regula os aspectos burocráticos inerentes à forma de tributação instituída, além de dispor de maneira programática sobre: a simplificação das relações de trabalho, o

estímulo ao crédito e à capitalização, o estímulo à inovação, entre outros pontos.

O ambiente de criação e funcionamento das empresas pequenas no Brasil não é dos mais fáceis, veja-se, nesse sentido, que a maioria dos pequenos empresários prefere a informalidade para sobreviver economicamente – o que resulta na criação de um fator que desequilibra os agentes econômicos na competição. Conclui-se, pois, que *tratamento diferenciado* não pode ser sinônimo de privilégio fiscal apenas para que se cumpra o princípio constitucional.

2.6.2.11. Quadro – Princípios Constitucionais da Ordem Econômica



2.7. REGIME JURÍDICO DO CAPITAL ESTRANGEIRO

O art. 172 da Constituição Federal demanda ao legislador que discipline, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, o incentivo aos reinvestimentos e a regulação da remessa de lucros.

Dessa forma, **a Constituição Federal demonstra e reconhece a importância do capital estrangeiro para a economia nacional, principalmente em virtude da situação de dependência do Estado brasileiro pelo capital estrangeiro.** Assim, a lei deverá incentivar o aporte de capitais provindos de fora para dentro de país, justamente para financiar o *déficit* de recursos financeiros existentes. Isso se faz, sobretudo, com a estabilidade das regras criadas, pois um dos grandes receios dos investidores para com o Brasil é a frequente e desordenada modificação das regras incidentes no mercado financeiro e de capitais.

O regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil continua sendo composto de uma série de leis, resoluções e circulares, como, por exemplo: a Lei 4.131/1962 (investimentos em moeda estrangeira), a Circular (Bacen) 2.997 e a Lei 11.371/2006 (investimento em moeda nacional), Resolução (BACEN) 3.455/2007 (registro de investimento estrangeiro).

2.8. QUESTÕES

1. (20.º Concurso para Procurador da República) É correto dizer que a chamada Constituição Econômica no Brasil:

(A) restringe-se ao Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, da Carta da República.

(B) como em alguns países que adotam tipo de economia mista, não pode assim denominar-se, mas considerar-se uma estrutura de princípios gerais programáticos.

(C) não se restringe aos artigos contidos no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, mas tem sua expressão e seu conteúdo em diversos outros tópicos da Lei Magna.

(D) preocupa-se primordialmente com a repressão ao abuso do poder econômico e a função social da propriedade.

2. (TRF 3.ª Região/Concurso XIII – Juiz Federal Substituto) Sobre os princípios gerais da atividade econômica, é correto afirmar-se que:

(A) na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

(B) o aproveitamento do potencial de energia renovável, desde que de capacidade reduzida, não depende de autorização ou concessão.

(C) cabe à lei ordinária, e não à complementar, assegurar a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra.

(D) cabe à União conceder incentivos fiscais para financiar o pagamento de subsídios a preços ou ao transporte de álcool combustível, ao gás natural e seus derivados e a derivados de petróleo.

3. (TRF 1.ª Região/Concurso XIII – Juiz Federal Substituto) Acerca dos princípios gerais da atividade econômica, assinale a opção correta.

(A) O princípio da propriedade privada traduz-se no poder de gozar e dispor de um bem, sendo direito de exercício absoluto e irrestrito.

(B) O princípio da defesa do consumidor é corolário da livre concorrência, sendo princípio de integração e defesa de mercado.

(C) A CF foi a primeira a prever a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

(D) A livre concorrência é garantida independentemente de o Estado promover a livre-iniciativa.

(E) O princípio da busca do pleno emprego está dissociado da seguridade social.

4. (TRF 2.^a Região/Concurso XII – Juiz Federal Substituto) Com referência à ordem econômica, assinale a opção correta.

(A) São princípios gerais da atividade econômica, entre outros, o da vedação do confisco e o da uniformidade.

(B) Compete exclusivamente à União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, as quais, segundo a doutrina, apesar da nomenclatura, não possuem natureza jurídica tributária.

(C) Considerando que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, é absolutamente vedada a exigência de autorização de órgãos públicos para o exercício de qualquer atividade econômica.

(D) Compete exclusivamente à União promover tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, simplificando suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias.

(E) Constitui monopólio da União o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

5. (TRF 5.^a Região/2011 – Juiz Federal Substituto) Em relação aos Princípios da Constituição Econômica, assinale a opção correta.

(A) Ao prever o princípio do pleno emprego na CF, o legislador pretendeu defender a absorção da força de trabalho a qualquer custo, sem se preocupar com a dignidade da pessoa humana.

(B) A defesa do consumidor não se insere nos princípios da chamada constituição econômica formal.

(C) A livre concorrência inclui-se entre os princípios gerais da atividade econômica denominados integração.

(D) Ao prever, na CF, a livre-iniciativa, o legislador buscou proteger a liberdade de desenvolvimento da empresa, com o objetivo de garantir ao empresário a sua realização pessoal e a obtenção de lucro.

(E) Os princípios gerais da atividade econômica denominados integração objetivam resolver os problemas da marginalização regional e (ou) social.

6. (MP/SP – Concurso 88.º – 2011) Considere as seguintes afirmações acerca da função social da propriedade:

I. o respeito à integridade do patrimônio ambiental e a utilização adequada dos recursos naturais da propriedade rural integram-se à

função social da propriedade, mas seu descumprimento não permite a desapropriação para fins de reforma agrária;

II. da restrição ao direito de construir, advinda da limitação administrativa, que esvaziar inteiramente a propriedade privada, resultará direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo à função social da propriedade. Assim, se restrições houver, decorrentes da limitação administrativa, preexistentes à aquisição do terreno, já do conhecimento dos adquirentes, não podem esses últimos, com base em tais restrições, pedir indenização ao Poder Público;

III. o acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade;

IV. a função social da propriedade não justifica a criação de alíquotas progressivas de Imposto Territorial Urbano (IPTU);

V. a função social da propriedade urbana deve ser buscada em sua destinação prioritária à moradia, pouco importando, a esse propósito, seu papel na ordenação da cidade.

São corretas somente as afirmações contidas em

- (A) I e II.
- (B) I e IV.
- (C) II e III.
- (D) II e IV.
- (E) III e IV.

7. (MP/PR – 2011) Integram os princípios gerais da ordem econômica:

- (A) Soberania nacional, propriedade privada e defesa do consumidor.
- (B) Livre concorrência, função social da propriedade e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.
- (C) Busca do pleno emprego, soberania nacional e livre concorrência.
- (D) Redução das desigualdades regionais e sociais, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente.
- (E) Todas as alternativas anteriores estão corretas.

8. (Advogado Petrobras – CESGRANRIO/2012) Embora o Estado deva respeitar o princípio da isonomia, a partir dos princípios que regem a ordem econômica constitucional, ele pode praticar alguns atos discriminatórios EXCETO:

(A) conferir tratamento diferenciado a empresas em razão do impacto ambiental de seus produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

(B) conceder às empresas públicas e às sociedades de economia mista (que exercem atividade econômica) privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(C) favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas.

(D) favorecer empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(E) punir empresas que pratiquem atos que resultem em abuso de poder econômico com vistas à eliminação da concorrência.

9. (MPF – Concurso 26º) A atual Constituição Federal elegeu como preceitos fundamentais da Ordem Econômica a valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a existência digna e a justiça social. Com base nos citados preceitos, e nos princípios elencados nos incisos I a IX do art. 170 da Carta Magna, é correto afirmar que:

(A) É inconstitucional lei que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiências, por afronta aos princípios da ordem econômica, da livre-iniciativa e do direito de propriedade;

(B) É inconstitucional o conjunto de normas de comércio exterior que proíbe a importação de pneumáticos usados por afronta ao princípio do livre exercício da atividade econômica;

(C) É inconstitucional o privilégio da exclusividade no envio de objeto postal de um remetente para endereço final e determinado concedido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, por afronta ao princípio da livre concorrência;

(D) É inconstitucional Lei Municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, por afronta ao princípio da livre concorrência.

10. (Advogado Petrobras – CESGRANRIO/2012) Embora o Estado deva respeitar o princípio da isonomia, a partir dos princípios que regem a ordem econômica constitucional, ele pode praticar alguns atos discriminatórios EXCETO:

(A) conferir tratamento diferenciado a empresas em razão do impacto ambiental de seus produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

(B) conceder às empresas públicas e às sociedades de economia mista (que exercem atividade econômica) privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(C) favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas.

(D) favorecer empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(E) punir empresas que pratiquem atos que resultem em abuso de poder econômico com vistas à eliminação da concorrência.

11. (AGU 2012 – CESPE) Julgue o item a seguir, acerca da ordem econômica e financeira e da edição de medida provisória sobre matéria tributária.

Não ofende o princípio da livre-iniciativa edição de lei que regule a política de preços de bens e serviços em face da configuração de circunstância em que o poder econômico, com vistas ao aumento arbitrário dos lucros, atue de forma abusiva.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*



ORDEM ECONÔMICA: ATUAÇÃO (INTERVENÇÃO) DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Sumário: 3.1. Atuação do Estado na atividade econômica:
3.1.1. Liberalismo; 3.1.2. Intervencionismo – 3.2. Formas de
atuação: 3.2.1. Intervenção direta ou participação; 3.2.2.
Intervenção indireta – 3.3. Questões.

3.1. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

O Estado realiza atividade econômica tanto para suprir as suas necessidades de existência, quanto para o cumprimento da sua própria finalidade de satisfação das necessidades do seu povo. Toda a estrutura estatal serve, substancialmente, para a sua atuação em uma das atividades sociais de maior relevo, qual seja: a atividade de satisfação de necessidades, portanto, econômica.

Preferimos utilizar a **expressão atuação do Estado como uma maneira geral de se referir a todas as formas pelas quais o Estado pode desenvolver alguma maneira de participação ou de pelo menos influenciar a atividade econômica**. Entendemos que o Estado **atua** quando participa desenvolvendo diretamente atividade econômica de sua titularidade ou **intervém** na de titularidade privada e também quando **intervém** indiretamente na prática de atividade econômica de titularidade privada. **Assim, o termo intervenção, com rigor, deveria ser utilizado apenas quando o Estado regula determinado mercado, sem atuar ou participar diretamente de atividade econômica de sua titularidade.**

Cuidado para não fazer confusão, pois o Estado pode ao mesmo tempo **atuar e intervir** numa mesma atividade. É o que acontece, por exemplo, quando explora diretamente atividades resguardadas como monopólios de exploração estatal. Nesse caso, **o próprio Estado também regula de forma indireta a sua atuação, por intermédio de intervenção**. De forma mais simples para não perder a didática, os termos podem ser utilizados com os seguintes significados:

ATUAÇÃO ESTATAL – forma genérica para se referir a qualquer tipo de participação do Estado no domínio econômico, seja prestando serviços públicos, ou constituindo empresas estatais para explorar diretamente a atividade econômica ou também para regular de forma indireta o desenvolvimento de

quaisquer atividades econômicas (por exemplo, com a criação de uma agência reguladora independente).

INTERVENÇÃO ESTATAL – a expressão deveria ser utilizada apenas quando se referisse às formas indiretas de atuação do Estado no domínio econômico ou quando explorasse diretamente atividade econômica de titularidade privada. Entretanto, é utilizada para representar qualquer maneira do Estado participar, intervir ou atuar no domínio econômico – esse é o significado de uso mais frequente.

As expressões são utilizadas como intercambiáveis, **sendo a expressão “intervenção do Estado” utilizada com mais frequência e com a finalidade de representar todas as formas de atuação do Estado**, tanto é, que como aqui já dissertado, o próprio direito econômico é caracterizado como o ramo jurídico que cuida das formas de intervenção do Estado no domínio econômico, expressão que utilizamos no capítulo 1, item 1.1.

Eros Roberto Grau (2010, p. 91/92), assim se pronuncia sobre o tema:

“Assim, inicialmente, quanto à referência à *intervenção* e não meramente a *atuação estatal*, desejo insistir em que o vocábulo e expressão aparentam ser intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, lembre-se de que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos *intervenção* e *intervencionismo* é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão – *atuação (ou ação) estatal* – seja do vocábulo – *intervenção*. Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A *intervenção*, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente *atuação em área de outrem*.

Daí se verifica que o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal*. *Intervenção* expressa atuação estatal em área da titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.

Por isso que vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. *Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*.”

Portanto, deve-se concluir que a atuação do Estado no domínio econômico (privado) é distinta da sua atuação no domínio público (seu próprio domínio), como explica Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 86-87):

“Domínio econômico, ao que se nos afigura, compreende o conjunto de atividades desenvolvidas pela livre iniciativa. Portanto, constitui-se no centro de onde gravita a possibilidade de fazer riqueza – ou seja, a atividade econômica.

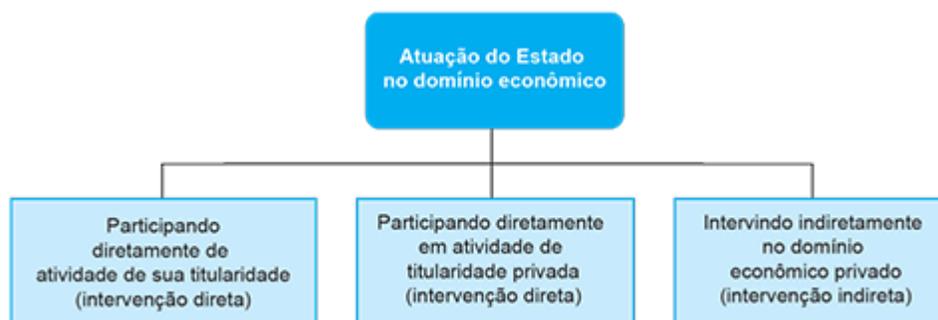
Domínio é área de abrangência – portanto, domínio econômico é a extensão na qual se compreendem as ações que envolvam a atividade privada no seu mister de fazer riquezas.

Domínio econômico opõe-se a domínio público, área de abrangência da atividade estatal, enquanto o primeiro refere-se à esfera privada.”

Nesta obra, optamos por utilizar a expressão **atuação** por abranger todas as formas possíveis, mas a sua utilização é muito

menos frequente do que a expressão **intervenção**, normalmente utilizada em provas de concurso público para significar todas as formas de atuação. Dessa maneira, certo cuidado deve ser tomado para identificar se a expressão está sendo utilizada em seu sentido técnico ou vulgar.

Com a finalidade de facilitar a compreensão da intrincada matéria, resolvemos identificar de maneira mais clara e didática as formas de atuação do Estado, conforme demonstrado abaixo:



Entendemos que a atuação do Estado no domínio econômico ocorre em todas as formas de realização da sua atividade administrativa, ou seja, nos casos de: a) limitação da autonomia privada (poder de polícia); b) prestação de serviço público; c) regulação econômica e d) exploração direta de atividade econômica. Portanto, as formas descritas acima representam maneiras de atuação do Estado no domínio econômico. De forma pragmática, o estudo do direito econômico, cujo objeto consiste, em síntese, **em estudar as formas de atuação do Estado no domínio econômico, deve se preocupar em esclarecer como tais atividades administrativas devem ser desenvolvidas, nos exatos parâmetros tratados na ordem econômica constitucional.**



Além de estudar as circunstâncias da atuação do Estado no domínio econômico, o direito econômico costuma refletir criticamente sobre as formas mais eficientes de atuar, como, por exemplo, as que ponderam a sua intensidade na realização direta de atividade econômica ou a possibilidade de apenas regular determinado mercado sem necessariamente precisar participar diretamente. **A própria ordem econômica prevista na Constituição de 1988 prescreve normas que determinam a maneira de proceder do Estado.** Enfim, nos próximos tópicos a nossa preocupação será de esclarecer quais são essas regras e estudá-las de forma pormenorizada.

3.1.1. Liberalismo

A expressão liberalismo está sempre vinculada com a atividade do Estado no domínio econômico e social. **A sua participação mais intensa, por qualquer uma das atividades administrativas (serviço público, regulação, exploração direta ou pelo poder de polícia), limita a atuação livre dos agentes econômicos.** Não temos e nem tivemos Estados que deixaram de alguma forma de participar da atividade econômica, de maneira que a pureza do Estado Liberal ou do Estado Intervencionista nunca existiu. A análise que se faz é sempre diante das características preponderantes.

O liberalismo ou o Estado liberal identifica um Estado que tem por princípios atuar de forma mínima no domínio econômico. **O Estado, na verdade, confia que os agentes econômicos privados são suficientes para suprir o mercado daquilo que**

é necessário para a satisfação dos mais variados interesses econômicos. Na doutrina, Alberto Venâncio Filho (1957, p. 6) resumiu a concepção liberal de Estado, utilizando-se da obra de Adam Smith, nos termos:

“Se examinarmos a posição doutrinária de um representante típico do liberalismo econômico, como seja Adam Smith, verificamos que, em 1776, considerava ele que, de acordo com o sistema de liberdade natural, o soberano (leia-se o Estado) tem somente três deveres a cumprir; três deveres de grande importância, na verdade, mas claros e inteligíveis ao senso comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; em terceiro lugar, o dever de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca será do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número de indivíduos erigir e manter; porque o lucro jamais reembolsaria as despesas para qualquer indivíduo ou número de indivíduos, embora possa frequentemente proporcionar mais do que reembolso a uma sociedade maior.”

Como fica fácil de compreender, o Estado do liberalismo econômico era o resultado do temor que se tinha dos abusos de poder contra os agentes econômicos. Acreditava-se que a participação do Estado não poderia limitar a livre iniciativa de empreender e competir com os outros agentes econômicos.

3.1.2. Intervencionismo

O Estado de alguma maneira sempre interveio na atividade econômica, seja quando ele próprio funcionou como agente econômico ou mediante mecanismos de incentivo, planejamento, fiscalização, regulação, normatização. As justificativas para a participação do Estado de uma forma ou de outra no domínio econômico devem compreender a capacidade técnica para desenvolver a atividade, o interesse público devidamente cumprido, o interesse econômico diretamente vinculado à atividade, entre

outros. **A atividade econômica na atualidade é realizada sempre sob alguma maneira de atuação do Estado.**

De forma conclusiva, sobre o Estado brasileiro e a sua atuação na atividade econômica, nos termos do que prevê a ordem econômica constitucional, segundo Gilberto Bercovici (2011, p. 271-272) temos que:

“Não há na Constituição nenhum dispositivo que estabeleça que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse ou ineficiência da iniciativa privada, o chamado ‘princípio da subsidiariedade’. Pelo contrário, o texto constitucional deixa claro que a economia não é o terreno natural e exclusivo da iniciativa privada. (...) Não existe, no sistema capitalista, nenhuma incompatibilidade entre a economia de mercado e a atuação econômica estatal, pelo contrário.”

3.2. FORMAS DE ATUAÇÃO

O Estado pode atuar no domínio econômico desenvolvendo ele próprio a atividade econômica, o que acontece com os serviços públicos ou outras atividades as quais os imperativos da segurança nacional ou do interesse coletivo determinem a realização de atividade econômica diretamente pelo Estado. **Nos dois casos, a forma de atuação do Estado é por participação ou como comumente é denominada: intervenção direta.**

A participação direta do Estado no desenvolvimento da atividade econômica pode se dar em **regime de competição com a iniciativa privada ou em regime de monopólio e, por fim, em parceria com a iniciativa privada.**

Por outro lado, quando o Estado não desenvolve diretamente a atividade econômica, **mas regula, fiscaliza, incentiva, normatiza e planeja, a atuação é indireta.**



3.2.1. Intervenção direta ou participação

A análise literal do dispositivo constitucional que trata da participação direta do Estado no domínio econômico é necessária para que não se cometam erros de interpretação. Vejamos o *caput* e o parágrafo primeiro do artigo 173:

(...)

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 definido em lei.

§ 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias;

III – a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Dispõe o art. 173 da Constituição Federal que **a participação do Estado na exploração da atividade econômica é situação de exceção, sendo possível apenas em razão dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.** Em uma primeira leitura, e sem fazer a indagação sobre o que configura **imperativos da segurança**

nacional e relevante interesse coletivo, parece que a participação do Estado realizando ativamente como agente econômico a satisfação de necessidades é excepcional. **Em nosso entender a participação do Estado no domínio econômico é excepcional, mas a decisão de participar ou não está sempre nas mãos do próprio Estado, que justificará na criação das empresas estatais o que é segurança nacional e relevante interesse coletivo e assim, podendo participar segundo seus próprios e institucionais interesses.** Na doutrina alguns autores como Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 126) não qualificam os conceitos como vagos, nos termos:

“Trazemos à colação o argumento de que o conceito de relevante interesse público não é conceito vazio, despido de significado.

Claro está que existe conteúdo, e, diríamos, conteúdo preenchido pelas prioridades que, ao longo do texto constitucional, foram alinhavadas.

Portanto, não se suponha, que a expressão consagrada no texto constitucional, quer referente à *segurança nacional*, quer ao *relevante interesse coletivo*, possa ser um ‘abre-te sésamo’ para o Estado, como, aliás, tem sido, indevidamente.”

Em conclusão, o Estado regula a sua forma de intervenção direta na atividade econômica cautelosamente, o que transparece, por exemplo, no tratamento de direito privado dado às empresas criadas pelo Estado. Assim, a economia de mercado é preservada sem a sua deletéria pureza.

O Estado poderá participar do desenvolvimento direto de atividade econômica por intermédio das conhecidas empresas estatais, que são as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

3.2.1.1. Empresa Pública

As empresas públicas têm a sua definição dada pelo inciso II, do art. 5.º, do Decreto-lei 200, nos seguintes termos:

II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei 900, de 1969)

Na doutrina o conceito é dado de maneira mais exata, como, por exemplo, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 172):

“Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.”

Principais características das empresas públicas

- 1. Objeto:** exploração de atividade econômica de titularidade privada ou pública (serviço público);
- 2. Personalidade jurídica:** de direito privado;
- 3. Sócios:** exclusivamente pessoas de direito público (ou de suas entidades de administração indireta);
- 4. Tipo societário:** podem adotar qualquer um;
- 5. Competência processual:** Justiça Federal;
- 6. Criação:** mediante autorização legislativa;
- 7. Não se aplica a Lei 11.101/2005** (Lei de Falências e Recuperação de Empresas);
- 8. Exemplos:** Caixa Econômica Federal – CEF; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

3.2.1.2. Sociedade de Economia Mista

O Estado tem a faculdade de explorar atividade econômica controlando uma sociedade anônima e compartilhando o capital com outros acionistas, **que não precisam ser pessoas jurídicas de direito público, ou seja, qualquer investidor interessado, pessoa natural ou jurídica, pode ser sócio do Estado em empreendimentos econômicos nas sociedades de economia mista.**

As sociedades de economia mista têm a sua definição dada pelo inciso III, do artigo 5.º do Decreto-lei 200, nos seguintes termos:

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei 900, de 1969)

A disciplina societária das sociedades de economia mista está prevista na Lei 6.404/1976 (Lei de Sociedade por Ações), em especial nos artigos 235 a 240. Se a companhia de economia mista for de capital aberto, assim como as demais sociedades anônimas abertas também estará sujeita a regulação da Comissão de Valores Mobiliários, **veja que por intermédio das sociedades de economia mista o Estado desenvolve atuação direta no domínio econômico e mesmo nestes casos também está adstrito ao seu controle indireto, até por que atua como pessoa jurídica de direito privado.** Outra característica societária da companhia de economia mista é que necessariamente terão conselho de administração.

Principais características das sociedades de economia mista

- 1. Objeto:** exploração de atividade econômica de titularidade privada ou pública (serviço público);
- 2. Personalidade jurídica:** de direito privado;

3. Sócios: pessoas de direito público (ou de suas entidades de administração indireta) e pessoas físicas, jurídicas de direito privado entre outros;

4. Tipo societário: obrigatoriamente sociedade anônima;

5. Competência processual: Justiça Estadual;

6. Criação mediante autorização legislativa;

7. Não se aplica a Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas);

8. Exemplos: Banco do Brasil S/A; Petrobras.

3.2.1.3. Prestação de serviços públicos

O legislador constitucional tratou da prestação de serviços públicos no Título específico da ordem econômica e financeira, o que faz crer que a distinção, em alguns casos, **de atividade econômica privada e serviço público é extremamente sutil, pois ambos são atividades de satisfação de necessidades humanas, portanto, econômicas.**

A dificuldade surge quando procuramos um critério preciso para separar as atividades econômicas que constituem serviços públicos e, portanto, são prestadas como tal e as demais que podem ser realizadas pela iniciativa privada. **Daí a necessidade de separar os serviços públicos não privativos do Estado daqueles privativos,** ou seja, que podem ser transferidos ao agente econômico privado, por meio de concessão, permissão e autorização. Nesse sentido Eros Roberto Grau (2010, p. 123):

“Assim, o que torna os chamados *serviços públicos não privativos* distintos dos *privativos* é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.”

O art. 175 da Constituição de 1988 assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – obrigação de manter serviço adequado.

Caberá à Administração Pública decidir se prestará diretamente o serviço público, se delegará para uma empresa estatal, e por último se concederá ou permitirá a uma empresa privada a sua prestação. **Como se percebe, as sociedades de economia mista e as empresas estatais podem atuar diretamente na exploração de atividade econômica sob o regime de direito público, quando prestar serviço público ou sob regime de direito privado, quando desenvolver atividade econômica de domínio privado.**

A definição de serviço adequado é dada pelo artigo 6.º da Lei 8.987/1995, nos termos:

Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas

normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2.º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

3.2.1.4. Concessão e permissão de serviço público

Uma das maneiras de o agente econômico privado prestar serviço público fazendo as vezes do Estado é por intermédio dos contratos de concessão e permissão. Ambos são regulados pela Lei 8.987/1995 que em seu art. 2.º realiza as seguintes definições:

Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de

interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

É bom lembrar que a concessão corresponde a uma maneira contratual de **vincular Estado com agente econômico privado**, sendo a escolha deste agente sempre feita por intermédio de procedimento licitatório.

O artigo 23 da Lei 8987/1995 determina que as cláusulas essenciais do contrato de concessão são as relativas:

- ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

- à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- aos casos de extinção da concessão;
- aos bens reversíveis;
- aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- às condições para prorrogação do contrato;
- à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Para a solução de possíveis litígios, a legislação também autoriza a previsão de mecanismos privados de solução de litígios, sobretudo a arbitragem. Observando que a concessionária responderá por todos os prejuízos ocasionados aos usuários, a concedente e também a terceiros.

A extinção da concessão pode ocorrer por:

- término do prazo contratual;
- encampação;
- caducidade;
- rescisão;
- anulação;
- falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular.

Como observação final, o artigo 40 da Lei 8.987/1995 dispõe que:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

3.2.1.5. Parcerias Público-Privadas – PPP

Os recursos financeiros públicos não são mais suficientes para a satisfação das necessidades econômicas realizadas exclusivamente pelo Estado na forma da prestação de serviços públicos. **A busca por investimentos privados possibilita a realização por parte do Estado de projetos necessários ao desenvolvimento nacional.** Dessa maneira, surgiu a possibilidade de o Estado compartilhar o desenvolvimento de atividades econômicas essenciais (serviços públicos) **em parceria** com os empreendedores privados.

A Lei 11.079/2004 definiu e classificou as modalidades de parcerias público-privadas, nos exatos termos:

Art. 2.º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1.º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2.º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3.º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4.º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Algumas diretrizes contratuais são determinadas na legislação de regência das parcerias público-privadas (art. 4.º), quais sejam:

- eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- transparência dos procedimentos e das decisões;
- repartição objetiva de riscos entre as partes;
- sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

O contrato de concessão para ser celebrado depende da constituição de uma sociedade de propósito específico (SPE) que implantará e gerenciará o desenvolvimento do projeto de parceria e de acordo com os parágrafos do art. 9.º da Lei 11.079/2004:

- a transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
- sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.
- a sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.
- é vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades, salvo se a eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico seja feita por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Por fim, sempre será precedida de licitação na modalidade de concorrência a contratação de parceria público-privada.

3.2.1.6. Monopólios da União

O Estado resguarda algumas atividades econômicas que são por ele exclusivamente realizadas. A justificativa para retirar do domínio econômico algumas atividades determinadas consiste em motivos, sobretudo, de segurança nacional e interesse coletivo, uma vez que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência informam toda a exploração de atividade econômica no País, tanto é que **o monopólio estatal é aplicado apenas nas áreas de petróleo, gás natural e minerais nucleares.**

Para compreender os limites legais para a criação de monopólios de exploração de determinadas atividades pelo Estado, André Ramos Tavares (2003, p. 285) explica que:

“Ora, como facilmente se depreende, a Constituição impede a criação de monopólio criado por força econômica privada e, ademais, impede o monopólio criado por força da vontade única do Estado, salvo nos casos que especificou. Os monopólios naturais ou tecnológicos não se incluem nas proibições mencionadas. No último caso, em realidade, não se configura verdadeira situação de monopólio, restando o mercado aberto à concorrência, que certamente surgirá. Quanto ao monopólio natural, tem sido ele explorado por meio de licitações, em que o Estado se resguarda para fins de promoção da fiscalização. Vale consignar que a licitação já significa uma competição, artificialmente criada (universo circunscrito aos habilitados), no momento inaugural (de escolha) do agente econômico que era desempenhar a atividade.”

O monopólio estatal representa uma situação de direito cuja finalidade é tutelar o interesse público. O monopólio resultante da atividade econômica privada recebe disciplina jurídica distinta do monopólio estatal que não está adstrito obviamente ao cumprimento das leis contra o abuso do poder econômico no que diz respeito às estruturas competitivas de mercado. Os agentes privados também podem operar em regime de monopólio, por exemplo, **na exploração de tecnologias suscetíveis de patentes** (invenções e modelos de utilidade), nos prazos estabelecidos em lei ou mesmo no caso de eficiência extrema que lhe atribua todo o mercado de consumo de determinada mercadoria ou serviço, o que dificilmente se realizará.

Na doutrina encontramos com fundamentos da criação de monopólios estatais apontamento como os realizados por Gilberto Bercovici (2011, p. 279) nos termos:

“O monopólio estatal é um instrumento da coletividade no moderno Estado intervencionista. Trata-se de uma técnica de atuação estatal, utilizada para realizar determinada tarefa a mando do interesse público. (...) O monopólio estatal é um instituto jurídico, não de fato, cuja origem é a exteriorização do Poder Público. As normas que o instituem são de direito público, o que não impede que o monopólio seja

administrado por uma pessoa jurídica de direito privado. O fundamento do exercício e a realização do monopólio é a necessária condução estatal da política econômica.”

O art. 177 da Constituição de 1988 dispõe que:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1.º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2.º A lei a que se refere o § 1.º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3.º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4.º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e os seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto de uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Como observado, com exceção do objeto do inciso V, dos monopólios descritos anteriormente, todos os outros poderão ser realizados por empresas estatais ou privadas se contratado com a União. **Ainda cumpre observar que, quando o Estado resolve desenvolver atividade econômica no regime de monopólio, o faz por absorção, enquanto que quando concorre com a iniciativa privada o faz por participação.**

A contratação com empresas estatais ou privadas está disciplinada na Lei 9.478/1997, que em seu capítulo V cuida da exploração e da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos que serão exercidas mediante contratos de concessão, **precedidos de licitação**. Nos termos da lei mencionada os contratos de concessão deverão prever duas fases, uma de exploração e outra de produção. Deve-se observar também

que **é possível a transferência do contrato de concessão**. O art. 26 da Lei 9.478/1997 disciplina a concessão nos exatos termos:

Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

A lei que dispõe do transporte e utilização de materiais radioativos é a de nº 10.308 de 2001, que estipula regras para o destino final dos rejeitos radioativos produzidos em território nacional, incluídos a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos radioativos.

A contribuição de intervenção no domínio econômico será tratada mais à frente sob a condição de intervenção indireta na atividade econômica.

Ainda cumpre observar que entendemos que **a Constituição de 1988 não veda a criação de novos monopólios estatais**, desde que ocorra uma das situações previstas no artigo 173 da CF (segurança nacional e relevante interesse coletivo).

Por fim, o legislador constitucional também cuidou da exploração de jazidas e demais recursos minerais, principalmente nas possibilidades de autorização e concessão da União, vejamos *in verbis* as disposições:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem a União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1.º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante

autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha a sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2.º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3.º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4.º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Aqui valem as observações realizadas por Gilberto Bercovici (2011, p. 291):

“(...) a natureza jurídica do contrato de concessão de exploração de petróleo, assim como o contrato de concessão de lavra mineral, é a de um contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis, cujo regime jurídico é distinto em virtude da Constituição e da legislação ordinária, portanto, a de um contrato de direito público. Estas concessões são atos administrativos constitutivos pelos quais o poder concedente (a União) delega poderes aos concessionários para utilizar ou explorar um bem público.”

Vale ressaltar que: **o contrato de concessão de lavra mineral é a de um contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis.**

3.2.2. Intervenção indireta

As determinações constitucionais ao Estado regulador serão estudadas de forma pormenorizada mais à frente. Entretanto, aqui cabe o estudo preliminar dos mandamentos constitucionais a serem exercidos pelo Estado **como agente normativo e regulador da**

atividade econômica, que encarta as **funções de fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (*caput* do art. 174 da CF). Dessa forma, assim determina a Constituição Federal:

- a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (§ 1.º, art. 174);
- a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo (§ 2.º, art. 174);
- o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros (§ 3.º, art. 174);
- as cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei (§ 4.º, art. 174).

O estudo anterior do artigo 173 da Constituição Federal já delimitou as hipóteses ou justificativas para que o Estado desenvolva diretamente qualquer atividade econômica, mas independentemente de sua atuação direta, outras formas de intervenção são possíveis e necessárias para que a economia seja direcionada ao cumprimento dos **objetivos do Estado brasileiro**.

Como explica Alberto Venâncio Filho (1968, p. XVI):

“Ao analisarmos a intervenção do Estado no domínio Econômico, sob o ponto de vista jurídico, e que representa hoje em dia, em quase todos os países, objeto do Direito Público Econômico, partimos da grande divisão, proposta por Bernard Chenot, em dois grandes ramos, o ramo do Direito Regulamentar, no qual o Estado

desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do Direito Institucional, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico.”

O conjunto de temas expostos no artigo 174 da CF exige do Estado, além do seu conhecimento, uma integração na sua aplicação, pois, como se percebeu, o legislador constitucional descreveu alguns temas de política econômica a serem desenvolvidas. Como observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 247-248):

“Ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de *política econômica*, peculiares a cada campo de atuação. A *política econômica* tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o *crescimento sustentado da economia*, assegurar o *pleno emprego dos fatores de produção*, particularmente da mão de obra, uma *relativa estabilidade de preços*, e garantir o *equilíbrio da balança de pagamentos*. Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de *medidas de política econômica* que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída. É imperioso notar que a adoção de uma determinada medida não exclui outras, até porque a utilização isolada de certa medida terá efeitos negativos em outros setores, de tal forma que se pode e se deve afirmar que a situação de equilíbrio buscada como perfeita continuará sendo sempre uma meta a ser alcançada.”

É muito difícil ser criterioso para configurar o grau de inferência do Estado no domínio econômico. Afinal, uma série de hipóteses de participação e de controle é utilizada cotidianamente pelo Estado na condução da atividade econômica própria e de empreendedores particulares. Mas a classificação que aponta o Estado **como regulador e normatizador da atividade econômica considera a modalidade de intervenção como indireta.**

Como bem qualifica Marçal Justen Filho (2010, p. 656):

“A *regulação* consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos.” (grifos do original)

A **fiscalização estatal** funciona como uma forma de acompanhamento do desenvolvimento de atividade econômica por intermédio dos agentes econômicos para que se constate se algumas das bases fixadas na Constituição, o que se fez por intermédio da estipulação de princípios, estão sendo relegadas. De forma objetiva, **fiscalizar** significa observar o cumprimento das regras e princípios impostos.

Os **incentivos estatais** ao contrário da fiscalização não funcionam no acompanhamento do mercado, mas como indicador da direção que devem tomar os agentes econômicos, sempre que o Estado entender por bem que a concessão de algum benefício, vantagem ou estímulo sejam necessários para desenvolver determinada atividade e cujo benefício seja público e não particular apenas, assim deve fazer (incentivar).

O **planejamento** funciona como um método de desenvolvimento de qualquer atividade econômica de forma eficiente. Portanto, não cabe apenas ao agente econômico privado a preocupação com o desenvolvimento da produção, consumo, tecnologia etc. O Estado também deve *organizar* a atividade econômica que realiza direta ou indiretamente para alcançar os fins propostos na ordem econômica.



3.2.2.1. Agências reguladoras independentes

As agências reguladoras são autarquias especiais, portanto fazem parte da administração indireta do Estado e também configuram uma **forma de intervenção indireta** do Estado no domínio econômico. Assim, é comum qualificar algumas autarquias como especiais, mas sem lhes identificar o significado da expressão. Como ensina Marçal Justen Filho (2010, p. 208):

“Costuma-se aludir à existência de autarquias especiais. Ainda que a expressão ‘*autarquia especial*’ comporte inúmeros significados, um núcleo fundamental consiste na ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos. A produção dos atos de competência da autarquia não depende da aprovação prévia ou posterior da Administração direta, tal como não se verifica uma competência de revisão desses atos.”

As características das agências são disciplinadas em leis específicas de acordo com o setor econômico **sob regulação**, mas, de forma geral, as suas finalidades comuns podem ser reunidas nos termos propostos por Fernando Herren Aguillar (2006, p. 202):

“Sete funções caracterizam as Agências Reguladoras, do ponto de vista jurídico:

a) são entes reguladores de natureza autárquica especial: recebem competência para formatar determinadas atividades econômicas, criando

regras e executando-as, dentro de um contexto de relativa autonomia em relação ao governo;

b) realizam contratações administrativas relacionadas à sua atividade: concedem, autorizam, realizam licitações públicas;

c) fiscalizam o cumprimento das regras e contratos sob sua competência;

d) sancionam infratores;

e) ouvem os usuários dos serviços regulados, realizam audiências públicas;

f) arbitram conflitos;

g) emitem pareceres técnicos em questões relacionadas à concorrência nos processos sujeitos ao controle do CADE.”

A atuação do Estado por intermédio de agências reguladoras depende da estrutura e composição do órgão, bem como dos interesses que de fato são defendidos quando da atuação no setor econômico regulado. A competência atribuída pela legislação de regência das agências **deve ser específica em suas finalidades e objetivos**, para que possam ser medidos os resultados da regulação. No Brasil, pelo menos por enquanto, alguns setores regulados são responsáveis, por exemplo, pelo descumprimento de uma grande quantidade de direitos dos consumidores (protegidos pela ordem constitucional), o que ressalta que a regulação ainda não encontrou no País o desempenho esperado.

3.2.2.1.1. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP

A Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, cuida da política energética nacional e das atividades relativas ao monopólio do petróleo. A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP também foi instituída por esta lei.

No art. 1.º da Lei 9.478/1997, o aproveitamento racional das fontes de energia estará compreendido nas políticas nacionais que tem por objetivos, entre outros:

- preservar o interesse nacional;
- promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;
- proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;
- garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2.º do art. 177 da Constituição Federal;
- incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;
- atrair investimentos na produção de energia;
- ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

Como é plenamente identificável, os objetivos das políticas nacionais de aproveitamento das fontes de energia coadunam com os princípios da ordem econômica previstos no artigo 170 da Constituição de 1988.

Os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pertencem à União, estejam os recursos em terra, mar territorial, plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

A ANP está vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tem a sua sede no Distrito Federal sendo sua finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas ligadas ao petróleo, gás natural e biocombustíveis. Assim, nos termos do art. 8.º da Lei 9.478/1997 lhe cabe, entre outras competências:

- implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão ou contratação sob o regime de partilha de produção das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
- regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não exclusivas;
- elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;
- fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;
- instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;
- fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano

Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4.º da **Lei 8.176, de 8 de fevereiro de 1991**;

A ANP possui uma Diretoria composta por cinco diretores, sendo um nomeado como Diretor-Geral, todos indicados pelo Presidente da República e submetidos à sabatina pelo Senado Federal. Os mandatos serão de quatro anos. Integrará a estrutura da ANP um Procurador-Geral.

A Petrobras, nos termos do artigo 61 da Lei 9.478/1997:

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1.º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela Petrobras em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

§ 2.º A Petrobras, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do território nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social.

3.2.2.1.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

A criação da ANATEL se deu com a vinda da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que trata da organização dos serviços de telecomunicações no País. Em nome da União, **a ANATEL deve**

disciplinar e fiscalizar a execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Os objetivos da ANATEL estão vinculados aos deveres impostos ao Poder Público que são:

- garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
- estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;
- adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;
- fortalecer o papel regulador do Estado;
- criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;
- criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

A ANATEL está vinculada ao **Ministério das Comunicações** e tem sede no Distrito Federal tendo o seu Conselho Diretor como órgão máximo além de um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria. A atividade e o controle exercido pela Agência são determinados nos Títulos II e III da Lei 9.472/1997, reproduzidos no que interessa abaixo, tanto sob o regime público quanto privado:

TÍTULO II

DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME PÚBLICO

Capítulo I

Das Obrigações de Universalização e de Continuidade

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1.º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2.º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1.º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2.º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I – Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do *caput*, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I – subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II – pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

TÍTULO III

DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME PRIVADO

Capítulo I

Do Regime Geral da Exploração

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

I – a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;

II – a competição livre, ampla e justa;

III – o respeito aos direitos dos usuários;

IV – a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;

V – o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;

VI – a isonomia de tratamento às prestadoras;

VII – o uso eficiente do espectro de radiofrequências;

VIII – o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

IX – o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

X – a permanente fiscalização.

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I – a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II – nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III – os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas

específicas e relevantes;

IV – o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V – haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2.º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.

Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos.

3.2.2.1.3. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária foi definido pela Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que também criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária **vinculada ao Ministério da Saúde** para exercer as **atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária e que, em conjunto com o Ministério da Saúde** e os demais órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que se relacionem com o sistema, nos termos do art. 2.º da Lei 9.782/1999, deverão:

- definir a política nacional de vigilância sanitária;
- definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
- normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde;

- exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios;
- acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais de vigilância sanitária;
- prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
- atuar em circunstâncias especiais de risco à saúde; e
- manter sistema de informações em vigilância sanitária, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O art. 6.º da lei de regência determina a finalidade da ANVISA, nos termos:

Art. 6.º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

A competência da ANVISA é determinada no artigo 7.º, que determina que a agência deve, entre outras tarefas:

- coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
- fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições;
- estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
- estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

- intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional, obedecido o disposto no art. 5.º da Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2.º da **Lei 9.695, de 20 de agosto de 1998**;
- autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8.º desta Lei e de comercialização de medicamentos;
- conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;
- interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional;
- monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde.

3.2.2.1.4. Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS

Criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a ANS está vinculada ao Ministério da Saúde e funciona como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que

garantam a assistência suplementar à saúde. O art. 4.º da Lei de Regência dispõe que, entre outras incumbências, compete à ANS:

- propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar – Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;
- estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na **Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**, e suas excepcionalidades;
- fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;
- estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;
- estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS;
- estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;
- deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;
- normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;
- definir, para fins de aplicação da **Lei 9.656, de 1998**, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;
- estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos **arts. 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998**;

- estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1.º do **art. 1.º da Lei 9.656, de 1998**;
- decidir sobre o estabelecimento de subsegmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei 9.656, de 1998;
- estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;
- estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;
- monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;
- autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 [entende-se Lei 12.529/2011];
- fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento.

A gestão da ANS é exercida por uma Diretoria Colegiada, sendo que os diretores serão nomeados pelo Presidente da República após prévia aprovação do Senado Federal.

3.2.2.1.5. Agência Nacional de Águas – ANA

A Lei 9.984, de 17 de julho de 2000, criou a ANA, que tem a finalidade de implementar a política nacional de recursos hídricos e de coordenar o sistema nacional de recursos hídricos. A ANA é vinculada ao Ministério de Meio Ambiente e tem como competências fixadas no artigo 4.º da Lei 9.984/2000:

- supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos;
- disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;
- outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5.º, 6.º, 7.º e 8.º;
- fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União;
- elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do **inciso VI do art. 38 da Lei 9.433, de 1997;**
- estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica;
- implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União;
- arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no **art. 22 da Lei 9.433, de 1997;**

- planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios;
- promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos;
- definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas;
- promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias;
- organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;
- estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos;
- prestar apoio aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos;
- propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos;
- participar da elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos e supervisionar a sua implementação;
- regular e fiscalizar, quando envolverem corpos d'água de domínio da União, a prestação dos serviços públicos de

irrigação, se em regime de concessão, e adução de água bruta, cabendo-lhe, inclusive, a disciplina, em caráter normativo, da prestação desses serviços, bem como a fixação de padrões de eficiência e o estabelecimento de tarifa, quando cabíveis, e a gestão e auditoria de todos os aspectos dos respectivos contratos de concessão, quando existentes;

- organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB);
- promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de barragens;
- coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de forma consolidada.

A ANA será dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco diretores, nomeados pelo Presidente da República, sendo a todos vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária.

Segundo o art. 33 da Lei 9.433/1997, integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos os seguintes órgãos:

- a) Conselho Nacional de Recursos Hídricos;
- b) Agência Nacional de Águas;
- c) os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal;
- d) os Comitês de Bacia Hidrográfica;
- e) os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos;
- f) as Agências de Água.

3.2.2.1.6. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

Como impõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

A ANTAQ e a ANTT foram criadas pela Lei 10.233, de 5 junho de 2001, que em seu artigo 20 estabelece os objetivos das agências, nos termos:

- implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;
- regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:
 - garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;
 - harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que

configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

A esfera de atuação da ANTT compreende:

- o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;
- a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;
- o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- o transporte rodoviário de cargas;
- a exploração da infraestrutura rodoviária federal;
- o transporte multimodal;
- o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A esfera de atuação da ANTAQ compreende:

- a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso;
- os portos organizados e as Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte;
- os terminais portuários privativos e as Estações de Transbordo de Cargas;
- o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas;
- a exploração da infraestrutura aquaviária federal.

A ANTT e a ANTAQ têm como órgão máximo a Diretoria e contarão também com um Procurador-Geral, um Ouvidor e um Corregedor. Os diretores devem ser brasileiros de reputação ilibada e com formação universitária além de elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos. A nomeação dos

diretores é feita pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

3.2.2.1.7. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

A ANEEL foi instituída pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, é vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Nos termos do artigo 3.º da Lei 9.427/1996 é da competência da ANEEL, entre outras:

- implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**;
- promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
- gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;
- dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

- fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o **§ 6.º do art. 15 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;
- articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;
- estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;
- estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;
- aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre;
- promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado;

A competência legal fixada para as agências reguladoras revela de maneira geral, como ocorre no caso da ANEEL, uma preocupação intensa com o cumprimento dos princípios constitucionais da ordem econômica. **A função primordial das agências consiste em**

fazer com que o mercado específico opere de maneira eficiente, o que repercute na qualidade do serviço e na satisfação do consumidor, além de coordenar os investimentos necessários para a expansão do setor.

3.2.2.1.8. Agência Nacional de Cinema – ANCINE

A atividade cultural também pode ser explorada economicamente e regulada pelo Estado, aqui a função de incentivo é muito maior do que de fiscalização e planejamento. Os princípios gerais da política nacional de cinema foram determinados na Medida Provisória 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, nos termos:

- promoção da cultura nacional e da língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e audiovisual nacional;
- garantia da presença de obras cinematográficas e videofonográficas nacionais nos diversos segmentos de mercado;
- programação e distribuição de obras audiovisuais de qualquer origem nos meios eletrônicos de comunicação de massa sob obrigatória e exclusiva responsabilidade, inclusive editorial, de empresas brasileiras, qualificadas na forma do § 1.º do art. 1.º da Medida Provisória 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, com a redação dada por esta Lei;
- respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras.

A ANCINE é vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e funciona como órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videográfica, mas como anteriormente abordado a sua **primordial função é de incentivo**.

3.2.2.1.9. Outras Agências

A intervenção indireta do Estado no domínio econômico não é realizada apenas por autarquias que sustentam a expressão “**agência**” em seus nomes. Outras autarquias como, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários – **CVM**, o Banco Central do Brasil – **BACEN** e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE** também representam o Estado no papel de regulador da atividade econômica.

No caso da CVM, a regulação por intermédio da fiscalização e regulamentação do mercado de valores mobiliários atribui à entidade a natureza de agência reguladora. O BACEN, da mesma maneira, também exerce funções de regulamentação, fiscalização e planejamento do setor bancário no Brasil. No caso do CADE, a autarquia não possui funções de regulamentação da competição no Brasil, mas, ao impor obrigações aos agentes econômicos, seja na análise de condutas ou de estruturas de mercado, é patente a sua função regulatória, ainda que diferente das demais, pois não regula um setor econômico específico, mas sim a conduta das empresas em quaisquer mercados no que diz respeito à concorrência.

3.2.2.2. Agências executivas

As agências executivas são autarquias ou fundações **que têm por finalidade a execução ou a implementação de atividades administrativas**. A Lei 9.649/1998 que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, em seus artigos 51 e 52 trataram especificamente das agências executivas, nos termos:

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1.º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§ 2.º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Art. 52. Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

§ 1.º Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

§ 2.º O Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

Identificar alguma particularidade das agências executivas que agregue algo de novo nas autarquias é tarefa complicada, tanto é que alguns doutrinadores, como, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 450), assim entendem:

“Em nosso entender, porém, as agências executivas não apresentam qualquer peculiaridade que possa distingui-las das clássicas autarquias, salvo, como é obvio, a criação da então desconhecida nomenclatura que lhes foi atribuída – a de **agências**. Nas agências reguladoras ainda é possível admitir certo grau de inovação, porque decorrem do regime de privatização, implantado em época relativamente recente e

para o fim de reforma administrativa. É que, ampliando-se o número de particulares prestadores de serviços públicos em substituição ao Estado, far-se-ia necessário realmente instituir novas entidades com a função específica de controle. Mas nada há de inovador em qualificar-se de **agência executiva** a entidade autárquica que se dedique a exercer atividade estatal descentralizada, e isso pela singela razão de que esse sempre foi o normal objetivo das autarquias.” (grifos do original)

Como se observa, a agência executiva é uma qualificação para as autarquias ou fundações, de forma que não há a constituição de uma nova pessoa jurídica em nenhuma hipótese. Uma vez terminado o contrato de gestão, a autarquia ou fundação perderá a qualificação de agência executiva.

Por fim, é bom esclarecer que as **agências executivas não possuem competência regulatória**.

3.2.2.3. Contribuição de intervenção no domínio econômico

As contribuições chamadas de interventivas (CIDes) após certa discussão doutrinária foram reconhecidas como **espécie de tributo** e em conjunto com as contribuições sociais e de interesse das categorias profissionais são tratadas no artigo 149 da Constituição Federal, nos termos:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

§ 2.º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III – poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3.º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4.º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Como observado no texto legal, as contribuições possuem finalidades determinadas pela lei, **são vinculadas na medida em que a sua hipótese de incidência advém de uma atuação estatal**. Não pairam dúvidas do caráter **extrafiscal** das contribuições de intervenção no domínio econômico que devem ser utilizadas pelo Estado para corrigir distorções na exploração da atividade econômica por alguns segmentos. Como pondera Eduardo Sabbag (2009, p. 467):

“O Brasil é um Estado intervencionista, propenso a adotar medidas voltadas ao comando da vida econômica por meio de sua atuação estatal. Nesse particular, justifica-se a existência de Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico ou CIDEs. De fato, há atividades econômicas que devem sofrer intervenção do Estado Federal, a fim de que sobre elas se promova ora um controle fiscalizatório, regulando seu fluxo produtivo, ora uma atividade de fomento, tendente à melhoria do setor beneficiado, escolhido com pontualidade.

Assim, a União, em seu propósito desenvolvimentista, realiza atividades de efetiva intervenção no controle do mercado, exigindo-se as CIDEs, no contexto da

referibilidade, para financiar os custos e encargos correspondentes.”

A criação de contribuições interventivas, como visto, é uma das possibilidades indiretas de o Estado atuar no domínio econômico e não há dúvidas de que funcionam como instrumentos de regulação econômica. Aqui vale a observação de Regina Helena Costa (2009, p. 133):

“Caracterizam-se por serem tributos setoriais, isto é, por abrangerem ramos da atividade econômica específicos, como o canavieiro, o da navegação mercantil etc. Daí restar evidente o caráter extrafiscal dessas contribuições, pois constituem instrumentos autorizados à União voltados ao direcionamento do comportamento dos particulares, nos diversos segmentos do domínio econômico.”

O § 4.º do art. 177 da Constituição Federal estipula regras específicas para as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, nos termos:

Art. 177. (...)

(...)

§ 4.º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Como já dito anteriormente, a contribuição interventiva trata-se de tributo cujas finalidades são determinadas por lei, é o que fazem nestes casos as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II transcrito acima, que regulam a destinação da contribuição arrecadada.

3.2.2.4. Incentivo ao turismo

O legislador constitucional elegeu o turismo como um dos fatores de desenvolvimento social e econômico, de forma que a **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão promover e incentivá-lo (art. 180, CF)**. Entretanto, sabe-se que o desenvolvimento do turismo é consequência do próprio desenvolvimento cultural, que funciona como mecanismo de atração e respeito de pessoas de outras regiões e de outros países. Da mesma maneira, a divulgação de fatos que atestam a desorganização do turismo nacional e o seu consequente efeito na hospitalidade nacional contribui para o afastamento dos turistas, que preferem outros lugares onde de fato o Estado investe no bem-estar dos turistas. **O desenvolvimento do turismo depende de incentivo estatal à indústria brasileira de turismo, o que se faz com carga tributária competitiva, segurança e infraestrutura.**

3.2.2.5. Intervenção na propriedade

Os institutos de direito privado, como o **contrato** e a **propriedade**, os quais o princípio da **autonomia da vontade** sofre as atuais limitações decorrentes do cumprimento de sua função social, representa uma maneira de atuação do Estado no domínio econômico, no caso, indireta. Ao tratar da ordem econômica na Constituição de 1988, os capítulos II e III (arts. 182 a

191) cuidam da política urbana e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária respectivamente. A justificativa para tais capítulos terem sido inseridos no Título da Ordem Econômica consiste no fato de os dispositivos legais contemplarem uma série de formas de **intervenção indireta** do Estado no direito de propriedade.

A proteção do direito de propriedade é limitada pelo interesse público que demanda o cumprimento de uma finalidade social. A propriedade não é um direito absoluto do titular do domínio que possui a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver o bem, mas não pode exercer o seu direito de maneira ilimitada e sem cumprir a sua **função social**.

Dessa forma, passaremos a tratar dos principais aspectos constitucionais da **intervenção indireta do Estado no domínio privado**, seja para planejar por meio de políticas públicas ou para limitar o direito de propriedade.

3.2.2.5.1. Política urbana e plano diretor

A política urbana é determinada nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal da **competência do município**, que tem por finalidade proporcionar o desenvolvimento das funções sociais da cidade com a fixação de diretrizes que desencadeiem o bem-estar dos seus habitantes (*caput* do art. 182 da CF).

O **plano diretor é obrigatório para os municípios com mais de 20 mil habitantes** e deve funcionar como a ferramenta básica para a realização das diretrizes políticas de desenvolvimento e expansão do município (§ 1.º do art. 182 da CF).

São finalidades do plano diretor:

- a) fazer cumprir a propriedade urbana a sua função social (§ 2.º do art. 182 da CF);

b) especificar a área na qual é facultado ao poder público exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (§ 4.º do art. 182 da CF).

A legislação ordinária cuida da execução da política urbana por intermédio da Lei 10.257/2001, que, devido à sua importância, merece ser transcrita e lida integralmente:

LEI 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001

CAPÍTULO I

DIRETRIZES GERAIS

Art. 1.º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social **que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.**

Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a **idades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da **participação da população** e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – **cooperação entre os governos, a iniciativa privada** e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – **ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:**

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres naturais;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – **recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;**

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – **simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias,** com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Art. 3.º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II – legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

IV – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

V – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

CAPÍTULO II

DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

Seção I

Dos instrumentos em geral

Art. 4.º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação;

b) servidão administrativa;

c) limitações administrativas;

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

e) instituição de unidades de conservação;

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

g) concessão de direito real de uso;

h) concessão de uso especial para fins de moradia;

- i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
- l) direito de superfície;
- m) direito de preempção;
- n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
- o) transferência do direito de construir;
- p) operações urbanas consorciadas;
- q) regularização fundiária;
- r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
- s) referendo popular e plebiscito;
- t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
- u) legitimação de posse.

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

§ 1.º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 2.º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.

§ 3.º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a

participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

(...)

Seção III

Do IPTU progressivo no tempo

Art. 7.º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5.º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5.º do art. 5.º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1.º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o *caput* do art. 5.º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2.º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8.º.

§ 3.º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

Seção IV

Da desapropriação com pagamento em títulos

Art. 8.º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1.º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2.º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2.º do art. 5.º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3.º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4.º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5.º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6.º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5.º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5.º desta Lei.

Seção V

Da usucapião especial de imóvel urbano

Art. 9.º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua

família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3.º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2.º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3.º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4.º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de

execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5.º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Art. 11. Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de composesse;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

§ 1.º Na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

§ 2.º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário.

(...)

CAPÍTULO III DO PLANO DIRETOR

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2.º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1.º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2.º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3.º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4.º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

§ 5.º (VETADO)

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

VI – incluídas no Cadastro Nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

§ 1.º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do *caput*, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas.

§ 2.º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5.º desta Lei;

II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;

III – sistema de acompanhamento e controle.

Art. 42-A. Além do conteúdo previsto no art. 42, o plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverá conter:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm-art26

I – parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e a contribuir para a geração de emprego e renda;
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm-art26)

II – mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos;
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm-art26)

III – planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastre;
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm-art26)

IV – medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; e
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm-art26

V – diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, se houver, observadas a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e demais normas federais e estaduais pertinentes, e previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 1º A identificação e o mapeamento de áreas de risco levarão em conta as cartas geotécnicas.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 2º O conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 3º Os Municípios adequarão o plano diretor às disposições deste artigo, por ocasião de sua revisão, observados os prazos legais.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 4º Os Municípios enquadrados no inciso VI do art. 41 desta Lei e que não tenham plano diretor aprovado terão o prazo de 5 (cinco) anos para o seu encaminhamento para aprovação pela Câmara Municipal.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

Art. 42-B. Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a data de publicação desta Lei deverão elaborar projeto específico que contenha, no mínimo:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

I – demarcação do novo perímetro urbano;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

II – delimitação dos trechos com restrições à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

III – definição de diretrizes específicas e de áreas que serão utilizadas para infraestrutura, sistema viário, equipamentos e instalações públicas, urbanas e sociais;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

IV – definição de parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e contribuir para a geração de emprego e renda;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

V – a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

VI – definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural; e

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

VII – definição de mecanismos para garantir a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização do território de expansão urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária resultante da ação do poder público.

§ 1º O projeto específico de que trata o *caput* deste artigo deverá ser instituído por lei municipal e atender às diretrizes do plano diretor, quando houver.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 2º Quando o plano diretor contemplar as exigências estabelecidas no *caput*, o Município ficará dispensado da elaboração do projeto específico de que trata o *caput* deste artigo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

§ 3º A aprovação de projetos de parcelamento do solo no novo perímetro urbano ficará condicionada à existência do projeto específico e deverá obedecer às suas disposições. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm - art26

3.2.2.5.2. Limitação administrativa

Como define Hely Lopes Meirelles (2002: 601):

“*Limitação administrativa* é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade *positiva* (fazer), *negativa* (não fazer) ou *permissiva* (deixar de fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.”

As limitações administrativas são extremamente comuns, como, por exemplo: as proibições de construção de prédios acima de determinada altura ou as frequentes limitações que classificam determinadas áreas exclusivamente como comerciais ou residenciais.

3.2.2.5.3. Tombamento

O tombamento representa uma restrição ao direito de propriedade cujo fundamento principal é a conservação de algum bem que interesse a coletividade. Aproveitamos o conceito proposto por Lucia Valle Figueiredo (2006, p. 314):

“Tombamento, de maneira singela, é o ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no conforto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a consequente inclusão no Livro do Tombo.”

A disciplina legal do procedimento de tombamento é prevista no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que em síntese determina que:

- constitui o patrimônio Histórico e Artístico Nacional **o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público**, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.
- só serão considerados parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico brasileiro, **depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo**.
- são também sujeitos a tombamento **os monumentos naturais**, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou grandeza ou agenciados pela indústria humana.
- o serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá **quatro Livros de Tombo**, o arqueológico,

etnológico e paisagístico; o histórico; o de belas artes e por fim o de belas artes aplicadas.

- o tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios **se fará de ofício**, por ordem do diretor do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mas deverá ser notificada à entidade a quem pertencer; ou cuja guarda estiver a coisa tombada a fim de produzir os necessários efeitos.
- o tombamento da coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado **se fará voluntária ou compulsoriamente**.
- as coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, **só poderão ser transferidas de uma a outra** das referidas entidades.
- o **tombamento definitivo** dos bens de **propriedade particular** será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do **registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio**.
- a coisa tombada não poderá sair do país, **senão por curto prazo**, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

3.2.2.5.4. Requisição

Como define Hely Lopes Meirelles (2002, p. 597):

“*Requisição* é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias. O

fundamento do instituto da requisição encontra-se no art. 5.º, XXV, da CF, que autoriza o *uso da propriedade particular, na iminência de perigo público, pelas autoridades competentes (civis ou militares).*”

A requisição é sempre **temporária e direta**, e pode gerar o direito de o proprietário receber **indenização**.

3.2.2.5.5. Servidão

A servidão administrativa é necessária, por exemplo, quando se tem necessidade de utilização de espaço particular para passar fios elétricos, aquedutos entre outros. **A utilidade pública justifica a concessão deste direito real** que afeta parcialmente os poderes do proprietário no que diz respeito ao uso e gozo do bem, o que pode gerar o direito de ser indenizado, devido a sua perda econômica ou da perda da utilidade que fruía.

Como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 775-777):

“Cumprir notar atenção para não confundir as servidões administrativas com as limitações administrativas à propriedade.

Do ponto de vista teórico, é profunda a distinção entre umas e outras. Enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha *dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito*, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito. Ou seja, a compostura do direito, legalmente definida, vem a sofrer uma compressão em nome do interesse público a ser extraído do bem sujeito à servidão.

Se é fácil teoricamente proceder à disceptação entre as duas categorias (limitações e servidões), o reconhecimento concreto das fronteiras entre ambas muitas vezes é tormentoso.

(...)

Em conclusão, como critério prático de discrimen propõe-se o seguinte:

(1) Se a propriedade não é afetada diretamente pela disposição abstrata da lei, mas em consequência de uma injunção específica da Administração, que individualize o bem ou os bens a serem gravados, está-se diante de uma servidão. Não haveria em tais hipóteses que falar em simples limitação administrativa. Em face disto, caberá indenização sempre que da injunção cogitada resultar um prejuízo para o proprietário do bem alcançado.

(2) Quando a propriedade é afetada diretamente pela lei, pode ou não configurar-se a servidão. Haverá esta, e não mera limitação administrativa, se o gravame implicar uma sujeição especial daquele bem ao interesse coletivo. Entende-se como sujeição especial aquela em que a utilidade social a ser obtida for singularmente *fruível* pelos membros da coletividade ou pela própria Administração através de seus órgãos, agentes, prepostos etc., consistindo o gravame em um dever de suportar (*pati*), e não simplesmente imposição de *non facere*.

Portanto, há servidão desde que ocorra uma dentre as seguintes duas hipóteses: derivar o gravame de um ato específico da Administração ou ficar o bem gravado em condição de ser singularmente fruível uma utilidade que ofereça. Fora destes casos, estar-se-á diante de simples limitação administrativa.”

3.2.2.5.6. Confisco (expropriação)

O confisco implica na transferência da propriedade sendo admitido unicamente quando se concretizar a situação descrita no art. **243 da Constituição de 1988**, nos termos:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e

reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

A expropriação de bens é regulada pela Lei 8.257 de 26 de novembro de 1991.

3.2.2.5.7. Desapropriação

Desapropriar significa transferir compulsoriamente a propriedade. Pode ocorrer em razão de **interesse social, necessidade ou utilidade pública**. O que perde a propriedade tem direito a receber a justa indenização. Como dispõe André Ramos Tavares:

“Por meio da desapropriação, o Estado está apto a superar os obstáculos à realização de obras e serviços públicos, decorrentes da propriedade privada. Assim o caso de criação de reservas ambientais, de construção de rodovias etc. A desapropriação está calcada na previsão constitucional da função social da propriedade e, ademais, na necessidade de desenvolvimento do país” (2003, p. 178).

No art. 5.º, XXIV, da Constituição Federal encontramos a definição dos fundamentos para a desapropriação, nos termos:

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Como explica Fábio Bellote Gomes (2011, p. 221-222):

“A desapropriação pode atingir tanto bens particulares como bens públicos pertencentes a entidades estatais distintas. Assim, a União pode efetuar a desapropriação de bens de propriedade dos Estados-membros e daqueles de propriedade das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública indireta estadual (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Os Estados, por seu turno, também podem desapropriar bens dos Municípios.”

O ato administrativo que promove a desapropriação é intitulado de **decreto expropriatório** e obrigatoriamente deve indicar a finalidade a ser dada ao bem após a desapropriação, se assim não for, ocorrerá desvio de finalidade, que nesse caso é intitulada pelos administrativistas de **tredestinação ilícita**, que possibilita o antigo proprietário promover ação judicial para exercer o seu direito a **retrocessão** do bem.

A desapropriação pode ser classificada conforme se dispõe a seguir:



A desapropriação comum ou ordinária pode ser motivada por **necessidade ou utilidade pública** e são reguladas pelo Decreto-lei 3.365/1941. A desapropriação especial ou extraordinária é motivada pelo **interesse social**, seja para a **reforma agrária**, seja para **adequação de imóvel aos parâmetros de desenvolvimento urbano municipal**.

A desapropriação prevista no art. 182, § 4.º, III da CF tem como pressuposto o não aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. A desapropriação, neste caso, poderá ser realizada mediante pagamento com títulos da dívida pública. Esta desapropriação é chamada de "**desapropriação-sanção**".

A **desapropriação de imóvel rural** também decorre do cumprimento da função social da propriedade que demanda que a sua exploração seja produtiva. Assim dispõe o texto constitucional:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor

real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1.º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2.º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3.º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4.º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5.º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

O próprio legislador constitucional estabeleceu parâmetros para a constatação do cumprimento do interesse público. Segundo o art. 186 da CF, o imóvel cumpre a sua função social quando simultaneamente atende os seguintes requisitos:

- aproveitamento racional e adequado;
- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Da mesma maneira, o legislador constitucional também estabeleceu critérios que limitam ou que tornam insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, que, de acordo com o art. 185, são os seguintes:

- a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- a propriedade produtiva.

3.2.2.5.8. Usucapião constitucional (urbano e rural)

Os imóveis particulares poderão ser adquiridos por usucapião quando o possuidor estiver por **mais de cinco anos ininterruptos e sem oposição** em área urbana **de até duzentos e cinquenta metros quadrados**, desde que o **utilize para a sua moradia ou de sua família** e também **não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural**. Tanto o homem quanto a mulher ou ambos, independentemente do estado civil, poderão ter para si o título de domínio e a concessão de uso. Por fim, ainda é necessário que o imóvel não seja público e que o direito seja conferido ao possuidor apenas uma vez (art. 183 e seus respectivos parágrafos).

No caso de imóveis rurais, a Constituição Federal assim dispõe:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Objetivamente como primeiros requisitos para a aquisição da propriedade, o requerente:

- **não poderá ser proprietário de outro imóvel;**
- **a área de terra não pode ser superior a 50 hectares;**
- **posse por cinco anos ininterruptos, sem oposição;**
- **tornar a terra produtiva por seu trabalho ou de sua família;**
- **morar nas terras.**

É bom observar que os requisitos dispostos no artigo 191 **devem ser somados** para garantir o direito de propriedade, inclusive no que diz respeito ao trabalho e moradia, ou seja, o usucapião depende de cinco anos de trabalho e moradia também, ainda que não ininterruptos.

3.2.2.6. Política agrícola e fundiária e da reforma agrária

O legislador constitucional mais uma vez utilizou a expressão **“política”** para deliberar sobre as diretrizes agrícolas e fundiárias e da reforma agrária. O Brasil por reconhecida capacidade agrícola deve desempenhar papel importante nesse setor. Dessa forma, o art. 187 da CF dispõe que a política agrícola será planejada e executada, com a participação efetiva do setor de produção (produtores e trabalhadores) levando em conta:

- os instrumentos creditícios e fiscais;
- os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia da comercialização;
- o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- a assistência técnica e a extensão rural;
- o seguro agrícola;
- o cooperativismo;
- a eletrificação rural e a irrigação;
- a habilitação do trabalhador rural.

A ordem econômica estabelece em seu capítulo III algumas regras espaçadas que cuidaram dos casos de desapropriação para fins de reforma agrária, do planejamento da política agrícola e do usucapião de imóvel rural. **A política agrícola deve ser entendida como um conjunto de princípios e regras que tem por finalidade determinar a exploração econômica da terra, cumprindo a propriedade a sua função social e satisfazendo o interesse social.**

O legislador constitucional concentrou os seus esforços ao tratar da reforma agrária na desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social (art. 184 da CF). No mais, nenhuma diretriz existe para a tal reforma. Entretanto, a legislação ordinária e complementar cuidou de forma acurada do tema, como, por exemplo: os princípios da política agrícola (Lei 8.174/1991); regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária (Lei 8.629/1993); pagamento de dívida representada por título da dívida agrária (Lei 9.393/1996); procedimento contraditório especial para o processo de desapropriação de imóvel rural por interesse social (LC 76/1993 e LC 88/1996); fundo de terras e da reforma agrária (LC 93/1998).

Como ensinam Silvia C. B. Opitz e Oswaldo Opitz (2011, p. 192):

“Um dos fins da reforma agrária é a `melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso’. Não se deve esquecer aqui que a distribuição da terra no Brasil se formou por intermédio de Portugal e que este influenciou muito na formação do nosso homem do campo. A mentalidade portuguesa calou fundo na colônia, tanto que até hoje nosso latifundiário ainda pensa como há duzentos anos. Daí a necessidade de se distribuir melhor a terra arável do País, despertando esses homens para a realidade presente, segundo a qual não é mais a grande propriedade que lhes dá prestígio, mas o seu aproveitamento integral e técnico para atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.”

O legislador constitucional também cuidou das terras públicas e devolutas e distribuição dos imóveis rurais, nos termos:

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§ 1.º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2.º Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

A discussão a respeito das condições para que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras possam adquirir ou arrendar terras no Brasil faz parte da agenda:

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

As regras ainda são as da Lei 5.709, de 7 de outubro de 1971, sendo que os seus principais aspectos são os seguintes:

Art. 1.º O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1.º Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.

§ 2.º As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam aos casos de sucessão legítima, ressalvado o disposto no art. 7.º.

(...)

Art. 3.º A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1.º Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2.º O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida.

§ 3.º O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.

Art. 4.º Nos loteamentos rurais efetuados por empresas particulares de colonização, a aquisição e ocupação de, no mínimo, 30% (trinta por cento) da área total serão feitas obrigatoriamente por brasileiros.

Art. 5.º As pessoas jurídicas estrangeiras referidas no art. 1.º desta Lei só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários.

§ 1.º Os projetos de que trata este artigo deverão ser aprovados pelo Ministério da Agricultura, ouvido o órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área.

§ 2.º Sobre os projetos de caráter industrial será ouvido o Ministério da Indústria e Comércio.

Art. 6.º Adotarão obrigatoriamente a forma nominativa as ações de sociedades anônimas:

I – que se dediquem a loteamento rural;

II – que explorem diretamente áreas rurais; e

III – que sejam proprietárias de imóveis rurais não vinculados as suas atividades estatutárias.

(...)

Art. 8.º Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública.

(...)

Art. 10. Os Cartórios de Registro de Imóveis manterão cadastro especial, em livro auxiliar, das aquisições de terras rurais por pessoas estrangeiras, físicas e jurídicas, no qual deverá constar:

I – menção do documento de identidade das partes contratantes ou dos respectivos atos de constituição, se pessoas jurídicas;

II – memorial descritivo do imóvel, com área, características, limites e confrontações; e

III – transcrição da autorização do órgão competente, quando for o caso.

(...)

Art. 12 – A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.

§ 1.º – As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2.º – Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I – inferiores a 3 (três) módulos;

II – que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no Registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;

III – quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

§ 3.º – O Presidente da República poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

Art. 13 – O art. 60 da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 60. Para os efeitos desta Lei, consideram-se empresas particulares de colonização as pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou domiciliadas no Brasil, ou jurídicas, constituídas e sediadas no País, que tiverem por finalidade executar programa de valorização de área ou distribuição de terras”.

(...)

Art. 15 – A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, **é nula de pleno direito**. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel.

O Parecer CGU/AGU 01/2008 – RVJ levou em consideração alterações no contexto social e econômico no Brasil, bem como

aspectos como a valorização das *commodities* agrícolas, a crise mundial de alimentos e o desenvolvimento do biocombustível.

Segundo o Consultor-Geral da União, Ronaldo Vieira Junior, autor do documento, a aprovação do parecer pelo AGU e pelo presidente da República significa uma importante mudança de posição do Estado.

“Trata-se de nova interpretação que vai tornar possível o conhecimento, controle e fiscalização sobre a movimentação de compra de terras por estrangeiros, possibilitando que sejam estendidas às empresas brasileiras controladas por estrangeiros, as limitações quanto ao tamanho das terras compradas”, disse. Ronaldo também explicou que, em última análise, a “revisão visa assegurar a soberania nacional em área estratégica da economia nacional e o desenvolvimento nacional”.

Com a nova interpretação, as compras de terras serão registradas em livros especiais nos cartórios de Imóveis. **Todos os registros de aquisições feitas por empresas brasileiras controladas por estrangeiros devem ser comunicados trimestralmente à Corregedoria de Justiça dos Estados e ao Ministério do Desenvolvimento Agrário.**

O parecer prevê, entre outras restrições, que as empresas não poderão adquirir imóvel rural que tenha mais de 50 módulos de exploração indefinida. Só poderão ser adquiridos imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários e industriais que estejam vinculados aos seus objetivos de negócio previstos em estatuto. Esses projetos devem ser aprovados pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário.

As restrições alcançam também o tamanho da terra. A soma das áreas rurais pertencentes a empresas estrangeiras ou controladas por estrangeiros não poderá ultrapassar 25 por cento da superfície do município.

3.3. QUESTÕES

1. (Procurador do Estado/SP – FCC/2012) Em relação às agências de fomento, considere: I. São consideradas instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional, devendo ser constituídas sob a forma de sociedade anônima de capital fechado e seu controle acionário deve pertencer a uma unidade da Federação. II. Constituem-se em instrumento de atuação do Estado na economia, visando suprir falhas de mercado mediante atuação como agente indutor de desenvolvimento, propiciando externalidades sociais positivas que não são valoradas pelo setor financeiro privado. III. A sua política de aplicação de recursos oficiais deve estar estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias e as subvenções econômicas a ela destinadas devem estar previstas na Lei Orçamentária Anual. IV. Constituem-se em instrumento de atuação do Estado como indutor do desenvolvimento econômico, servindo de canal de financiamento de projetos de infraestrutura executados pela Administração Pública. Está correto APENAS o que se afirma em

- (A) I e III.
- (B) II e IV.
- (C) III e IV.
- (D) I, II e IV.
- (E) I e II.

2. (Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina – 8.º Concurso para Procurador, 2010) Sobre a intervenção do Estado na propriedade privada:

1. Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.
2. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.
3. O espaço aéreo e o subsolo podem ser objeto de desapropriação.
4. A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço.

Assinale a alternativa que indica todas as afirmativas corretas:

- (A) é correta apenas a afirmativa 2.

- (B) são corretas as afirmativas 1 e 3.
- (C) são corretas as afirmativas 2 e 4.
- (D) são corretas as afirmativas 1, 2, e 4.
- (E) são corretas as afirmativas 1, 2, 3, e 4.

3. (AGU 2012 – CESPE) Com relação à intervenção do Estado no domínio econômico, julgue os próximos itens.

3.1. A CF prevê áreas em que a exploração direta de atividade econômica pela União é feita por meio de monopólio.

3.2. A atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica compreende, entre outras funções, a de planejamento, que é determinante tanto para o setor público quanto para o setor privado.

4. (Ministério Público de Minas Gerais – Concurso LI – 2011) Nos termos da legislação específica (Lei 11.079/2004), na contratação de parceria público-privada (PPP) devem ser observadas algumas diretrizes. Assinale a opção INCORRETA, ou seja, aquela que não traduz uma dessas diretrizes legais.

(A) Indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

(B) Sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

(C) Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução.

(D) Eliminação de riscos e securitização de eventuais prejuízos em relação ao contratante público.

5. (AGU 2012 – CESPE) Com base na ordem constitucional econômica, julgue os itens subsequentes.

5.1. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, dadas as suas especificidades, beneficiam-se de determinados privilégios fiscais não atribuídos às empresas privadas.

5.2. Com exceção dos casos especificados em lei, toda pessoa dispõe de liberdade para exercer qualquer atividade econômica, independentemente de autorização concedida por órgãos públicos.

6. (MPF – Concurso 24º) Com o ocaso do Estado intervencionista e a subsequente tendência de desestatização da ordem econômica, sobreveio a figura, criada pelo próprio Estado, do agente regulador

de mercado, consubstanciado nas agências reguladoras, concebidas para normatizarem segmentos estratégicos da economia nacional. Dito isto, afirma-se, com exatidão, que:

(A) as agências reguladoras caracterizam-se pela sua independência política, autonomia administrativa e financeira.

(B) a agência reguladora se investe da qualificação de autarquia, investida de competência para a regulação setorial, integrante da administração direta, vinculada ao ministério competente para o trato da respectiva atividade.

(C) contra as decisões de última instância da agência reguladora, cabe recurso para a autoridade ministerial a que está vinculada.

(D) o regime a que se subordinam os seus servidores é o previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

7. (Ministério Público do Estado de Santa Catarina – prova de 2011– matutina)

I – A autarquia deve ser criada e extinta por lei de iniciativa do Chefe do Executivo, enquanto que sua instituição decorre de decreto, sendo que os atos por ela praticados devem observar o regime jurídico daqueles praticados pela Administração Pública.

II – Como entidade estatal a Autarquia possui personalidade de Direito Público, competência política, capacidade administrativa e desempenha atribuições públicas, típicas, mediante delegação do Poder Público.

III – Às empresas privadas, mediante concessão ou permissão, podem ser delegados serviços de interesse coletivo do Estado, sendo que a regulamentação destes serviços compete ao Poder Público, por determinação Constitucional.

IV – As sociedades de economia mista, pessoas de Direito Público Privado, dependem de lei específica autorizadora para serem criadas e sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo-lhes vedada a prestação ou exploração de serviços públicos.

V – É vedado à empresa pública auferir lucro, mesmo quando esta explorar atividade econômica, posto que o seu patrimônio é constituído de recursos exclusivamente da Administração Pública ou composto em sua maior parte de capital público ou advindos de entidades governamentais.

(A) Apenas as assertivas I e II estão corretas.

(B) Apenas as assertivas II, III e IV estão corretas.

(C) Apenas as assertivas III e V estão corretas.

(D) Apenas as assertivas I e III estão corretas.

(E) Todas as assertivas estão corretas.

8. (Ministério Público do Estado de Santa Catarina – prova de 2011– matutina)

I – O plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, deve ser executado em todos os municípios, mediante aprovação da Câmara de Vereadores.

II – Para fins de desapropriação, a declaração de necessidade pública, utilidade pública ou de interesse social pode atingir qualquer bem e recair sobre patrimônio particular ou público.

III – Quando se tratar de desapropriação de bens públicos pela União, Estados-membros e municípios, necessária é a observância da hierarquia política entre as referidas entidades políticas, dispensando-se a autorização legislativa.

IV – São meios de intervenção na propriedade privada a desapropriação, a servidão administrativa, a ocupação definitiva, a requisição temporária e a limitação urbana.

V – Para fins de reforma agrária, a declaração de interesse social do imóvel se dá por decreto, o qual autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

(A) Apenas as assertivas II e V estão corretas.

(B) Apenas as assertivas I, II e IV estão corretas.

(C) Apenas as assertivas III e V estão corretas.

(D) Apenas as assertivas I, IV e V estão corretas.

(E) Todas as assertivas estão corretas.

9. (Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul – Concurso de 2011) Com relação às Parcerias Público-Privadas disciplinadas pela Lei 11.079/2004, assinale a alternativa incorreta:

(A) é vedada a celebração de contrato de parceira público-privada cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

(B) deverá ser constituída sociedade de propósito específico logo após a celebração do contrato;

(C) o edital para a contratação de parcerias público-privadas definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se propostas escritas, seguidas de lance em viva voz;

(D) na contratação de parceria público-privada será observada a diretriz de sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos

projetos de parceria;

(E) A parceria público-privada é contrato administrativo de concessão que se enquadra na modalidade patrocinada ou administrativa.

10. (MPF – Concurso 26º) Sobre as Agências Reguladoras é correto afirmar que:

(A) Nos termos da Lei 9.472/1997, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL é uma autarquia especial, administrativamente independente e financeiramente autônoma, que tem entre suas atribuições a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

(B) A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é uma autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por finalidade a regulação e fiscalização das atividades econômicas relacionadas à indústria do petróleo, inclusive a fixação de preço final máximo da gasolina aos consumidores;

(C) A Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), criada pela Lei 9.961/2000, é vinculada ao Ministério da Saúde, e tem por finalidade a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais e podendo estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

(D) Nos termos da Lei 9.782, a segurança sanitária de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública dos consumidores nas áreas de portos, aeroportos e fronteiras não são de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas da Polícia Federal.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*



DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sumário: 4.1. Disciplina jurídica da concorrência: 4.1.1. Disciplina constitucional do mercado competitivo; 4.1.2. Concorrência ilícita – 4.2. Proteção contra o abuso de poder econômico: 4.2.1. Leis ordinárias de proteção; 4.2.2. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 4.2.3. Infrações da ordem econômica; 4.2.4. Processo administrativo; 4.2.5. Atos de concentração – 4.3. Práticas de concorrência desleal – 4.4. Questões.

4.1. DISCIPLINA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

A **livre-iniciativa** permite o acesso dos empreendedores aos mercados para a produção de mercadorias e serviços, o que faz com que os agentes econômicos concorram pelos possíveis adquirentes de seus produtos. A concorrência formada gera a necessidade do desenvolvimento de **estratégias competitivas**, uma vez que, a presença de vários ofertantes desencadeará, em regra, a necessidade de os agentes econômicos se tornarem mais eficientes, o que resultará no autocontrole do mercado pelo próprio mercado, nos moldes propostos pelos teóricos do **liberalismo econômico**.

A **disciplina jurídica da concorrência** representa um dos **instrumentos mais eficientes de controle da atividade econômica**. A finalidade é a **correção das condutas competitivas** dos agentes econômicos no intuito de *ganhar* o mercado de consumo. A eficiência é consequência das melhores formas de produzir produtos de maior qualidade e a baixo custo, além do constante emprego de novas tecnologias no produto e em toda a produção. A finalidade da disciplina jurídica da concorrência é impedir que o sucesso dos agentes econômicos decorra de práticas de **abuso de poder** ou de atos de **deslealdade**.

Inicialmente, antes de um estudo mais aprofundado sobre as regras que disciplinam a atividade competitiva, deve-se ponderar que, para qualquer estudo de cunho jurídico, é importante que se proceda à verificação dos fatos que ensejaram a criação daquela determinada norma sob exame, não por pretender um estudo histórico da norma, mas para que se descubram, com os fatos, os fundamentos de sua criação, a finalidade a que se destina a lei criada. Francesco Ferrara (1963, p. 147) é bem preciso nesse sentido quando disserta sobre a interpretação lógica ou racional ensinando que:

“Da *ratio legis*, que constitui o fundamento racional objectivo da norma, precisamos distinguir a *occasio legis* que é a circunstância histórica de onde veio o

impulso exterior para a criação da lei. Assim, uma lei restritiva da liberdade de reunião pode ser publicada por ocasião e por motivo de perturbações internas: tais circunstâncias constituem a *occasio legis*, ao passo que o fundamento racional será dado pelo fim de restringir a liberdade.”

E, se o legislador estabelece padrões gerais de comportamento em relação ao mercado e à concorrência, é porque alguma consequência (finalidade) busca em tal ato. Tal verificação é meio eficiente para explicar e interpretar os dispositivos legais aplicáveis.

A proteção das **estruturas concorrenciais de mercado** somente se tornou um fenômeno jurídico quando o mercado necessitou de regras que permitissem às empresas exercerem direitos inerentes à exploração de suas atividades, como prova do explanado, adverte-se que o mercado concorrencial foi tutelado em momentos distintos, tendo as normas de proteção anteriores às Leis 8.884/1994 e 9.279/1996 **restrita aplicação**. Correto, portanto, concluir que o simples fato de o legislador prever a tutela das estruturas concorrenciais de mercado ou da lealdade dos competidores, por si não cria uma norma jurídica de proteção que depende, sobretudo, de uma evolução da forma de empreender das empresas.

É por isso que muitas normas, embora tratem de fenômenos contemporâneos ou modernos, não são aplicadas, pois elas não refletem os fatores reais que deveriam motivar sua formação. Pode-se dizer que falta **maturidade** para sua aplicação, já que outros fatores condicionantes de sua formação se encontram ausentes. Tal ocorrência é muito comum nos países que copiam normas de outros países, sendo que, na maioria das vezes, tais normas não correspondem ao estágio atual de desenvolvimento jurídico e cultural do país, nem as suas particularidades, tornando-se, como proposto, “incompletas”.

Na legislação de **abuso do poder econômico**, tal assertiva tornou-se frequente, uma vez que a legislação inaugural poucos efeitos produziu no direito positivo brasileiro, justamente por não

ter o país atingido um estágio econômico, industrial e social que justificasse a proteção do mercado concorrencial, bem como da vontade de toda a comunidade de reprimir certas condutas, o que é explicado por uma evolução de ideias de direitos de cidadão, as quais não envolvem apenas a tutela de interesses intimamente ligados à condição de ser humano, mas também outros, ocasionando o conseqüente interesse das autoridades na aplicação das leis que protegem as **estruturas de mercado e a lealdade competitivas**.

Atualmente, duas Leis são de extrema importância na tutela da competição no Brasil: quando se trata de **atos de deslealdade competitiva**, a lei aplicável é a **9.279/1996**; e quando se trata de **atos de abuso de poder econômico**, a **Lei 12.529/2011**.

A defesa do mercado concorrencial brasileiro, principalmente, devido a sua abertura para a entrada de empresas estrangeiras, desde o início das privatizações, impõe que sua legislação esteja dentro de uma **nova política da concorrência**.

Fatores como a globalização da economia deram um contexto mais amplo à caracterização dos mercados. De forma que deve servir a legislação de proteção da concorrência como **incentivadora do desenvolvimento de uma indústria eficiente e competitiva**.

Assim, é necessária uma política brasileira de proteção ao livre mercado concorrencial que olhe para a realidade brasileira no contexto internacional, que vise à análise do proveito econômico que de fato pode resultar da sua integração, não apenas no MERCOSUL, mas também com vistas ao processo de globalização da economia, sendo ela desvinculada de posturas ideológicas, mas que seja apta a gerar eficiência na atual fase das relações econômicas internacionais. Toda política criada em defesa do livre mercado deve fundar-se em uma grande transparência, de forma a atingir os seus objetivos, criando uma **consciência competitiva** nas empresas componentes dos vários segmentos do mercado, **esse é o fundamento da disciplina jurídica da concorrência**.

Importante conduta nesse mister é o aparelhamento dos **órgãos aplicadores da legislação de proteção da concorrência**, principalmente o **Poder Judiciário** e o **Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)**, para que estejam devidamente preparados para enfrentar as demandas decorrentes de atos de deslealdade ou de abuso de poder econômico, bem como uma legislação em harmonia com as regras internacionais, o que, sem dúvida, garante estabilidade aos agentes exploradores do comércio que poderão arriscar os seus recursos no mercado nacional. O Estado, para tanto, deverá também investir para que atividades, principalmente, de fiscalização permitam um **controle preventivo das condutas restritivas de mercado**.

Portanto, não há dúvida de que as empresas nacionais centram seus grandes desafios na capacidade de encontrar novas tecnologias, novos mercados, novos métodos de gerenciamento, novas técnicas de busca do consumidor. Assim, a disciplina jurídica da concorrência deve dirigir os agentes econômicos para esses objetivos e, por outro lado, desestimular possíveis práticas restritivas de competição.

É pertinente esclarecer que a existência de concorrência ou a sua ausência não atestam isoladamente a presença de efeitos positivos no mercado. Por isso, é possível encontrar um **mercado dominado por um único agente econômico, mas que atua de forma extremamente eficiente na produção de bens**, o que lhe proporciona o monopólio. Dessa forma, **a existência de concorrência é apenas um dos marcadores de eficiência no mercado**.

Assim, as normas de proteção da concorrência deverão sempre privilegiar a existência de um mercado cujos agentes participantes sejam eficientes, ou seja, que o resultado da atividade econômica produza benefícios econômicos aos consumidores, ao meio ambiente, ao desenvolvimento de produtos melhores, entre outros. Enfim, **a existência de competição simplesmente não é**

suficiente para atestar que o mercado opera em plena eficiência.

4.1.1. Disciplina constitucional do mercado competitivo

A primeira Constituição Federal que dispensou tratamento às práticas de restrições foi a de **1946**, dispondo que **o abuso de poder econômico** que produzisse no mercado os efeitos de **dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucro seria considerado ilícito**. Em resumo, previa, em seu art. 145, que a ordem econômica devia organizar-se sob os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, permitindo a livre intervenção da União no domínio econômico.

Na Constituição de **1967**, o art. 157 expressava como finalidade da ordem econômica realizar a justiça social com base, dentre outros princípios, na **repressão ao abuso do poder econômico**, caracterizado por **domínio de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros** (inciso VI).

Na atual Constituição, a **livre iniciativa aparece**, inicialmente, como **fundamento da República Federativa do Brasil** (art. 1.º *caput*) e no *caput* do art. 170, como **fundamento da ordem econômica**. A livre concorrência também ganha atenção do legislador, que a coloca como princípio geral da atividade econômica (art. 170, IV).

Todavia, a atual Constituição, além de incluir a livre concorrência entre os princípios gerais da ordem econômica, incumbe a lei de **reprimir os abusos do poder econômico que “visem” ao domínio de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º)**.

Como se percebe, o texto constitucional vigente contém uma diferença relevante em relação às anteriores, principalmente para intérpretes que privilegiam critérios que consideram a literalidade da lei, pois, enquanto antes se falava em condutas de

“caracterização” do abuso do poder econômico, na atual, supõe-se como infração **o abuso do poder econômico que vise a alguns dos efeitos enumerados**, como explica Werter R. Faria (1990, p. 150):

“O art. 173 da Constituição de 1988 distingue-se dos modelos anteriores porque determina a repressão ao abuso do poder econômico ‘que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. O abuso deixou de caracterizar-se pela produção desses resultados. É reprimível qualquer ação que tenha por objeto a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, embora não chegue a causar nenhuma dessas consequências.”

Assim, conclui-se que, desde a Constituição de 1946, encontram-se, nos textos constitucionais brasileiros, **normas de proteção ao mercado concorrencial**. Portanto, pode-se tratar o “mercado concorrencial” como um bem jurídico tutelado constitucionalmente pelo direito nacional. Nesse sentido, pertinentes as lições de Galán Corona (prefácio à obra de Norbert Reich, 1985, p. 17):

“O mercado é a instituição nuclear do nosso sistema econômico e, partindo de sua conformação no pensamento econômico liberal, constata-se que as transformações havidas na estrutura econômica (concentração e internacionalização) têm levado a formas assimétricas de mercado em prejuízo dos mais fracos” (tradução livre do autor).

Portanto, como já mencionado, o bem tutelado pela chamada Constituição Econômica, quando impõe normas de repressão ao abuso do poder econômico, é o mercado concorrencial, que não existe licitamente se não houver concorrência e não for livre a iniciativa dos entes exploradores.

Merece o mercado tal tutela, não apenas para garantir a concorrência e a livre iniciativa, mas também por ter importância fundamental na Economia. Como dispõe Norbert Reich (1985, p. 25), o **mercado regula a utilização do capital e do trabalho**, é

responsável pelo crescimento e desenvolvimento de uma sociedade, determina a repartição e a distribuição de renda, além de ser responsável pelo nível de estabilidade dos preços e da inflação. Portanto, um outro elemento compõe o mercado, ou seja, além de ser livre e concorrencial, deve o mercado ser eficiente, pois tem outras funções que não apenas permitir a entrada e garantir competitividade aos agentes que o exploram. **A eficiência funciona ao mesmo tempo como elemento e atributo do mercado.**

Dessa forma, atribuir a proteção da concorrência como um valor absoluto é medida errônea, pois, algumas vezes, **o próprio ordenamento admitirá sua restrição em razão de outros fatores que geram eficiência.** Diante da conclusão de que o mercado concorrencial eficiente é o bem jurídico tutelado, deve-se levar em consideração para a aplicação das normas antitrustes não apenas a defesa da concorrência, mas também a eficiência do mercado, de modo que **não se tutela a concorrência como um valor em si**, o que quer dizer, em resumo, que nem sempre que se limita a concorrência há uma lesão ao mercado, como propugnam os chamados “estruturalistas” que levaram ao extremo a proteção da concorrência.

Enfim, como bem resumem José I. G. Franceschini e Edgard A. Pereira (*Revista de Direito do CADE*, abril/junho de 1996, p. 30):

“a política de defesa da concorrência deve preocupar-se primordialmente com a eficiência econômica, porque é esta que promove o bem-estar material da coletividade, tendo por instrumento a rivalidade entre as empresas.”

O consumidor apenas funciona como o titular de direitos de forma indireta, pois é claro que um mercado plenamente competitivo influenciará na melhoria de condições para os consumidores. Entretanto, nem se diga, que seja este o intuito direto das legislações antitrustes. Em alguns casos, pode-se até melhorar as condições da concorrência sem receber o consumidor qualquer benefício. Portanto, **a proteção da concorrência contra**

o abuso do poder econômico e os atos de deslealdade competitiva beneficia diretamente as estruturas concorrenciais de mercado e os competidores (empresas), e não o consumidor.

Em resumo, a Constituição Federal de 1988 tutela a concorrência de forma específica, quando trata dos princípios da livre-iniciativa e livre concorrência. A concorrência, no entanto, deve ser vista como um efeito que geralmente indica eficiência do mercado, nunca de forma absoluta, tanto é que o próprio legislador constitucional a limita, quando protege, por exemplo, os bens imateriais (por meio de patentes) que lícitamente limitam a concorrência ou pela própria previsão dos monopólios na exploração de algumas atividades econômicas.

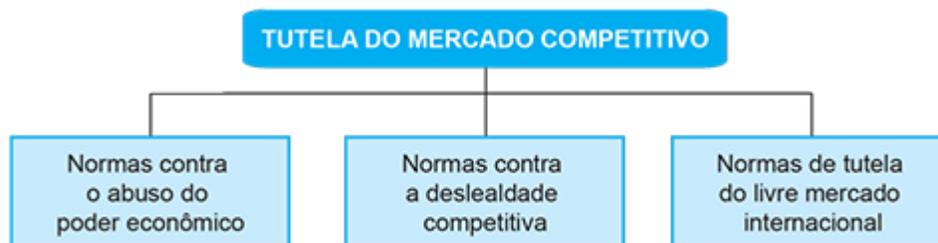
4.1.2. Concorrência ilícita

As práticas competitivas podem ser ilícitas se praticadas com abuso de poder econômico ou por algum ato considerado desleal. Enquanto no primeiro caso se tutelam as **estruturas de mercado competitivas e eficientes**, no segundo caso o que se tutela é a **lealdade dos concorrentes** no desenvolvimento de atividade econômica. No abuso do poder econômico **o interesse é público**; na deslealdade de competição o **interesse tutelado é particular**, no caso, do competidor prejudicado. Uma terceira forma de concorrência ilícita ocorre na **competição internacional** quando, por exemplo, um agente econômico apresenta uma eficiência irreal que diminui o preço do seu produto, todavia tal eficiência é decorrência de um subsídio dado pelo próprio Governo. Os casos de infrações contra o livre mercado internacional serão estudados de forma específica no capítulo 7, item 7.7.

Desse modo, ultimamente a aplicação da vigente lei de proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico, chamada de antitruste (Lei 12.529/2011), e da lei que tutela as práticas leais de competição, chamada de lei de propriedade industrial (Lei

9.279/1996), ganhou relevância no Brasil, e vem sendo discutida tanto pela doutrina como já na ampla quantidade de decisões produzidas pelo Cade e pelo Poder Judiciário, o que reflete uma tentativa de sistematização de critérios para a interpretação e aplicação das leis de proteção da concorrência, ressaltando ainda mais a importância dos trabalhos sobre o tema que, ora cientificamente, ora tecnologicamente, fornecem critérios jurídicos para a análise das condutas empresariais no mercado e que poderão gerar ou não algum dos efeitos que a Constituição Federal de 1988 enumera como lesivos à livre iniciativa e à livre concorrência.

Para facilitar, vejamos a tutela da concorrência:



O estudo específico de cada uma das formas de práticas prejudiciais à concorrência – o que implica a ocorrência de efeitos negativos no mercado – será realizado a seguir com todas as suas peculiaridades.

4.2. PROTEÇÃO CONTRA O ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Os agentes econômicos, em razão até mesmo do seu sucesso no desenvolvimento da atividade econômica, podem adquirir a faculdade de poder interferir na conduta de outros agentes econômicos. Nesse caso, o poder econômico surge normalmente sem afetar, em regra, a atividade econômica. Mas essa faculdade de interferir nas decisões econômicas pode ser utilizada para provocar alguns resultados maléficos ao mercado, como a eliminação da concorrência.

O poder econômico é fenômeno normal e lícito nas economias modernas. Todos os países possuem uma infinidade de empresas com grande poder econômico. Os problemas jurídicos apenas surgem quando esses agentes buscam utilizá-lo de forma prejudicial ao mercado.

O poder surge de uma condição de imposição de vontade frente a outras pessoas. O poder econômico, em termos iniciais, pode ser visualizado na possibilidade de um agente econômico poder dispor de decisões que influenciam consideravelmente um determinado mercado. Como explica Modesto Carvalhosa (1967, p. 2):

“Por outro lado, a *contrario sensu*, empresa destituída de poder econômico é aquela que tem seu poder de decisão restrito às leis do mercado, sob pena de, contrariando-as, correr o risco de desaparecimento.”

Sérgio Varella Bruna (1997, p. 105/106) qualifica o poder econômico:

“como a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, diversamente do que decorreria em condições puramente concorrenciais, ou seja, fundamentalmente a capacidade de controlar os preços, importa verificar qual o montante de poder econômico necessário para assumir relevância sob o ponto de vista do Direito Econômico.”

Todavia, parece ter atingido o Brasil um nível de desenvolvimento empresarial que impõe a necessidade de regulação do mercado, produzindo, dessa forma, condições

favoráveis para a aplicação da lei contra o abuso do poder econômico, o que não somente se percebe em razão da atual expressão do Cade na já extensa quantidade de decisões produzidas, como também na preocupação de sua estrutura e composição para a análise das questões atuais e, ainda, devido à maior fiscalização dos atos restritivos da concorrência.

4.2.1. Leis ordinárias de proteção

A primeira lei brasileira que tratou do abuso do poder econômico (Lei 4.137 de 10.09.1962) teve, como advertem José I. G. Franceschini e José L. V. de Azevedo Franceschini (1985, p. 01/02), confessada inspiração e fonte histórica na análoga legislação norte-americana (*Common Law*), que é substancialmente diversa da orientação romanística, de modo que a matéria foi introduzida no panorama jurídico brasileiro em caráter pré-sistemático.

Enfim, antes do início do estudo **da lei vigente de repressão ao abuso do poder econômico (Lei 12.529/2011)**, importa concluir que a disciplina jurídica da concorrência já existia há várias décadas, porém, somente há bem pouco tempo vem gerando efeitos e modificando aquele velho panorama de impunidade dos atos de abuso do poder econômico no Brasil. Portanto, as leis anteriores à Lei 8.884/1994 (substituída pela Lei 12.529/2011) obtiveram pouca aplicabilidade. Como observa Paulo Salvador Frontini (1994, p. 102):

“A legislação brasileira, nessa matéria, vem percorrendo trilhas variadas, que oscilam entre extremos, sem contudo alcançar o *vero desiderato*, ou seja, a decantada harmonia entre os diversos e enormes interesses presentes na cena econômica.”

Dessa forma, o estudo da legislação de proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico **inicia com a Lei de 1994 um novo momento no Direito Econômico Nacional**, que até então não conhecia pragmaticamente a disciplina jurídica

da concorrência. Nesse sentido, passa-se a estudar os aspectos mais importantes da legislação.

4.2.2. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A partir deste ponto, o estudo abordará a Lei 12.529/2011. Para melhor compreensão, os artigos da lei foram transcritos ao início dos tópicos que os analisam, seguidos pela doutrina e comentários a respeito.

4.2.2.1. Finalidade da lei contra o abuso de poder econômico

Art. 1.º Esta **Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC** e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

O art. 1.º da Lei 12.529/2011 cuida da finalidade da lei. O texto legal dispõe como finalidades da Lei 12.529/2011, além da estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a prevenção e a repressão às infrações da ordem econômica, enumerando a **liberdade de iniciativa**, a **liberdade de concorrência**, a **função social da propriedade**, a **defesa dos consumidores** e a **repressão ao abuso do poder econômico** como ditames a serem seguidos, atribuindo a titularidade desses bens jurídicos à coletividade.

A Lei 12.529/2011, inicialmente, provoca uma discussão sobre quem são os verdadeiros titulares dos bens tutelados. O parágrafo único, anteriormente transcrito, credita a tutela dos bens jurídicos

protegidos à “coletividade”, que como conceitua J. Cretella Júnior (1995, p. 14):

“é o conjunto de pessoas, físicas e jurídicas, que se encontram sediadas no território nacional.”

Desse modo, ter como destinatários dos direitos a coletividade significa, como expõe Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 6):

“ignorar multiplicidade e relativa inconciliabilidade de posturas, projetos e objetivos verificáveis em todos os recantos das estruturas sociais.”

Não resta qualquer dúvida de que **a coletividade não é diretamente a titular dos bens protegidos** pela lei de repressão ao abuso do poder econômico, como também é certo que **a coletividade é indiretamente titular de toda e qualquer norma jurídica**. Portanto, a operacionalidade e a técnica estiveram ausentes na definição do legislador do titular dos bens protegidos.

Costuma-se, ainda, citar como destinatários da lei antitruste os consumidores, os pequenos empresários, a competição, os trabalhadores, a livre iniciativa. Todavia, esses são os figurantes necessários dos direitos que decorrem de um ente juridicamente protegido, que é o centro da ordem econômica, qual seja, **o mercado. A estruturação do mercado é o bem jurídico protegido**. É claro que, preservando-se o livre mercado, se estará indiretamente produzindo efeitos benéficos ao trabalho, ao consumo, à concorrência. Entretanto, nenhum deles pode ser atribuído como único destinatário e muito menos o conjunto de todos eles, pois, por vezes, sequer seus interesses coincidem como ensina Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 6).

Um exemplo do alegado anteriormente bastante difundido é o que considera uma concentração vertical na qual um empresário adquire o seu principal fornecedor, de forma a baratear o custo do produto, pois se retira o lucro que o antigo fornecedor tinha sobre este e, sendo que tal privilégio não é estendido aos outros

concorrentes que necessitam do mesmo fornecedor, o preço do produto do empresário, conseqüentemente, diminuirá de forma a beneficiar o consumidor. Entretanto, fortes serão as barreiras à entrada, uma vez que todos aqueles que exploravam ou venham a explorar esse mercado encontrar-se-ão desestimulados, pois nunca conseguirão igualar preços. Tal ato, embora gere efeitos benéficos ao consumidor, impõe fortes barreiras à entrada. Como adiantado, o principal destinatário das normas de Direito Antitruste não é o consumidor, pois, se existirem fortes barreiras à entrada, deve-se desconstituir o ato de concentração, pois o livre mercado (bem jurídico tutelado) foi lesado, ficando bem claro, no exemplo, que não é o consumidor o beneficiário direto das normas de proteção contra o abuso de poder econômico. Mesmo os consumidores não podem ser unicamente os detentores dos direitos tutelados pela legislação de repressão ao abuso do poder econômico, pois como explica Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 179):

“os interesses dos consumidores não coincidem sempre com os do empresariado, em matéria de competição econômica, para preservarem todas as pretensões legítimas no seio da economia de mercado, inclusive as dos agentes econômicos em suas relações recíprocas. Deve-se considerar, ainda, a tutela do consumidor como efeito meramente indireto da legislação protetora da ordem econômica relacionada com a concorrência desleal e o abuso do poder econômico.”

Portanto, para se chegar ao verdadeiro destinatário dos bens protegidos pela lei contra o abuso de poder econômico, basta realizar a seguinte indagação: a quem interessa a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a eficiência do mercado? O titular direto desses direitos protegidos é a pessoa que explora a atividade econômica. **É claro que indiretamente se beneficiam todos os outros entes mencionados, mas não persistem dúvidas de que os concorrentes são os principais destinatários da proteção do livre mercado.**

O conjunto de órgãos e procedimentos que devem ser observados na aplicação de qualquer punição dada a atos que

porventura sejam praticados contra a concorrência forma um verdadeiro sistema brasileiro de defesa da concorrência. O Cade, agora reestruturado como veremos mais adiante, e o próprio Poder Judiciário são componentes desse sistema.

4.2.2.2. Territorialidade

Art. 2.º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1.º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2.º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

A lei de proteção contra o abuso de poder econômico aplica-se às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possa produzir efeitos. **Dessa maneira, a legislação brasileira leva em consideração o local da ação (atividade) ou o dos efeitos (resultado) das práticas restritivas.**

O texto do art. 2.º da Lei 12.529/2011 é praticamente o mesmo da Lei 8.884/1994, sem alterações de relevância. O legislador manteve a aplicação da teoria dos efeitos para determinar a competência, de forma que algumas condutas podem ser até mesmo praticadas em outros países, mas se aqui gerarem efeitos o SBDC poderá atuar. No caso dos cartéis internacionais é extremamente

comum que os envolvidos e as condutas sejam sediados e praticados fora do Brasil e os resultados aqui possam ocorrer.

4.2.2.3. Composição do SBDC

TÍTULO II
DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA
CAPÍTULO I
DA COMPOSIÇÃO

Art. 3.º O **SBDC** é formado pelo **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade** e pela **Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda**, com as atribuições previstas nesta Lei.

A experiência com a aplicação da Lei 8.884/1994 deu ensejo a criação de um sistema de tutela da concorrência contra o abuso do poder econômico, mas deve-se destacar que o sistema de proteção não envolve órgãos que cuidam de todos os atos anticompetitivos. No caso, por exemplo, dos atos de concorrência desleal é o próprio Poder Judiciário a instância diretamente responsável pela a tutela competitiva.

Na sistemática da Lei 12.529/2011, o SBDC é formado apenas pelo Cade e pela SEAE. As atribuições que cabiam aos órgãos na sistemática da Lei 8.884/1994 agora foram redistribuídas entre o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico.

4.2.2.4. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

CAPÍTULO II
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Art. 4.º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em **autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça**, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

Seção I

Da Estrutura Organizacional do CADE

Art. 5.º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II – Superintendência-Geral; e

III – Departamento de Estudos Econômicos.

O conjunto de órgãos e procedimentos que devem ser observados na aplicação de qualquer punição dada a atos que porventura sejam praticados contra a concorrência forma um verdadeiro **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. O Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico são componentes desse sistema.

O Cade foi criado pela Lei 4.137/1962 e hoje é uma autarquia federal sediada no Distrito Federal e vinculada ao Ministério da Justiça.

O Cade na condição de autarquia não realiza função jurisdicional, é bom lembrar que o nosso sistema não é o francês. Quando lemos “jurisdição” devemos pensar em aplicação administrativa da legislação contra o abuso de poder econômico, o que não veda a apreciação judicial quando for o caso. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência representa de forma bem clara a atuação indireta do Estado no domínio econômico. Diante da leitura das competências dos vários órgãos criados, é patente o controle do mercado pelo Estado, ou seja, não vale o argumento de que por não corresponder a regulação de um mercado específico e sim da concorrência que descaracteriza o Sistema como um instrumento indireto do Estado para regular o mercado.

Com as recentes modificações, alterou-se a estrutura do Cade, que passou a ser constituído pelos seguintes órgãos (art. 5.º da Lei 12.529/2011):

1. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
2. Superintendência-Geral; e
3. Departamento de Estudos Econômicos.

4.2.2.4.1. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

Seção II

Do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

Art. 6.º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, **tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.**

§ 1.º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução.

§ 2.º Os cargos de Presidente e de Conselheiro **são de dedicação exclusiva**, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3.º No caso de renúncia, morte, impedimento, falta ou perda de mandato do Presidente do Tribunal, assumirá o Conselheiro **mais antigo no cargo ou o mais idoso**, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4.º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, **proceder-se-á a nova nomeação**, para completar o mandato do substituído.

§ 5.º Se, nas hipóteses previstas no § 4.º deste artigo, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a

composição do Tribunal ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no § 1.º do art. 9.º desta Lei, considerar-se-ão automaticamente suspensos os prazos previstos nesta Lei, e suspensa a tramitação de processos, continuando-se a contagem imediatamente após a recomposição do *quorum*.

Art. 7.º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade **só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8.º desta Lei.**

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Tribunal que **faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Plenário.**

Art. 8.º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II – exercer profissão liberal;

III – participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais,

ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; e

VI – exercer atividade político-partidária.

§ 1.º É vedado ao Presidente e aos Conselheiros, por um período de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que deixar o cargo, representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, ressalvada a defesa de direito próprio.

§ 2.º Durante o período mencionado no § 1.º deste artigo, o Presidente e os Conselheiros receberão a mesma remuneração do cargo que ocupavam.

§ 3.º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se à pena prevista no art. 321 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o ex-presidente ou ex-conselheiro que violar o impedimento previsto no § 1.º deste artigo.

§ 4.º É vedado, a qualquer tempo, ao Presidente e aos Conselheiros utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido.

Subseção I

Da Competência do Plenário do Tribunal

Art. 9.º (...)

§ 1.º As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o *quorum* de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

§ 2.º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

§ 3.º As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

§ 4.º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§ 5.º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4.º deste artigo.

(...)

Subseção III

Da Competência dos Conselheiros do Tribunal

Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

I – emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal;

II – proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores;

III – requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias;

IV – adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

V – solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral realize as diligências e a produção das provas que entenderem pertinentes nos autos do processo administrativo, na forma desta Lei;

VI – requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade emissão de parecer jurídico nos processos em que forem relatores, quando entenderem necessário e em despacho fundamentado, na forma prevista no inciso VII do art. 15 desta Lei;

VII – determinar ao Economista-Chefe, quando necessário, a elaboração de pareceres nos processos em que forem relatores, sem prejuízo da tramitação normal do processo e sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

VIII – desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento;

IX – propor termo de compromisso de cessação e acordos para aprovação do Tribunal;

X – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento dos processos, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto por um Presidente e seus Conselheiros indicados pelo Presidente da República após sabatina do Senado. **O mandato dos seus membros será de quatro anos, não coincidentes, vedada a recondução (arts. 6.º, § 1.º, da Lei 12.529/2011).** Na Lei 8.884/1994, a previsão era de mandato de dois anos, permitindo-se uma recondução.

Com a Lei 12.529/2011, o Tribunal Administrativo passou a exercer a função principal do Cade quando disciplinado pela Lei 8.884/1994. No mais, o número de componentes e requisitos para ingresso no Tribunal são os mesmos da legislação anterior.

4.2.2.4.2. Superintendência-Geral

Da Superintendência-Geral

Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma **Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos**, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.

§ 1.º O Superintendente-Geral será escolhido dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 2.º O Superintendente-Geral terá mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução para um único período subsequente.

§ 3.º Aplicam-se ao Superintendente-Geral as mesmas normas de impedimentos, perda de mandato, substituição e as vedações do art. 8.º desta Lei, incluindo o disposto no § 2.º do art. 8.º desta Lei, aplicáveis ao Presidente e aos Conselheiros do Tribunal.

§ 4.º Os cargos de Superintendente-Geral e de Superintendentes-Adjuntos são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 5.º Durante o período de vacância que anteceder à nomeação de novo Superintendente-Geral, assumirá interinamente o cargo um dos superintendentes adjuntos, indicado pelo Presidente do Tribunal, o qual permanecerá no cargo até a posse do novo Superintendente-Geral, escolhido na forma do § 1.º deste artigo.

§ 6.º Se, no caso da vacância prevista no § 5.º deste artigo, não houver nenhum Superintendente Adjunto nomeado na Superintendência do Cade, o Presidente do Tribunal indicará servidor em exercício no Cade, com conhecimento jurídico ou econômico na área de defesa da concorrência e reputação

ilibada, para assumir interinamente o cargo, permanecendo neste até a posse do novo Superintendente-Geral, escolhido na forma do § 1.º deste artigo.

§ 7.º Os Superintendentes-Adjuntos serão indicados pelo Superintendente-Geral.

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I – zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II – acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III – promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V – instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI – no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física,

no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de qualquer natureza, bem como de

inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII – recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII – remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX – propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X – sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI – adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII – receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII – orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV – desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV – instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI – exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII – adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

(...)

Na Lei 8.884/1994, não havia a previsão de uma Superintendência-Geral no âmbito do Cade. As competências que a Lei 12.529/2011 atribuiu a esse órgão, no sistema da antiga lei, cabiam à Secretaria de Direito Econômico, e eram fixadas no art. 14 da Lei 8.884/1994.

Agora tais competências passaram a ser realizadas pela Superintendência-Geral constituindo as suas principais funções (art. 13 da Lei 12.529/2011):

- acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários;
- promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando o autor do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;
- instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem

econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

- remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.

4.2.2.4.3. Departamento de Estudos Econômicos

Seção V

Do Departamento de Estudos Econômicos

Art. 17. O Cade terá um **Departamento de Estudos Econômicos**, dirigido por um **Economista-Chefe**, a quem incumbirá **elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação** do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

Art. 18. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

§ 1.º O Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto.

§ 2.º Aplicam-se ao Economista-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões.

O Departamento de Estudos Econômicos é novidade no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A sua função é de auxílio na

compreensão das práticas econômicas que de alguma forma possam restringir a concorrência.

4.2.2.5. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

CAPÍTULO III

DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico **promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade** cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II – opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III – opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV – elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo

Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V – elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI – propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII – manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§ 1.º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

I – requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

II – celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

§ 2.º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

A SEAE foi criada em 1.º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória 813, como resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda. A Lei

12.529/2011 cuida das competências da SEAE em seu artigo 19, nos termos:

1. Opinar:

a) nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e minutas;

b) quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

c) quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência.

2. Elaborar:

a) Estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor;

b) Estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento.

3. Propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

4. Manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

5. Encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

É bom frisar que na nova estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pelo Cade.

4.2.2.6. Quadro – Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC

Em resumo, **a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica** é a seguinte:



4.2.2.7. Procuradoria do Cade

Seção IV
Da Procuradoria Federal junto ao Cade

Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

I – prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade;

II – **representar o Cade judicial e extrajudicialmente;**

III – promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade;

IV – proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial;

V – **tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza;**

VI – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal;

VII – emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

VIII – zelar pelo cumprimento desta Lei; e

IX – desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno.

Parágrafo único. Compete à Procuradoria Federal junto ao Cade, ao dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral informados sobre o andamento das ações e medidas judiciais.

Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada.

§ 1.º O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período.

§ 2.º O Procurador-Chefe poderá participar, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal, prestando assistência e esclarecimentos, quando requisitado pelos Conselheiros, na forma do Regimento Interno do Tribunal.

§ 3.º Aplicam-se ao Procurador-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões.

§ 4.º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Chefe, o Plenário indicará e o Presidente do Tribunal designará o substituto eventual dentre os integrantes da Procuradoria Federal Especializada.

Da leitura das novas disposições percebe-se que a Procuradoria do Cade passa a realizar algumas das competências do Ministério Público Federal na Lei 8.884/1994, como, por exemplo, a execução judicial de decisões.

O art. 15 da Lei 12.529/2011 determina que funcionará uma Procuradoria Federal especializada junto ao Cade que terá, entre outras, as seguintes funções:

- prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade;
- promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade;
- promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal;
- emitir parecer nos processos de competência do Cade;

Nos termos do art. 16, o Procurador-Geral será nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico depois de aprovado pelo Senado Federal.

4.2.2.8. Ministério Público Federal perante o Cade

TÍTULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O CADE

Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, **emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica**, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

Compete ao Procurador-Geral da República, depois de ouvido o Conselho Superior, designar um membro do Ministério Público Federal para emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

A lei nova manteve a previsão da nomeação de membro do MPF, mas restringe a sua atuação para a emissão de pareceres nos processos administrativos para a imposição de sanções; as demais, como já visto, foram para a competência da Procuradoria Federal que atua junto ao Cade.

4.2.3. Infrações da ordem econômica

TÍTULO V

DAS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. Esta Lei aplica-se às **pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado**, bem como a quaisquer **associações**

de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, **com ou sem personalidade jurídica**, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam **a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.**

Art. 33. Serão **solidariamente** responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica **poderá ser desconsiderada** quando houver da parte deste **abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.**

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando **houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.**

Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica **não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.**

CAPÍTULO II

DAS INFRAÇÕES

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados**, que tenham por objeto ou possam

produzir os seguintes efeitos, **ainda que não sejam alcançados**:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1.º A conquista de mercado **resultante de processo natural** fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2.º 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.

§ 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI – exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI – reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII – cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

CAPÍTULO IV

DA PRESCRIÇÃO

Art. 46. **Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal**, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, **contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.**

§ 1.º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no *caput* deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2.º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§ 3.º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 4.º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

CAPÍTULO V

DO DIREITO DE AÇÃO

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

A defesa da concorrência contra os atos de abuso de poder econômico pode ocorrer de duas formas distintas: a primeira, que será estudada agora, quando a ação do agente econômico visar à

limitação da concorrência, do aumento arbitrário de lucros ou à dominação de mercado, **condutas que merecem uma ação punitiva do Estado**; a segunda compreende o controle dos atos e contratos que de alguma maneira podem limitar a competição, existe, assim, **um controle preventivo das estruturas** provenientes de reorganizações societárias, aquisição de empresas, bem como outros procedimentos empresariais que provocam alguma mudança na oferta de determinado bem ou serviço.

As infrações podem ser praticadas tanto por pessoas físicas quanto jurídicas, inclusive as de direito público, bem como quaisquer associações, com ou sem personalidade jurídica, sendo que a prática das infrações implica a responsabilidade tanto da empresa quanto a individual de seus representantes de forma solidária. Em caso de sociedades integrantes de grupo econômico também há responsabilidade solidária. Da mesma maneira, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica do responsável pela infração quando houver: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou de contratos e estatutos sociais ou ainda, se houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por ato de má administração.

As infrações podem decorrer de atos de qualquer forma manifestados (ação, omissão) e **não há análise da culpabilidade** do agente para a caracterização da infração.

O legislador utilizou a expressão "infrações da ordem econômica" no Título V, da Lei 12.529/2011. Entretanto, deve-se ponderar que **não são apenas as ações de abuso de poder econômico que atentam contra a ordem econômica**. Outras condutas previstas em outras leis também representam infrações contra a ordem econômica. Assim, condutas que descumprem obrigações nas relações de consumo ou não respeitam o meio ambiente estão da mesma forma no rol das infrações contra a ordem econômica. **As condutas exemplificadas no art. 36 da Lei 12.529/2011, na verdade, constituem infrações contra a ordem econômica em razão de abuso de poder econômico.**

Enfim, feitas essas considerações preliminares, passamos ao estudo das condutas.

O art. 36 da Lei 12.529/2011 descreve os efeitos que caracterizam os atos de abuso de poder econômico, e são eles:

- a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- b) dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- c) aumentar arbitrariamente os lucros;
- d) exercer de forma abusiva posição dominante.

A descrição das condutas não importa tanto, pois o legislador **apenas exemplifica** modos de agir dos empresários que podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado. **Mas é o resultado da conduta, e não o seu modo em si, que torna ilícito o ato.**

Os parágrafos do art. 36 ainda disciplinam que:

- A conquista de mercado resultante de **processo natural fundado na maior eficiência de agente** econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito de domínio de mercado.
- 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.

A Lei 12.529/2011 repetiu em grande parte as disposições da Lei 8.884/1994. A matéria sobre prescrição não fazia mais parte da Lei 8.884/1994, nessa parte revogada pela Lei 9.873/1999, que disciplinava a matéria e cujas disposições foram agora repetidas pela Lei 12.529/2011.

4.2.4. Processo administrativo

TÍTULO VI

DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I – procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II – inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III – processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

IV – processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;

V – procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e

VI – processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do *caput* do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo

definidos no regimento interno.

Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator **poderá admitir a intervenção** no processo administrativo de:

I – terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou

II – legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 51. Na tramitação dos processos no Cade, serão observadas as seguintes disposições, além daquelas previstas no regimento interno:

I – **os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias;**

II – a sessão de julgamento do Tribunal é pública, salvo nos casos em que for determinado tratamento sigiloso ao processo, ocasião em que as sessões serão reservadas;

III – nas sessões de julgamento do Tribunal, poderão o Superintendente-Geral, o Economista-Chefe, o Procurador-Chefe e as partes do processo requerer a palavra, que lhes será concedida, nessa ordem, nas condições e no prazo definido pelo regimento interno, a fim de sustentarem oralmente suas razões perante o Tribunal;

IV – a pauta das sessões de julgamento será definida pelo Presidente, que determinará sua publicação, com pelo menos 120 (cento e vinte) horas de antecedência; e

V – os atos e termos a serem praticados nos autos dos procedimentos enumerados no art. 48 desta Lei poderão ser encaminhados de forma eletrônica ou apresentados em meio magnético ou equivalente, nos termos das normas do Cade.

Art. 52. O cumprimento das decisões do Tribunal e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal.

§ 1.º Na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei.

§ 2.º Cumprida integralmente a decisão do Tribunal ou os acordos em controle de concentrações e compromissos de cessação, a Superintendência-Geral, de ofício ou por provocação do interessado, manifestar-se-á sobre seu cumprimento.

CAPÍTULO II

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Seção I

Do Processo Administrativo na Superintendência-Geral

Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

§ 1.º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no *caput* deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.

§ 2.º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos.

Art. 54. Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:

I – conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do Cade; ou

II – determinará a realização da instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Art. 55. Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do *caput* do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando que seja refeita, por estar incompleta.

Art. 56. A Superintendência-Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Parágrafo único. Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2.º do art. 88 desta Lei.

Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral:

I – proferirá decisão aprovando o ato sem restrições;

II – oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que

não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

Parágrafo único. Na impugnação do ato perante o Tribunal, deverão ser demonstrados, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado.

Seção II

Do Processo Administrativo no Tribunal

Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

Parágrafo único. Em até 48 (quarenta e oito) horas da decisão de que trata a impugnação pela Superintendência-Geral, disposta no inciso II do *caput* do art. 57 desta Lei e na hipótese do inciso I do art. 65 desta Lei, o processo será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro-Relator.

Art. 59. Após a manifestação do requerente, o Conselheiro-Relator:

I – proferirá decisão determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído;

II – determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

§ 1.º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à

preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

§ 2.º O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a realização das diligências referidas no inciso II do *caput* deste artigo.

Art. 60. Após a conclusão da instrução, o Conselheiro-Relator determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1.º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2.º As restrições mencionadas no § 1.º deste artigo incluem:

I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II – a cisão de sociedade;

III – a alienação de controle societário;

IV – a separação contábil ou jurídica de atividades;

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 3.º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

Art. 62. Em caso de recusa, omissão, enganosidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo Cade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido, nos termos do art. 53 desta Lei.

Art. 63. Os prazos previstos neste Capítulo não se suspendem ou interrompem por qualquer motivo, ressalvado o disposto no § 5.º do art. 6.º desta Lei, quando for o caso.

Art. 64. (VETADO).

Seção III

Do Recurso contra Decisão de Aprovação do Ato pela Superintendência-Geral

Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do *caput* do art. 54 e do inciso I do *caput* do art. 57 desta Lei:

I – caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

II – o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

§ 1.º Em até 5 (cinco) dias úteis a partir do recebimento do recurso, o Conselheiro Relator:

I – conhecerá do recurso e determinará a sua inclusão em pauta para julgamento;

II – conhecerá do recurso e determinará a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas; ou

III – não conhecerá do recurso, determinando o seu arquivamento.

§ 2.º As requerentes poderão manifestar-se acerca do recurso interposto, em até 5 (cinco) dias úteis do conhecimento do recurso no Tribunal ou da data do recebimento do relatório com a conclusão da instrução complementar elaborada pela Superintendência-Geral, o que ocorrer por último.

§ 3.º O litigante de má-fé arcará com multa, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser arbitrada pelo Tribunal entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), levando-se em consideração sua condição econômica, sua atuação no processo e o retardamento injustificado causado à aprovação do ato.

§ 4.º A interposição do recurso a que se refere o *caput* deste artigo ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§ 5.º O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a realização das diligências referidas no inciso II do § 1.º deste artigo.

CAPÍTULO III

DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E DO PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela

Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1.º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§ 2.º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

§ 3.º As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

§ 4.º Do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que decidirá em última instância.

§ 5.º (VETADO).

§ 6.º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou processo administrativo.

§ 7.º O representante e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da Superintendência-Geral.

§ 8.º A Superintendência-Geral poderá solicitar o concurso da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações.

§ 9.º O inquérito administrativo deverá ser encerrado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

§ 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

Art. 67. Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§ 1.º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

§ 2.º Avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para:

I – confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;

II – transformar o inquérito administrativo em processo administrativo, determinando a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

§ 3.º Ao inquérito administrativo poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério do Plenário do Tribunal.

Art. 68. O descumprimento dos prazos fixados neste Capítulo pela Superintendência-Geral, assim como por seus servidores, sem justificativa devidamente comprovada nos autos, poderá resultar na apuração da respectiva responsabilidade administrativa, civil e criminal.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas.

§ 1.º A notificação inicial conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2.º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no *Diário Oficial da União* e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do aviso de recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3.º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no *Diário Oficial da União*, da qual deverá constar o nome do representado e de seu procurador, se houver.

§ 4.º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu procurador, assegurando-se-lhes amplo acesso aos autos no Tribunal.

§ 5.º O prazo de 30 (trinta) dias mencionado no *caput* deste artigo poderá ser dilatado por até 10 (dez) dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado.

Art. 71. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação.

Parágrafo único. Qualquer que seja a fase do processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

Art. 73. Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual determinada na forma do art. 72 desta Lei, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar novas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Art. 74. Em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no art. 73 desta Lei, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração.

Art. 75. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá, caso entenda necessário, solicitar à Procuradoria Federal junto ao Cade que se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias.

Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

Art. 77. No prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

Art. 78. A convite do Presidente, por indicação do Conselheiro-Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimentos ao Tribunal, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I – especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II – prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do *caput* deste artigo;

III – multa estipulada;

IV – multa diária em caso de continuidade da infração; e

V – multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.

Parágrafo único. A decisão do Tribunal será publicada dentro de 5 (cinco) dias úteis no *Diário Oficial da União*.

Art. 80. Aplicam-se às decisões do Tribunal o disposto na Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 81. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do Tribunal, que determinará à Procuradoria Federal junto ao Cade que providencie sua execução judicial.

Art. 82. O descumprimento dos prazos fixados neste Capítulo pelos membros do Cade, assim como por seus servidores, sem justificativa devidamente comprovada nos autos, poderá resultar na apuração da respectiva responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Art. 83. O Cade disporá de forma complementar sobre o inquérito e o processo administrativo.

O procedimento administrativo passou por substanciais mudanças com a vinda da Lei 12.529/2011. Enquanto antes as fases do procedimento eram divididas em atos de averiguações preliminares, instauração e instrução, e a fase de julgamento, agora, a Lei regula os procedimentos administrativos de acordo com a finalidade específica, ou seja, são vários procedimentos distintos de acordo com o ato que vai ser realizado.

A Lei 12.529/2011 regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica (art. 48):

1. Procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
2. Inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

3. Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
4. Processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
5. Procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica;
- e
6. Processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

É bom frisar que o art. 50 da lei nova dispõe que a Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de:

a) terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou

b) legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei 8.078/1990.

4.2.4.1. Programa de leniência

É importante saber ainda que o Cade **pode celebrar acordo de leniência**. Na Lei 12.529/2011, **o programa de leniência** foi tratado nos arts. 86 e 87 que transcrevemos abaixo:

CAPÍTULO VII

DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

Art. 86. O **Cade, por intermédio da Superintendência-Geral**, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1.º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2.º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1.º deste artigo.

§ 3.º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4.º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta

de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5.º Na hipótese do inciso II do § 4.º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6.º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8.º Na hipótese do § 7.º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4.º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9.º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, **extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.**

4.2.4.2. Medida preventiva e ordem de cessação

CAPÍTULO V

DA MEDIDA PREVENTIVA

Art. 84. **Em qualquer fase do inquérito administrativo** para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe

do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1.º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

§ 2.º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

A adoção de medida preventiva por parte do CADE é possível em qualquer fase do processo administrativo. A medida poderá ser tomada pelo Conselheiro-Relator ou pelo Superintendente-Geral e terá por finalidade evitar que o representado cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. É possível determinar a imediata cessação da prática e a reversão à situação anterior.

4.2.4.3. Compromisso de cessação

CAPÍTULO VI

DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1.º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2.º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3.º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1.º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3.º (VETADO).

§ 4.º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5.º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6.º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7.º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8.º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9.º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9.º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. **As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade** se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

O compromisso de cessação é instrumento hábil para que, em algumas espécies de procedimentos administrativos, possa o Cade tomar do representado compromisso da cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos.

4.2.5. Atos de concentração

Uma das funções mais importantes desempenhadas pelos órgãos que formam o sistema de proteção da concorrência, em face

do abuso de poder econômico, **é o controle dos atos e contratos que de alguma forma possam gerar efeitos nas estruturas competitivas de mercado.** O controle, nesse caso, representa uma **atuação preventiva** contra o abuso de poder econômico.

No Brasil, o controle dos atos de concentração de empresas realiza-se tanto na forma repressiva, quando a conduta já foi realizada, como na forma preventiva, principalmente, quando o procedimento do controle preventivo de atos de concentração de empresas. E dispõe sobre as formas de controle dos atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, requerendo a submissão desses atos e contratos à apreciação do Cade.

O Cade em sua análise fará um **confronto** entre os possíveis **efeitos benéficos e maléficos** ao mercado resultantes do ato de concentração. Dessa forma, o § 6.º do art. 88 dispõe que o Cade poderá autorizar os atos desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Trata-se de controle preventivo dos atos de concentração econômica que, se não aprovados, **pode o Cade determinar as providências** para a desconstituição total ou parcial do ato, por intermédio da imposição de distrato, cisão da sociedade, venda de ativos, cessação parcial das atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos ao mercado.

Como explica José Alexandre Tavares Guerreiro (1987, p. 44-45):

“O limite ético e jurídico dessa modalidade de intervenção cautelar reside no resguardo necessário das liberdades individuais e, muito especificamente, no direito de defesa, com estrita observância do devido processo legal. Mas é bom que se recorde que o poder inibitório não se confunde com o poder punitivo, de sorte que seu exercício se fundamenta na cautela e na proteção *a priori* do interesse público e não no *ius puniendi* do Estado. Da mesma forma que a Comissão de Valores Mobiliários está autorizada a suspender negociações de ações, a decretar o recesso de bolsas de valores e a proibir às participantes do mercado (de valores mobiliários) a prática de atos especificados (Lei nº 6.385, de 1976, § 1.º), o mesmo poder inibitório ou cautelar há de ser outorgado ao Cade, com apoio nas mesmas razões, facultando-se-lhe inclusive a legitimação para provocar, por ato próprio de sua iniciativa, o exercício da função do Poder Judiciário.”

Na apreciação do ato é importante que o órgão verifique o **impacto competitivo** que o ato de concentração ocasionará; para tanto, é essencial a determinação do mercado relevante em que as empresas que atuam no mesmo mercado considerado. Nesse momento, é oportuna a medição da concentração do mercado, antes e depois de a concentração realizar-se. Entretanto, os dados de participação das empresas e da concentração do mercado apenas devem ser considerados como ponto de partida para a análise do impacto competitivo de um ato de concentração.

Na perfeita análise de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996, p. 16), que aprecia o procedimento de aprovação dos atos de concentração:

“O processo de concentração não é um processo em que, a meu ver, o Conselho se coloque em relação aos administrados como uma espécie de juiz; quer dizer, não há propriamente um julgamento. Existe, no final, obviamente, como se trata de um Conselho, a coleta de votos a respeito do ato em vista de uma decisão que vai ser tomada colegiadamente, mas não há propriamente um julgamento *strictu sensu*. Quer dizer, não estamos tratando aqui de infrações, não existe, em princípio, partes opostas. O que existe é o interesse das partes que pretendem realizar um ato de

concentração e que provocam o Cade para obter a sua autorização para um ato qualquer, seja a organização de uma rede de distribuição, seja uma fusão, uma *joint venture* etc.”

Por fim, ainda se questiona sobre a desconstituição do ato de concentração praticado, indagando-se: **quais os limites dessa desconstituição?** A resposta é fácil de ser dada e difícil de ser concluída, pois basta que se volte ao estado anterior ao do ato de concentração. A lei, nesse particular, não prevê qualquer sanção, mas simplesmente a desconstituição, como adverte Pedro Dutra (1996b, p. 17):

“como o Cade faz isso? Com ampla liberdade, mandando vender, colocar à venda, mandando vender a marca, mandando vender ativo, mandando abrir mão de determinada prestação de serviços – enfim, tudo o que for parte do mundo de negócios e entrou naquele ato de integração pode sair”.

O que é muito importante é que quanto mais rápida a resposta, menos incômodos sofrerão as empresas, o que faz necessária a adoção de procedimentos rápidos e pouco burocratizados.

4.2.5.1. Concorrência praticável

A proteção da concorrência não tem a pretensão de garantir aos destinatários dos bens e serviços que se mantenha o maior número de empresas independentes possível, assim como se pretende nos mercados de concorrência perfeita. Pretende-se, sim, **preservar o número suficiente para que os consumidores tenham razoável possibilidade de escolha**, ou seja, é necessário apenas garantir uma concorrência praticável (Alves, 1992, p. 66).

Isabel Vaz (1993, p. 99) doutrina nos termos:

“Analisando o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência

perfeita, e a raciocinar em termos de um valor possível a ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito.”

Desse modo, pode-se afirmar que a concorrência é instituto protegido pelo Direito. Entretanto, não se deve entender que o conceito de concorrência não comporta diferenciações conforme o mercado levado em consideração, o momento econômico etc. A conclusão mais acertada conforme ensina Jorge de Jesus Ferreira Alves (1992, p. 67):

“Para as empresas, o acesso ao mercado dever ser livre. Não é necessário que haja muitas empresas, mas que sejam livres e que possam penetrar no mercado sem obstáculos artificiais. As empresas devem ter liberdade de ação. Os consumidores e os utilizadores, por seu lado, devem gozar de liberdade de escolha. A concorrência pode ser actual ou potencial. Deve haver condições para que haja concorrência. O fato de apenas existir uma empresa do ramo, não impede que haja concorrência potencial.”

Para critérios de interpretação da legislação antitruste é sobejamente importante a compreensão do real alcance da intenção da lei protetora da concorrência, sob pena de acabar com as empresas em vez de proteger a concorrência entre elas. E, para tal mister, é necessário compreender que os pressupostos da concorrência perfeita e do monopólio se mesclam, por isso chama-se atualmente a concorrência de “**possível**” ou “**praticável**”, pois um grau absoluto de “perfeição” parece jamais ter saído do plano dos “modelos” (Vaz, 1993, p. 55).

O mercado estruturado sob a forma de concorrência perfeita é hoje uma **ilusão teórica**, o que se encontra é apenas uma concorrência chamada praticável. Deve-se atentar que o objetivo da preservação da concorrência produz condições para maior liberdade de ação das empresas, como uma conseqüente liberdade de escolha do consumidor, bem como uma maior transparência do mercado.

Assim, a proteção jurídica da concorrência torna-se fato relevante para o Direito, sendo que dois elementos a constituem: o

acesso ao mercado e a pluralidade de empresas. Elementos esses garantidores de sua existência. Alguns autores desenvolveram critérios para a medição da intensidade com que a concorrência se apresenta, são eles segundo Jorge de Jesus Ferreira Alves (1992, p. 67):

“Os critérios de estrutura exprimem as condições externas às empresas que afectam ou determinam as suas decisões. Descrevem os componentes principais do mercado: condições ou facilidades de acesso ao mercado, grau de concentração, características e tipos dos produtos transaccionados, grandeza e evolução do mercado, quotas de mercado etc.

Os critérios de comportamento dão conta das políticas seguidas pelas empresas umas em relação às outras: lealdade ou agressividade, descontos praticados, garantias, serviços pós-venda etc.

Os critérios de resultado dão-nos os efeitos que aquelas políticas têm nas empresas ou em terceiros. Tem a ver com as mentalidades, prejuízo ou margem de lucro suportados pelas empresas.

Quaisquer desses critérios suscitam reservas. Os mercados são diversos e não se prestam à elaboração de critérios precisos de estrutura. Os critérios de comportamento são ambíguos. A agressividade tanto pode ser sinónimo de concorrência como de fraqueza. A agressividade tanto pode servir para acabar com empresas marginais como para outros fins. Os critérios de resultado são difíceis de estabelecer e interpretar. No entanto, para se verificar se existem ou não condições de concorrência, devem-se utilizar simultaneamente os três critérios. É a medida mais acertada.”

Enfim, a **concorrência é praticável** não quando proporciona ganhos económicos apenas, mas também quando proporciona ganhos sociais que, quando ocorrem, podem até mesmo justificar a sua diminuição.

4.2.5.2. Fenômeno concentracionista

A concentração de empresas e a internacionalização dos mercados, como já adiantados, são fenômenos atuais que vêm despertando a atenção tanto daqueles que participam diretamente do mercado quanto daqueles que o regulam. Nesse sentido, a ressalva de Neide Terezinha Malard¹ em voto proferido no julgamento do ato de concentração 41/1995 dispõe que:

“Há que se olhar com muita cautela, na análise dos atos de concentração, a propalada globalização da economia. Ao contrário do que muitos pensam, e chagam até a afirmar, a globalização não implica, necessariamente, a concentração econômica. É certo que a dimensão geográfica de certos mercados relevantes tende a expandir, e que maiores escalas serão necessárias para que as empresas se tornem competitivas. Mas não é menos certo que a concentração econômica deva continuar a ser examinada de forma criteriosa, caso a caso analisando-se as eficiências almejadas pelas empresas integradas e seu real significado para o mercado, seja ele nacional ou global.”

O que se pretende, neste tópico, é promover um estudo do fenômeno da concentração de empresa como um fato social e econômico importante para o Direito, pois as empresas se utilizam de várias formas para realizar tal intento.

Como ensina Rubens Requião (1995, p. 215):

“O mundo moderno, sobretudo após a última grande guerra (1939-1945), sofreu profundas transformações sociais e econômicas. No campo do Direito Comercial, ocorreu uma verdadeira revolução, com o desenvolvimento das ideias e técnicas dos grandes grupos societários, consequência da concentração econômica das empresas. Houve, em face da economia de escala, a necessidade de as empresas se aglutinarem, a fim de atenderem às necessidades do desenvolvimento tecnológico dos processos de produção e de pesquisa, bem como do domínio ou da supremacia dos mercados de produção e consumo.”

Para o leigo, o tratamento das concentrações de empresas no Brasil pode trazer certos incômodos, uma vez que, embora nem sempre as concentrações gerem efeitos negativos no mercado, o fenômeno recebeu no Direito pátrio tratamento diferenciado, sendo ora permitido, ora punido. Entretanto, o ato de concentração sempre desperta a atenção dos órgãos incumbidos da aplicação das leis antitrustes. Também não se desconhece que a reunião (concentração) de esforços é ato realizado pelo homem há vários séculos, como forma de expandir suas forças. Pode-se até ressaltar como fator preponderante nas guerras mundiais as alianças entre países. Assim, o homem casa-se, associa-se comercialmente, alia-se estrategicamente. O empresário, da mesma maneira, procura aliar-se a outras empresas para enfrentar a concorrência, o que o faz suportar **com menos riscos** as diversas barreiras que enfrenta em sua atividade empresarial. O fenômeno concentracionista necessita, portanto, de linhas jurídicas, para que não seja interpretado como um sinônimo de restrição à concorrência e, dessa forma, sempre passível de sanções.

O fenômeno da concentração de empresas, admitindo-se que, atualmente, se vive em uma economia capitalista, sem qualquer dúvida, é a sua evolução. A forma encontrada pelos empreendedores para aumentar a produção e criar novas tecnologias é também **unir forças com outros exploradores do mercado**. Como bem coloca Washington P. Albino de Souza (1994, p. 189):

“agora, pelo fato econômico ‘concentração’, a empresa concorrente estava diante da fatalidade de ‘crescer ou perecer’, ou seja, de aumentar sucessivamente a sua capacidade de luta e, portanto, o seu poder econômico, ou lançar-se fora da arena e ser derrotada.”

Ainda convém observar que, atualmente, a sociedade é formada por empresas de grandes dimensões, as quais exploram mercados mundiais, de forma que até se teme pelo desaparecimento da pequena e da média empresa, que não encontram mais tantos espaços no mercado.

As principais causas que motivam as concentrações de empresas de forma bem sintética são as seguintes:

- razões puramente anticompetitivas;
- obtenção de eficiências operacionais e economias de escala;
- ganhos financeiros em virtude de benefícios tributários;
- objetivos gerenciais;
- aperfeiçoamento e melhoramento dos modos de produção;
- maior volume de capital para empreendimentos;
- ampliação do mercado a explorar.

Todavia, diante do quadro econômico atual, pode-se enumerar também como uma das causas de concentração as **instabilidades** enfrentadas pelas empresas, principalmente, em razão da internacionalização dos mercados. Ocorre que, quem procura a grande dimensão, na verdade, obtém vantagens devido a esse fato, vantagens essas que podem ser utilizadas de forma não prejudicial ou abusiva e prejudicial. Como decorrência lógica da concentração, ganha a empresa certo **poder econômico** que pode ser usado **licitamente ou não**, ou, em linguagem mais específica, pode ocorrer o uso ou o abuso do poder econômico.

É bom que se leve em consideração que nem todos os atos de concentração merecem apreciação dos órgãos fiscalizadores do mercado, mas apenas aqueles que ganham relevância em razão do tamanho das empresas que se associam, de forma que as pequenas fusões, incorporações etc. que não causem qualquer impacto nas estruturas concorrencias de mercado serão plenamente admitidas. O que merece atenção são apenas os atos de concentração nos quais a empresa se torna titular de certo poder econômico que lhe permite influenciar no livre mercado. Pertinentes, nesse particular, são as lições de Waldirio Bulgarelli (1975, p. 31):

“superou-se assim também o problema controvertido da licitude. Hoje, o Estado, de um lado, tolera, permite ou apoia; de outro, controla e pune os excessos das concentrações; note-se, portanto, que, em geral, não as proíbe em si mesmas, mas sua ação, evolução observada, inclusive, nos EUA, a respeito, toma como base a existência de boas e más, com base na verificação do caso a caso.”

4.2.5.3. Estruturas de mercado

O presente tópico tem como objetivo introduzir o leitor ao tema, descrevendo sucintamente as estruturas de mercado. Duas razões o justificam: 1.^a) a própria denominação econômica dada ao tema pode levar o profissional do Direito a equívocos; 2.^a) o economista orienta-se por essa classificação para a realização do estudo da formação dos preços, enquanto o jurista procura apenas identificar os efeitos que distintas estruturas causam no mercado, limitando a competição entre os agentes econômicos.

Como ressalta Sérgio Varella Bruna (1997, p. 17):

“A compreensão, ainda que elementar, de modelos econômicos, da função dos preços nos mecanismos de sua formação, bem como das perdas e ganhos que o poder econômico pode trazer à sociedade é, destarte, absolutamente indispensável ao profissional de Direito, na análise e aplicação da disciplina de repressão ao abuso de poder econômico. Sob esse prisma, a teoria econômica integra o objeto da própria análise jurídica, pois, no mais das vezes, ela representa o principal foco da discussão quando da aplicação das normas de tutela da concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico. Integra, assim, a própria decisão jurídica tomada diante do caso concreto, cuja racionalidade somente poderá ser juridicamente aferida mediante a análise da motivação econômica da decisão.”

A classificação mais simplificada das estruturas de mercado adotou como critério de diferenciação **apenas os números dos que nele intervêm, seja para vender, seja para comprar**. Assim, tal classificação não apenas descreve as estruturas extremas de mercado, quais sejam: o monopólio (no qual apenas uma

empresa fornece bens ou serviços), e a concorrência perfeita (na qual estão presentes muitos vendedores e muitos compradores), como também as estruturas intermediárias das duas formas.

É necessário advertir que a situação de procura (quantidade de compradores para um determinado produto) não importa, em regra, para a caracterização de um ilícito concorrencial, e as condutas anticoncorrenciais apenas podem resultar dos comportamentos de agentes que se encontram do lado da oferta. As situações extremas são raras no mercado, predominando com mais frequência as situações intermediárias (mercados de concorrência imperfeita). Entretanto, para uma noção das variadas formas em que os mercados de bens e serviços estão estruturados, deve-se levar em consideração outros fatores que não apenas o número de empresas ofertantes. Moacyr Roberto de Pinho Spínola (1995, p.176), seguindo orientação de R. G. Lipsey, e P. O. Steiner, enumera-os destacando:

- o número de firmas;
- o tamanho ou a dimensão entre as firmas;
- a homogeneidade ou o grau de heterogeneidade do produto das diferentes firmas;
- a natureza e o número dos compradores;
- a extensão das informações que compradores e vendedores dispõem dos preços das transações de outros produtos;
- a habilidade das firmas individuais para influenciar a procura do mercado por meio de promoção do produto, melhoria na sua qualidade, facilidades especiais de comercialização etc.;
- a facilidade com que as firmas entram e saem da indústria.

Diante dos elementos enumerados, construiu-se uma classificação das estruturas básicas de mercado, que são divididas em:

- a) monopólios;**
- b) mercados de concorrência monopolística;**
- c) mercados de concorrência perfeita;**
- d) oligopólios.**

Todavia, antes de passar aos comentários mais acurados das diversas combinações dos fatores considerados, analisando-se cada qual com suas particularidades, cumpre-nos a advertência feita por Mario Luiz Possas (1990: 87 e ss) sobre o tema genérico estruturas de mercado, nos termos:

“Existem, pelo menos, três sentidos bem diferentes em que se emprega o termo ‘estruturas de mercado’. O primeiro deles, inclusive cronologicamente, é aquele que se encontra ainda hoje, nos livros-texto e na corrente linguagem econômica: refere-se às características mais aparentes dos mercados que os definem pelo número de empresas concorrentes – do monopólio, passando pelo oligopólio, até a concorrência – e pela existência de produtos homogêneos ou diferenciados. Mas essa é apenas uma tipologia das formas de mercado, a princípio compatível com qualquer e até nenhuma posição teórica, e só parece estar vinculada à visão neoclássica na medida em que esta, lamentavelmente, ainda é hegemônica. De qualquer modo, uma tipologia que se restrinja tão somente ao número de empresas e à maior ou menor homogeneidade do produto para caracterizar o mercado é, no mínimo, insuficiente, por estática e simplista, devendo fatalmente ser abandonada ou totalmente redefinida.

A segunda acepção é a utilizada na maior parte da literatura da organização industrial, tanto na descrição e análise de informações empíricas quanto nas tentativas de interpenetração teórica que, quase sempre, recorrem ao conhecido modelo de ‘estrutura-conduta-desempenho’. Nessa concepção, de grande apelo aos que preferem cultivar algum tipo de enfoque estrutural em contraposição ao puro ‘behaviorismo’ das teorias da firma, as características da estrutura do mercado assumem um papel preponderante. Dentre elas, são típicas as seguintes: concentração do mercado (nas vendas e também nas compras, conforme o caso); substitutibilidade de produtos,

configurando homogeneidade ou diversificação; e as condições que cercam a possibilidade de entrada de concorrentes.

Um terceiro sentido introduz características que permitem torná-lo um conceito dinâmico”.

Desse modo, justifica-se a longa citação, pois, sempre que necessário, abordar-se-ão as estruturas de mercado dentro de um enfoque dinâmico. Todavia, não é necessária a formulação de uma teoria econômica das estruturas de mercado, bem como analisá-las diante de toda a doutrina econômica, mas apenas utilizar algumas de suas características comuns, para que seja possível, e juridicamente mais fácil, fazer uma abordagem dos reflexos jurídicos que, eventualmente, sejam produzidos no mercado, ressaltando, assim, a natureza acessória do estudo da teoria econômica, no sentido de apenas abstrair noções de conceitos fundamentais, sem os quais se tornaria confusa a compreensão do tema desenvolvido.

4.2.5.4. Concentração e eficiência

A concorrência perfeita pressupõe as seguintes características:

- tanto do lado da demanda quanto do da oferta existe um grande número de sujeitos econômicos em ação, e nenhum deles pode, sozinho, alterar o volume global da produção, o preço do produto ou qualquer outro dado;
- o produto produzido por qualquer agente é igual a de outro concorrente, de modo que o consumidor não tem motivos para preferir uma mercadoria em vez de outra;
- não há qualquer empecilho à entrada de novos agentes produtores no mercado;
- consumidores e produtores têm conhecimento do que está ocorrendo no mercado;

- os fatores de produção podem deslocar-se, livremente, de um para outro setor da produção.

Em outras palavras, a identificação dos mercados de concorrência perfeita depende da:

- a) atonicidade do mercado;
- b) homogeneidade do produto;
- c) livre entrada de novas empresas;
- d) transparência do mercado;
- e) mobilidade dos fatores.

Nessa estrutura, é praticamente impossível que a empresa tenha condições de exercer alguma influência sobre a formação e o controle de preços. Assim, ocorre o livre jogo das forças de mercado. Como observa José Paschoal Rossetti (1969, p. 277-278):

“A total subordinação da empresa aos preços ditados pelo mercado advém, ademais, de sua limitada participação nesse mesmo mercado. A parcela do abastecimento do mercado proporcionada pela empresa perfeitamente competitiva é tão diminuta, e o número de concorrentes, tão elevado, que a empresa não reúne qualquer condição para vender sua produção a preços superiores aos determinados pelo livre jogo das forças da oferta e da procura. Conversamente, não necessitará reduzir os seus preços para níveis inferiores. Como o volume de sua participação é insignificante, a empresa poderá vender a quantidade que desejar, desde que se subordine aos preços vigentes.”

O prognóstico realizado pelos economistas é que o aumento de preço da mercadoria para manter o lucro e diminuir a produção, conseqüentemente, retirará a empresa do mercado, pois seu produto não encontrará aceitação devido aos similares mais baratos, enquanto optando-se por diminuir o preço, também haverá prejuízo, pois, nesse tipo de mercado, as empresas já trabalham sob custos mínimos.

Desse modo, na concorrência perfeita, **o preço é igual ao custo mínimo**, pois aquela não permite que este permaneça em nível superior a esse custo. A estrutura de concorrência perfeita é uma concepção ideal, sendo os mercados mais competitivos apenas uma aproximação desse modelo; a existência de alguma imperfeição é mais frequente. Em razão do surgimento das grandes empresas, do desenvolvimento do comércio, da diferenciação dos produtos, das campanhas publicitárias e da dificuldade para o estabelecimento de novas empresas, entre outros fatores, a concorrência perfeita é praticamente impossível.

Ocorre **monopólio quando um só ofertante controla a oferta de um produto ou serviço**. Possui as seguintes características:

- apenas uma empresa domina a oferta de determinado setor, o ramo industrial e a empresa são expressões sinônimas;
- inexistência no mercado de produtos capazes de substituir aquele que é produzido pela empresa monopolista;
- inexistência de competidores imediatos, já que o aparecimento de uma empresa implica o desaparecimento do monopólio;
- pouca publicidade, por não existirem outros ofertantes;
- poder de influência sobre os preços e abastecimento do mercado, já que detém o monopólio do fornecimento.

As causas que justificam a formação de monopólios são enumeradas por Carlos Galvez (1967, p. 188) como:

- o ofertante é proprietário, com exclusividade, da fonte de matéria-prima;
- o ofertante dispõe de uma localização privilegiada, de modo que as despesas com o transporte impede a concorrência;

- o Estado concede o monopólio por meio de concessões exclusivas de patentes de invenções ou de modelos de utilidade;
- o Estado reserva para si determinada atividade produtiva de coisa ou serviço;
- os ofertantes entram em combinação uns com os outros e agem como se fossem um só ofertante.

O monopolista é quem forma o preço, não se subordinando às regras ditadas pelo mercado. Todavia, embora possa praticar o monopólio em infinitas combinações de preços-quantidade, a formação de preços em monopólios deve obedecer a algumas regras econômicas, como ensina José Paschoal Rossetti (1969, p. 279/280), o monopolista:

“regulará as quantidades em função dos preços. E na hipótese de não haver quaisquer restrições aplicadas pelo Governo às suas formas operacionais, a empresa monopolista praticará a combinação que possibilite a maximização dos seus interesses. Isto não significa, todavia, que a empresa monopolista poderá aumentar os seus preços infinitamente. Como não há substitutos para o seu produto, a curva da procura resultante é relativamente inelástica, mas não totalmente. Assim, os aumentos de preços possibilitam aumento de receitas até certo limite. Como as quantidades procuradas diminuem à medida que os preços aumentam, haverá um ponto a partir do qual os aumentos de preços não gerarão receitas totais maiores. Desse ponto em diante, a queda das quantidades procuradas será mais que proporcional ao aumento de preços.”

Desse modo, mesmo sob a estrutura de monopólio, na qual se pode dizer que o controle de preços é livre pela empresa monopolista, pode ocorrer o controle da estrutura pelo próprio mercado, que impõe regras estabelecendo limites de combinações de preços-quantidade. Além, é claro, que o aumento arbitrário de preços **pode ocasionar a entrada de novas empresas no mercado.**

Deve-se ponderar, ainda, que **o monopólio também pode ser uma estrutura eficiente**, pois, em razão da produção em massa e da utilização de forte tecnologia, gera preços inferiores ao que se fixaria na concorrência.

Deve-se conhecer também as chamadas **estruturas híbridas**, ou seja, aquelas que estão situadas **entre as estruturas de concorrência perfeita e as de monopólio**, pois, ora tendem a elementos do monopólio, ora a elementos da concorrência perfeita. Todavia, não assumem, na integralidade, feições de nenhuma. Assim, pode-se dividir o mercado da concorrência imperfeita, para fins de estudo, em duas estruturas diferenciadas: **o oligopólio e a concorrência monopolística**.

O mercado estruturado em monopólio não pode fazer parte dessa classificação, pois nessa estrutura não existe qualquer concorrente. Portanto, nos mercados de **concorrência imperfeita**, a concorrência existe, porém em menor intensidade do que nos mercados de concorrência perfeita.

A imperfeição do mercado não deixa de ser uma evolução natural da economia; a atonicidade, por exemplo, deixa de existir, quando algumas empresas se tornam suficientemente poderosas para influir nas regras de mercado, abalando a concorrência perfeita em razão da grande dimensão que assumem.

Como ensina Carlos Alberto Caboz Santana (1993, p. 24):

“Na verdade, quando num determinado mercado se vão substituindo muitas pequenas empresas por apenas algumas empresas maiores do que as anteriores, são muitas vezes preocupações de eficiência que estão na mente dos responsáveis por essas modificações. É que estando a sobrevivência das formas de organização econômica, com base na empresa privada, dependentes da concorrência, podem obter-se economias de escala com empresas melhor equipadas.”

Da mesma maneira, o agigantamento das empresas é quase que uma necessidade para o enfrentamento das condições dos novos mercados internacionais, em que a **interação dos produtos**

é cada vez maior. Como explica José Edwaldo Tavares Borba (1997, p. 108):

“esse gigantismo empresarial é um fenômeno moderno e de acentuada extensão nos países mais desenvolvidos. As grandes empresas têm maior capacidade de fazer lucros, uma vez que produzem em grande escala, e de conquistar mercados, pois podem ter melhores preços, desenvolvida tecnologia e grande cobertura publicitária. Com isso elas reinvestem os lucros auferidos na própria expansão ou na compra de empresas, do mesmo ou de outros setores da atividade, e assim, prosseguem em renovados ciclos de crescimento.”

Enfim, aquelas antigas empresas, acostumadas a estruturas pulverizadas (atomizadas), estão abandonando tal estrutura para integrar grandes empresas que, atualmente, proporcionam ao grande empresário o aproveitamento de alguns benefícios decorrentes de sua dimensão, principalmente, no que diz respeito à venda de produtos, financiamento de maquinários, transporte, recuperação de impostos etc. Portanto, conclui-se que as pequenas e médias empresas possuem um custo médio elevado, tal condição é uma ineficiência.

Outra estrutura é denominada de **concorrência monopolística**. O significado da expressão **compreende as estruturas de mercado em que há grande número de empresas competindo**, todavia a **diferenciação de seus produtos é tão intensa** que faz com que não pertençam ao mesmo mercado. Entretanto, a concorrência pode resultar em razão de produtos similares à disposição do consumidor para substituição. Em resumo, José Paschoal Rossetti (1969, p. 275/276) enumera as seguintes características:

- existência de grande número de empresas, relativamente iguais em poder concorrencial; esse número geralmente se situa numa posição intermediária entre atomização da concorrência perfeita e a estrutura molecular do oligopólio;

- acentuada diferenciação dos produtos, como uma de suas mais significativas peculiaridades, o bem ou serviço de cada empresa apresenta particularidades capazes de distingui-lo dos demais e de criar um mercado próprio para ele; todavia, as diferenciações não explicam a inexistência de similares-substitutos que sempre constituirão alternativas para os consumidores;
- apreciável, porém não muito ampla, capacidade de controle dos preços, essa capacidade dependerá do grau de diferenciação real do produto;
- relativa facilidade para o ingresso de novas empresas no mercado.

Na formação de preços, as empresas, sob concorrência monopolística, enfrentarão o problema da concorrência dos similares-substitutos, assim, embora a empresa detenha o monopólio daquele determinado produto ou serviço, o consumidor poderá substituí-lo por outros. Desse modo, a formação de preços obedecerá a certa confiabilidade e necessidade dos consumidores que, mesmo sob um aumento do preço, não substituirão o produto por outro similar – bem como à quantidade de similares substitutos.

Na **concorrência monopolística**, a publicidade dos produtos e serviços é essencial, pois, por meio dela, as empresas colocam no mercado seus produtos e justificam-lhe as diferenças. Os anúncios publicitários permitem à empresa demonstrar suas inovações sobre outros produtos, de modo que os outros competidores devem estar atentos às inovações e às campanhas promovidas junto aos consumidores.

Por fim, e de extrema importância, temos as estruturas de mercado em oligopólio que possui as seguintes características:

- a presença de um pequeno número de empresas;
- a produção de bens padronizados ou diferenciados;

- devido ao pequeno número de empresas dominantes, o controle sobre os preços pode dar lugar a inúmeras formas de acordos;
- o ingresso de novas empresas geralmente é difícil, principalmente pelos obstáculos impostos pelas empresas já existentes.

Na síntese de Anita Kon (1994, p. 27):

“A característica básica do oligopólio é a presença de poucas firmas que compõem uma indústria específica e que apresentam uma interdependência de ações, no sentido de que a sobrevivência de uma está condicionada às suas reações aos movimentos das demais e à sua capacidade de prever tais procedimentos das rivais. A definição da indústria no oligopólio abrange um conjunto de firmas que produzem produtos substitutos perfeitos entre si (oligopólio puro) ou substitutos próximos (oligopólio diferenciado). A conceituação do setor como um todo torna-se difícil desde que as empresas estabeleçam preços diferenciados para seus produtos, e a substituição de produtos dependa de fatores como hábitos, preferências e capacidade de gastos dos consumidores.”

De acordo com a **substitutibilidade perfeita ou imperfeita dos produtos**, o oligopólio é classificado como **perfeito ou diferenciado**.

A empresa que atua em um mercado oligopolizado deve sempre levar em conta as reações de seus concorrentes, o que pode acabar determinando o concertamento das condutas, na tentativa de tirar melhor proveito da procura dirigida a um ramo empresarial.

O fenômeno de concentração de empresas pode ser tratado como decorrência lógica da exploração econômica, não merecendo, portanto, **qualquer indução a tratar-se de algo ilícito**. Mesmo diante de uma diminuição de competitividade no mercado, os efeitos de um ato de concentração não podem ser imediatamente considerados abusivos.

Portanto, necessita o conceito jurídico de oligopólio de alguns lineamentos, sob pena de perder-se a sua real significação jurídica, pois, como se viu, tal conceito que, inicialmente, foi desenvolvido pela doutrina econômica, vem proporcionando embaraços aos juristas, que por falta de uma visualização do fenômeno sob a ótica da legislação antitruste, que neste particular também é incompleta, **não esclarece o que realmente pretende punir ou prevenir**. De forma que, em alguns casos, é comum os dizeres de que: **“as leis antitrustes reprimem os monopólios e oligopólios”**, o que constitui uma inverdade, como já proposto.

A legislação antitruste reprime certas condutas que, na verdade, não explicita quais são, mas as exemplifica e determina os resultados ilícitos, estes sim taxados no art. 173, § 4.º, da Constituição Federal, que nada mais são do que condutas que geram efeitos em decorrência da ilegitimidade na utilização do poder econômico que certa empresa pode possuir ou adquirir. O fenômeno da concentração de empresas é apenas um fator levado em consideração pelos órgãos aplicadores das legislações de repressão ao abuso de poder econômico.

Nesse particular, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1995b, p. 348) faz importante diferenciação, visualizando dois aspectos nos quais o fenômeno se apresenta: 1.º) como um dado inevitável de estrutura e 2.º) como estratégia de poder. É justamente essa diferenciação que, se não procedida corretamente, confunde o aplicador da lei.

Assim, conclui-se que o primeiro elemento que leva a caracterizar um oligopólio como ilícito não é simplesmente sua formação estrutural, mas sim quando se oligopoliza como forma de obter poder, ou seja, quando se recorre a essa estrutura para utilizá-la como estratégia de poder. E o segundo é que exista um abuso desse poder adquirido que, como visto, corresponde ao alcance de um dos efeitos ilícitos previstos na Constituição (CF, art. 173, § 4.º).

Concluir que todo e qualquer ato que tenda a uma estrutura oligopolizada deva ser sancionado é esbarrar no próprio princípio

constitucional que garante aos empresários a livre iniciativa. Mesmo a busca de ganho estratégico é permitida, é este o intuito de qualquer um que se dispõe a explorar economicamente qualquer atividade. A função estatal é de apenas limitar essas estratégias quando forem abusivas e, conseqüentemente, produzirem um dos efeitos ilícitos indesejados.

Com todos os elementos reunidos, pode-se precisar com maior clareza quando o oligopólio deve despertar a atenção dos órgãos antitrustes, levando-se em conta elementos jurídicos e econômicos.

O primeiro elemento que se deve considerar é a pouca quantidade de empresas exploradoras de determinada atividade econômica; segundo, a não existência entre elas de concorrência efetiva. Portanto, como ensina Tércio Ferraz Júnior (1995b, p. 354):

“é possível construir um conceito jurídico, entendendo-se que estamos diante de um oligopólio, quando em relação a um número restrito de empresas não existam condições de haver entre elas uma efetiva concorrência num determinado ramo de negócios ou de prestação de serviços.”

Entretanto, a falta de concorrência deve ser apreciada por outros fatores, aqui o Cade possui livre disponibilidade para ponderar suas decisões utilizando-se dos mais diversos meios para concluir pela falta de concorrência. Para a apuração desses dados, institutos de direito antitruste, como o mercado relevante e os índices de medição do grau de concentração, são essenciais para a **configuração do oligopólio.**

Os primeiros ordenamentos que buscaram reprimir o abuso do poder econômico tiveram o condão de reprimir, de forma imponderada, toda e qualquer forma de concentração. Nesse sentido, o art. 1.º do **Sherman Act** declara ilícito “todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras”; não se admite, portanto,

qualquer ponderação na aplicação da legislação antitruste americana.

Entretanto, devido a tal interpretação, reconheceu a Suprema Corte Americana que, se não fosse restringido esse alcance das palavras da lei, todas as condutas entre empresas estariam coibidas. Assim, fez-se inicialmente uma distinção entre contratos que produziram efeitos de constrangimento do mercado de forma "direta e próxima" e outros de efeitos considerados "indiretos e incidentais" (Shieber, p. 74).

Enfim, em 1911, a Suprema Corte Americana acatou que deveria afastar a interpretação apenas literal do Sherman Act e enunciou a chamada **"regra da razão" (rule of reason)** no processo *Standart Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S.

No Brasil, inicialmente, pode-se dizer que as razões que justificam a aplicação de sanções às empresas dizem respeito aos efeitos, ou seja, todo ato que afete o mercado concorrencial é razoável, menos aqueles que eliminem a concorrência, aumentem arbitrariamente os lucros ou dominem mercados. Entretanto, não é nesse aspecto que se deve aplicá-lo, pois tal aplicação já decorre de corolário lógico de interpretação, ou seja, qualquer conduta que não produza os efeitos enumerados na Constituição não é ilícita.

Deve-se, assim, aplicar a regra da razão quando o ato ou consulta produzir um dos efeitos enumerados, ou melhor, o art. 173, § 4.º, da Constituição Federal ficaria redigido da seguinte forma: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que "desarrazoadamente" vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

Enfim, existe uma análise de intenção na apreciação dos atos de concentração, nos quais o órgão aplicador não pode punir sem vislumbrar os efeitos benéficos e maléficos ponderando-os. Por isso é comum nas decisões do Cade encontrar-se a análise de benefícios ao consumidor, ao mercado etc.

4.2.5.5. Formas de concentração

A concentração de empresas pode ser realizada de várias formas que representarão maior ou menor **potencialidade de restrição à concorrência**. O fenômeno *concentração* não é desconhecido da legislação nacional, pois a lei que disciplina as sociedades por ações (Lei 6.404/1976) prevê atos de fusão, incorporação, coligação de companhias. É, pela própria sistemática introduzida na lei, o processo concentracionista não encontra obstáculos legais para acontecer, pelo contrário, como disseram Lamy Filho e Bulhões Pedreira (1992, p. 71):

“a existência de acionista controlador da companhia facilita a concentração do poder empresarial de diversas empresas: as fusões e incorporações de companhias, deliberadas pela maioria dos acionistas, permitem unificar empresas sem aplicação adicional de capital, reunindo, na mesma companhia, vários grupos empresários; e a centralização do poder de controle de diversas companhias – por meio de *voting trusts*, *holdings* e grupos de sociedades – permite concentrar poder empresarial sem unificar grupos empresários nem empresas.”

Torna-se essencial, antes de verificar as formas de concentração, estudar os critérios utilizados para a apuração (medição) da concentração do mercado; aqui ainda não se tratará do mercado a considerar (mercado relevante), mas apenas de alguns critérios utilizados para a medição do grau de concentração.

A medição dos atos de concentração não é o critério para a apuração dos efeitos anticompetitivos que podem ser gerados no mercado. De forma que, vale ressaltar, ele tem apenas valor indicativo, para que os órgãos aplicadores das leis antitrustes não percam tempo na análise de atos de concentração que não geram qualquer poder econômico para as empresas associadas.

Costuma-se utilizar, para medir o nível de concentração do mercado, um método denominado **“razão da participação de quatro empresas” (four-firm concentration ratio)**, no qual se soma a participação das quatro empresas de maior participação em

determinado mercado, considerando elevado o grau de concentração quando se chega a um índice superior a 75%; também é utilizado o índice Herfindahl-Hirschman (IHH), que provém da soma dos quadrados das participações individuais de todos os participantes no mercado – é o índice que veio com a *Horizontal Merger Guidelines* dos EUA, que considera o mercado altamente concentrado quando o IHH é superior a 1800 (Hovenkamp, 1994, p. 456-459).

Em regra, quando uma empresa toma certa parte do mercado, atribui-se a ela exercício de posição dominante, o que realça a atenção dos órgãos aplicadores da legislação antitruste. A legislação brasileira, como já anteriormente discutido, 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. De acordo com a associação a ser realizada, classificam-se as concentrações em:

- **verticais**, quando realizadas entre empresa e fornecedores (ascendentes) ou distribuidores (descendentes), ou seja, quando se unem os entes responsáveis pela chegada da mercadoria até o consumidor;
- **horizontais**, quando a associação é realizada entre concorrentes que exploram um mesmo mercado, ou seja, são concorrentes diretos.

Em regra, atribui-se mais prejuízo às concentrações horizontais, que por si, no mínimo, retiram um concorrente do mercado, enquanto as concentrações verticais dependem de outros fatores para ocasionar lesão ao mercado, como quando o fornecedor comum de outras empresas é adquirido e discrimina outros concorrentes no preço de fornecimento.

Em relação aos conglomerados, embora estes diretamente não possam causar qualquer impacto no mercado relevante de um produto, o poder econômico de mercado da empresa pode aumentar de tal forma que esta mesma empresa possa tomar certas condutas anticompetitivas impondo esse poder econômico para dominar o mercado ou impor barreiras às outras empresas, merecendo, dessa forma, uma análise preventiva do órgão aplicador da lei antitruste, se o ato se enquadrar em uma das hipóteses de apreciação do art. 88, da Lei 12.529/2011.

Como bem observa Pedro Dutra (1996, p. 12, nota 7):

“A distinção de concentração do poder econômico em horizontal, vertical e de conglomerado serve antes a propósitos metodológicos; esses são os planos sobre os quais os efeitos da concentração do poder econômico se projetam, no âmbito do mercado concorrencial. Historicamente, varia o número dessas formas de projeção dos efeitos da concentração de poder econômico sobre o mercado concorrencial; e, conseqüentemente, a análise delas e as respectivas posições doutrinárias; é certo, contudo, que a forma horizontal se apresenta, sempre, em número superior às demais.”

Os atos de concentração de empresas podem assumir ainda formas variadas. É comum encontrar as seguintes denominações dadas às formas de concentração: **fusão, incorporação, cartel, holding, joint venture, colusão, ajustes, acordos, entente, integração, grupo de sociedades, agrupamento de sociedades, constituição de sociedade controladora, entre outras.**

Diante da legislação societária, pode-se dizer que existem concentrações de empresas que são lícitas, o que de certa forma influencia os critérios para a aplicação de penalidades nas leis antitrustes, que devem, sobretudo, impor condições que bem diferenciem uma boa de uma má concentração ou tipificar claramente quando ocorre lesão ao bem jurídico tutelado. Nesse particular, não se poder ter como único fundamento para a

configuração de um ilícito antitruste apenas a verificação de **redução do grau de concorrência no mercado**.

O chamado **Trust** consiste em uma forma de transferir a uma direção única o controle de várias sociedades. Mesmo o **trust** dependerá de uma atitude ilícita de seu gestor que gere efeitos negativos no mercado, como, por exemplo, a prática de preços predatórios ou a limitação da entrada de novas empresas.

Outra forma usual de união de empresas são as chamadas **joint ventures** que, como assinala Waldirio Bulgarelli (1975, p. 56-57):

“em nossa legislação, podem enquadrar-se na figura dos consórcios, regulados pela Lei 6.404/1976, que consiste em uma forma das empresas se associarem para desenvolverem certas atividades econômicas. A tradução literal da expressão ressalta bem o seu significado, ou seja, ‘empreendimentos conjuntos’, sendo assim caracterizada pelo controle de duas ou mais empresas, admitindo também participação em seu capital social de quem não a controla (investidores).”

Luiz Olavo Baptista (1981, p. 58-59), após realizar amplo estudo sobre o tema, conclui que:

“O conceito de *joint venture*, desde sua origem no direito americano, até o seu uso hoje, na prática internacional, é amplo e cobre uma gama variada de formas de colaboração de empresas entre si. As variedades de forma decorrem ou dos objetivos que os *ventures* desejam alcançar, ou dos instrumentos jurídicos tradicionais de que se utilizam, ou da maneira pela qual os combinam.”

Quando uma sociedade participa do capital de outras sociedades controlando-as, definem-se as chamadas *holdings*, que encontram previsão legal na Lei 6.404/1976, quando se menciona a existência de sociedades que têm por objeto participar de outras sociedades (art. 2.º, § 3.º).

Por fim, **o cartel** é uma das formas de concentração em que as empresas não se unem, mas atuam como se unidas fossem, dividindo mercados, impondo preços concertados. Enfim, as

empresas cartelizadas procuram buscar estratégias de exploração da atividade econômica de forma a beneficiá-las.

Como ensina Neide Teresinha Malard (1995, p. 39):

“o principal motivo da cartelização é a obtenção de vantagens idênticas às do monopólio, quais sejam, a maximização de lucros. Buscam, assim, os cartéis a eliminação de concorrentes indesejáveis que se colocam no caminho de suas pretensões.”

Como é ressaltado pela doutrina, **os cartéis desenvolvem-se na clandestinidade**, não resultando de nenhum ato formal ou escrito, principalmente depois das legislações antitrustes, de forma que, muitas vezes, as regras impostas são desobedecidas pelas próprias empresas cartelizadas. Assim, a concentração de empresas pode assumir várias formas e modalidades, o que reflete diretamente nas estruturas de mercado, resultando em estruturas tendentes ao oligopólio.

Como colocado linhas antes, a análise dos atos de concentração pelo Cade, inicialmente, passa por uma fase na qual são apurados possíveis efeitos negativos no mercado, os quais, se não encontrados, justificam, sem maiores delongas, a aprovação do ato. Entretanto, uma vez verificados efeitos que possam limitar a concorrência, deve-se passar à análise dos efeitos positivos no mercado, os quais poderão justificar ou não a aprovação do ato.

Portanto, não é objetivo das legislações antitrustes apenas punir os atos abusivos de poder econômico em virtude somente da análise dos efeitos negativos no mercado. Por essa legislação, também se persegue a eficiência econômica, uma vez que o bem tutelado é o mercado concorrencial e eficiente, de nada valendo uma proteção que não lhe promova eficiência. Mercado sem eficiência não é livre mercado. Entretanto, algumas vezes um ou outro elemento deve ser parcialmente sacrificado de acordo com o caso concreto.

4.2.5.6. Atos de concentração ilícitos

Os atos de concentração de empresas, em alguns casos, podem ocasionar lesões irreparáveis no mercado competitivo, eliminando a concorrência. Nesse caso, devem os órgãos aplicadores das normas antitrustes sancioná-los, quando não for possível preveni-los. Este tópico tem por objetivo estudar algumas das condutas ilícitas resultantes de atos de concentração.

Preliminarmente, importa que se analise o poder econômico, pois uma empresa pode adquiri-lo com um ato de concentração. É necessário seu estudo para limitar quando o seu uso é lícito e quando é ilícito, ou seja, o abuso que pode ocasionar umas das condutas ilícitas descritas na Lei 12.529/2011.

A própria conceituação de uso e abuso do poder econômico desperta no intérprete certo senso de reflexão, ou seja, havendo poder econômico, sente o aplicador a necessidade de apurar se ocorre apenas **uso (poder econômico sem abuso) ou abuso (que configure uma das práticas descritas na Lei 12.529/2011)**. Assim, como corolário lógico, o conceito de abuso pauta-se nas condutas previstas na legislação como ilícitas, até porque, tratando-se de regras punitivas, requer-se certa tipicidade. Embora, no caso da lei antitruste, apenas se pode falar em tipicidade dos efeitos, e não das condutas.

Entretanto, como bem pondera Luis Fernando Schuartz (1994, p. 13):

“a explicitação do pressuposto referente à natureza conceitual das expressões ‘poder econômico’ e ‘abuso do poder econômico’ é importante na medida em que implica uma certa dose de abstração e generalidade ou, se preferirmos, imunização contra a quase indesculpável arbitrariedade inerente a uma análise caso a caso...”.

A concentração de empresas é um fenômeno originário do poder econômico. De certa forma, o simples ato de concentrar já implica certa dose desse poder, ou melhor, aumento de poder, ainda que este não seja suficiente para gerar efeitos no mercado, pois a

dimensão da empresa identifica, sob certos aspectos, seu poder de mercado.

Todavia, a própria doutrina criou elementos que propiciam a determinação do poder econômico e assim possibilita sua graduação. Nesse sentido, Luis Fernando Schuartz dispõe que (1994, p. 14):

“na determinação do grau de poder econômico de um dado agente, bem como da suposta abusividade de uma sua determinada prática ou conduta, a dogmática do direito de defesa da concorrência desenvolveu um instrumento teórico de suma importância, o qual está contido na noção de mercado relevante. A definição abstrata de mercado relevante e sua delimitação precisa, em um caso concreto, são importantes na medida em que todo o poder econômico é, para fins da legislação de defesa da concorrência, poder que se exerce em um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado. O conceito de mercado relevante representa, em outros termos, a juridicização dos conhecimentos econômicos relativos a um dado mercado e suas dimensões de produto, geográfica e temporal. Nesse sentido, a definição de mercado relevante constitui a tarefa prévia de todo aquele disposto a verificar se houve ou há poder econômico e/ou conduta abusiva no sentido das normas de defesa da concorrência.”

Concluindo, é bom lembrar que a dimensão das empresas funciona como fator de poder econômico (**critério estrutural**), entretanto costuma-se levar também em consideração, para mensurar o poder econômico, o comportamento da empresa no mercado (**critério comportamental**).

4.2.5.7. Mercado a considerar (mercado relevante)

Como já analisado no tópico anterior, o mercado relevante possui importância insuperável na verificação do poder econômico e, conseqüentemente, das possíveis infrações à ordem econômica. De forma que um estudo específico sobre o tema se torna essencial

para a compreensão dos ilícitos concorrenciais. Se o mercado é o bem jurídico tutelado, a primeira tarefa é precisá-lo.

Como expressa Mário Luiz Possas (*Revista do Ibrac*, 1996, p. 84):

“é intenção dessa definição que o mercado relevante seja **definido** de forma tal que o suposto exercício (abusivo) de poder de mercado – que busca prevenir, no caso de um ato de concentração, ou reprimir, no caso de uma conduta presumidamente infrativa – seja, antes de mais nada, **logicamente** possível.”

Dois elementos parecem fazer parte do conceito sugerido, quais sejam: **o produto e a dimensão geográfica**, conceitos que merecem lineamentos mais apurados, sob pena de equívocos.

Inicialmente, é necessário ater-se o aplicador à apuração do conceito de produto e à característica da sua **substitutibilidade**, que está intimamente relacionada com a elasticidade da demanda, portanto, é comum a afirmação de que quanto maior a elasticidade da demanda, maior a possibilidade de substituição do produto por outros alternativos do mesmo preço.

Contudo, os estudiosos como Mário Luiz Possas (1996, p. 87) ainda chamam a atenção para a existência de:

“duas possibilidades de substituição de natureza distintas, ainda que ambas, igualmente importantes para a definição do mercado relevante. Uma é definida no âmbito do consumo (demanda) – associada às decisões dos consumidores e às possibilidades físicas de que as mesmas necessidades possam ser de algum modo atendidas; a outra, no âmbito da produção (oferta) – associada às decisões dos produtores e às possibilidades técnicas de reconversão da produção.”

Na **esfera territorial**, deve-se apurar onde aquele produto ou serviço é vendido ou prestado, determinando-se quais são as empresas que concorrem nesse mesmo território.

A dificuldade em precisar o mercado relevante encontra-se, sobretudo, na condição de trabalhar com hipóteses. **Assim, a primeira tarefa do intérprete consiste em determinar qual o**

produto em questão; após apurar o território no qual a empresa atua; por fim, levar, ainda, em consideração um período temporal determinado.

4.2.5.8. Controle das concentrações na Lei 12.529/2011

Abaixo verificaremos no texto legal o novo tratamento dado aos atos de controle das concentrações.

LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

TÍTULO VII

DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

CAPÍTULO I

DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

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

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1.º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por

portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2.º 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.

§ 3.º 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.

§ 4.º 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 § 3.º deste artigo.

§ 5.º 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 § 6.º deste artigo.

§ 6.º Os atos a que se refere o § 5.º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – seja repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7.º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8.º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9.º O prazo mencionado no § 2.º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I – por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II – por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões,

licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (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 – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Parágrafo único. Na hipótese referida no *caput* deste artigo, a falsidade ou enganiosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais),

a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.

Em razão da possibilidade prevista no § 1.º do art. 88, os valores dispostos no *caput* do artigo já foram adequados pela Portaria Interministerial 994 de 2012, nos termos:

PORTARIA INTERMINISTERIAL 994, DE 30 DE MAIO DE 2012

Adéqua, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA no uso da atribuição que lhes confere o § 1.º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem:

Art. 1.º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I – R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II – R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

Art. 2.º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSE EDUARDO CARDOZO

Ministro de Estado da Justiça
GUIDO MANTEGA
Ministro de Estado da Fazenda

4.3. PRÁTICAS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

O agente econômico mesmo desprovido de qualquer poder no mercado em que participa pode agir ilícitamente realizando **condutas desleais** contra os outros competidores. Assim, um primeiro apontamento sobre a concorrência desleal é que **o poder econômico é desnecessário ao agente causador do dano**. Outra consequência importante é que **o dano não abala as estruturas de mercado, mas um concorrente em específico**.

Nas lições de Fábio Ulhoa Coelho (1998, p. 190):

“Uma das hipóteses de concorrência ilícita é a desleal. A concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (*infração da ordem econômica*), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes são atingidos. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com as repressões civil e penal.”

A utilização de uma **marca alheia** ou o desrespeito aos direitos conferidos por uma **patente** ou a divulgação de **informações falsas** sobre um concorrente não necessariamente trarão consequências para a estrutura do mercado em que esses competidores participam, mas apenas para aquele que perderá com a prática desenvolvida.

No caso do competidor desleal, a sua intenção é de prejudicar diretamente um concorrente determinado para que possa tomar-lhe a fatia de mercado. É claro que os agentes econômicos que participam de um mesmo mercado podem desenvolver estratégias para aumentar a sua participação no mercado em detrimento de outros competidores. Entretanto, a observação deve recair nas condutas (leais ou desleais) de competição utilizadas no mercado

pelo competidor. Como mais uma vez pondera Fábio Ulhoa Coelho (1998, p. 191):

“Sendo assim, não é simples diferenciar-se a concorrência *leal* da *desleal*. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias de mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e a desleal. São *meios* empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.”

O **capítulo VI da Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial)** tipifica em **seu art. 195** uma série de condutas que configuram o crime de concorrência desleal. Dessa forma, o concorrente prejudicado pode recorrer à instância civil para requerer a reparação dos danos sofridos e também à instância criminal.

São exemplos de crimes de concorrência desleal:

- a) publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- b) empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- c) usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imitar, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
- d) dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
- e) divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, no comércio ou na prestação de serviços,

excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.

Como se percebe pelos exemplos anteriores, as condutas podem ser praticadas por um competidor independentemente de qualquer poder econômico, no caso, podem ser sujeitos ativos dos crimes até mesmo empregados do empresário.

As ações criminais são privadas e deverão ser promovidas por intermédio de queixa-crime.

4.4. QUESTÕES

Observação: Optou-se por manter as questões abaixo que se referem à Lei 8.884/1994, pois tratam de matérias com regramento semelhante na Lei 12.529/2011, permitindo, ainda, verificar como a matéria é cobrada em concursos públicos.

1. (Procurador do Banco Central – Concurso de 2009) A Lei 8.884/1994 tem por finalidade principal a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Com relação a esse assunto, assinale a opção correta.

(A) No caso de encerramento das atividades de empresa que tenha cometido várias infrações à ordem econômica por motivo de má administração, admite-se a desconsideração da sua personalidade jurídica, desde que, em decorrência dessas infrações, hajam ocorrido danos a, pelo menos, 20% do mercado em que atuava.

(B) Com a finalidade de dominar mercado relevante, uma grande empresa atacadista, que atua em todo o território nacional, pode comercializar, nos primeiros doze meses de atividade, certa linha de produtos com preços equivalentes a 30% dos respectivos custos.

(C) A Lei Antitruste não alcança pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista que esses entes, por determinação constitucional, não podem interferir nas relações econômicas.

(D) Uma rede de televisão nacional pode exigir exclusividade na publicidade de certa marca de cerveja, desde que por período não superior a doze meses.

(E) Considere que a Construtora Cascalho do Rio Preto tenha cometido infrações contra a ordem econômica que resultaram em graves danos à concorrência e ao interesse público. Nesse caso, essa empresa poderá ficar impedida de contratar operações de crédito com instituições do sistema financeiro oficial, por período não inferior a cinco anos.

2. (MPF – 25.º Concurso – 2011) O conceito de “mercado relevante”, usado no direito concorrencial:

(A) Faz referência relativa de um mercado em comparação a outro, para efeito da imposição de sanção, como no caso do mercado de

medicamentos, que é mais relevante do que o mercado de brinquedos, por exemplo.

(B) É utilizado para referir-se ao espaço geográfico onde determinada conduta possa causar impacto.

(C) É utilizado para referir-se ao tipo de produto ou de serviço que teria sido afetado pela prática de abuso de poder econômico sob investigação.

(D) As respostas b e c estão corretas.

3. (MPF – 25.º Concurso – 2011) A prática ilícita conhecida como “venda-casada”, prevista tanto no art. 21, XXIII, da Lei Antitruste, como no art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor:

(A) É rigorosamente o mesmo ilícito, podendo ser punida alternativamente por uma ou por outra lei.

(B) É distinta em uma e outra lei, pois pressupõe abuso de poder de mercado, na Lei Antitruste, enquanto que não tem tal pressuposto no Código de Defesa do Consumidor.

(C) É distinta em uma e outra lei, em função da competência distinta das autoridades incumbidas de investigar e punir.

(D) Nenhuma das alternativas acima está correta.

4. (MPF – 25.º Concurso – 2011) A competência do Cade:

(A) Compreende o poder de decidir conflitos intersubjetivos de interesse entre concorrentes, envolvendo questões concorrenciais.

(B) Não compreende o poder de decidir quaisquer conflitos intersubjetivos de interesse entre concorrentes.

(C) Não se aplica aos entes públicos estaduais e municipais, pois o Cade é uma autarquia federal.

(D) Também é exercida na solução de infrações ao Código de Defesa do Consumidor.

5. (MPF – 25.º Concurso – 2011) Indique a única alternativa correta:

(A) O Cade é o órgão de cúpula do SNDC.

(B) O DPDC reporta diretamente ao Cade.

(C) O MPF tem competência concorrente com o Cade para aprovar os atos de concentração econômica.

(D) Deter o monopólio de determinado mercado não é uma violação *per se* à Lei Antitruste.

6. (MPF – 25.º Concurso – 2011) Se determinada operação realizada por empresa causar restrição à concorrência:

- (A) Essa operação será considerada uma infração antitruste.
- (B) Essa operação poderá ser considerada lícita, dependendo das eficiências que ocasionar.
- (C) Essa operação será considerada lícita, se realizada por uma empresa estatal e regime de monopólio legal.
- (D) Essa operação será considerada lícita se não houver oposição pelos demais concorrentes nesse mesmo mercado.

7. (MPF – 25.º Concurso – 2011) Um acordo de preços entre empresas concorrentes:

- (A) Será lícito, se se tratar apenas de preço sugerido.
- (B) Será lícito, se for um acordo de preços máximos.
- (C) Será lícito, se autorizado previamente pela respectiva associação de classe, por unanimidade.
- (D) Será considerado ilegal, como regra.

8. (MPF – 18.º Concurso) Para viabilizar a realização de determinada prática econômica, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se óbices legais à sua concretização, com vistas, por exemplo, a propiciar aumento do grau de competitividade, adota-se, segundo a Lei Antitruste (Lei 8.884/94):

- (A) a regra da razão (na tradição norte-americana);
- (B) a concessão de isenções (na tradição do sistema europeu);
- (C) a concessão de autorizações;
- (D) nenhuma dessas técnicas é adotada, por não permitir a Lei Antitruste prática restritiva de concorrência.

9. (26.º Procurador da República – MPF 2012) Sobre a concentração econômica e o abuso de poder econômico é correto afirmar que:

- (A) O monopólio natural no setor de infraestrutura com alto custo de produção representa prejuízo aos agentes econômicos e custos elevados para os consumidores e, por isso, é combatido pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência;
- (B) O monopólio ocorre quando existe um grande comprador de determinada mercadoria, em geral matéria-prima, e o preço é determinado em grande medida por ele e não pelo vendedor;

(C) O cartel se caracteriza pela celebração de acordo vertical entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, mas complementares;

(D) De acordo com a Lei 8.884/1994, a possibilidade de impor preços não equitativos ao mercado é uma das características da posição dominante. Entretanto, apenas constitui infração à ordem econômica a fixação artificial do preço acima do custo, por ser prejudicial ao consumidor, a fixação do preço abaixo do custo, a *contrario sensu*, não pode ser considerada infração à ordem econômica.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*

¹ *Revista do Ibrac*, n. 1, v. 4, jan. 1997. p. 133



LAW & ECONOMICS: **ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

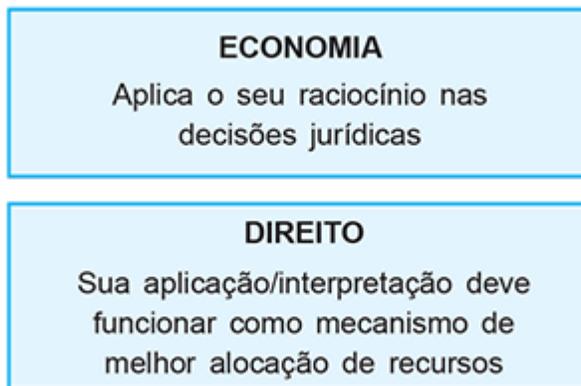
Sumário: 5.1. Fundamentos teóricos: 5.1.1. Eficiência – 5.2. Aplicação da análise econômica do direito – 5.3. Teoria dos jogos e direito – 5.4. Observações finais – 5.5. Questão.

5.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A análise econômica do direito, como sugere o nome, **tem por finalidade aplicar às decisões jurídicas o raciocínio econômico**, que toma como melhor decisão a que for mais eficiente para o mercado considerado. Em outras palavras, **a solução do conflito de interesses deve corresponder à melhor decisão econômica possível, que será a mais eficiente**. Como esclarece Fábio Ulhoa Coelho (1995b, p. 155):

“A inspiração fundamental dessa teoria é a tentativa de harmonização de duas áreas do conhecimento humano, o Direito e a Economia, que cuidam de vários objetos comuns (propriedade, contratos, intervenção do Estado na economia etc.), mas sob perspectivas diversas, e, por vezes, antagônicas. Há, na verdade, uma hierarquia implícita a qualquer empreendimento teórico com tal diretriz: a economia deve prevalecer sobre o direito; isto é, a eficiência econômica deve nortear a aplicação da ordem jurídica. O conteúdo essencial das disposições de Direito seria econômico, no sentido de que a sua interpretação deveria servir de instrumento para a melhor alocação possível dos recursos disponíveis.”

O método de análise tem por característica fundamental o encontro do efeito econômico de maior eficiência na aplicação da ordem jurídica. Dessa maneira, **a posição assumida pela economia seria hierarquicamente superior ao Direito**, pois este se tornaria um instrumento da Economia para alcançar o maior nível de eficiência possível. Em síntese, o raciocínio jurídico é moldado pela maximização da eficiência econômica.



A construção de uma maneira de pensar que alça os princípios de economia como preponderantes em qualquer decisão jurídica desprezará os limites inarredáveis impostos pelos direitos e garantias fundamentais. Portanto, o inverso também não resolve a situação, pois tornar os princípios de direito preponderantes sobre qualquer decisão também resultará, na maioria das vezes, em uma solução ineficiente. O que se deve preservar é o campo específico de cada uma destas técnicas, a econômica e a jurídica, ou seja, quando se está diante de uma decisão meramente econômica, ou quando ocorrerá uma possível supressão de direitos. Duas situações factuais comprovam as duas assertivas, a primeira delas, quando o direito de forma constante ou permanente resolve estabelecer em níveis jurídicos as taxas de juros, a composição do preço do capital ou do crédito é estabelecida, em regra, por aspectos eminentemente econômicos, daí a quase sempre ineficácia das normas jurídicas criadas com esse mister. A segunda ressalta o inverso, ou seja, quando a análise econômica desconsidera direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, com a criação de plano econômico que torne indisponíveis recursos depositados em caderneta de poupança.

O relacionamento entre Economia e Direito na análise econômica do direito é tão íntimo que as duas disciplinas, na concepção dos teóricos, fazem parte de uma mesma ciência, daí a expressão para qualificá-las de **Law & Economics**, cuja explicação

dada por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 83-84) confirma tal argumento, nos termos:

“Assim, o movimento de Direito & Economia vem a ser uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica comum, baseada em princípios econômicos. Essa linha de pensamento, concebida originalmente como uma vertente das escolas econômicas mais liberais, foi logo abarcada pelas faculdades de Direito. Seus enunciados olham o direito como um sistema que abarca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, como o da eficiência.”

Portanto, a análise econômica do direito corresponde a uma elaboração teórica que utiliza a ordem jurídica como instrumento para a produção de consequências de ordem econômica, em especial a eficiência. Para tanto, as **decisões de natureza jurídica** devem pautar-se por **princípios econômicos** que servirão de argumentos para a sua sustentação.

5.1.1. Eficiência

Já foi discutido neste trabalho por diversas vezes que a Economia, cuja função é trabalhar com recursos limitados diante de necessidades ilimitadas, para bem desempenhar a sua função, deve impulsionar o emprego eficiente de suas ferramentas. No caso da análise econômica do direito, **o próprio Direito representa uma ferramenta para a satisfação de necessidades econômicas**, portanto, a eficiência deve aparecer nas decisões nos maiores níveis possíveis.

A questão que deve ser respondida pelo julgador centrar-se-á na situação dos litigantes ou interessados que serão atingidos pelos efeitos da decisão, ou seja, qual a situação de maior eficiência? Segundo a análise econômica, **aquela cuja distribuição de recursos alcance o ápice de forma a não poder mais ser melhorada**.

O emprego da menor quantidade de recursos para a produção da maior quantidade de bens possível representa a eficiência. Alguns teóricos da análise econômica do Direito criaram maneiras de utilizar a eficiência aplicada à atividade jurídica.

5.1.1.1. Otimalidade de Pareto

O sociólogo italiano **Vilfredo Pareto** criou uma das definições de eficiência distributiva comumente utilizada na análise econômica do Direito. De acordo com Pareto, existirá distribuição eficiente de recursos quando não for possível distribuí-los de forma que pelo menos um dos envolvidos tenha a sua situação melhorada e nenhum outro tenha a sua situação piorada, o que resultaria na distribuição mais eficiente, denominada **ótimal de Pareto**, ou, como geralmente é também chamada nas análises práticas, **situação Pareto superior**.

A observação que se faz sobre a aplicação da eficiência nas decisões jurídicas é que ela ocorre em detrimento da equidade, o que é rebatido em parte pelo seguinte argumento dado por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 88-89):

“a alegação de que o Direito & Economia se preocupa mais com a eficiência do que com a equidade. Isso é parcialmente falso. Quando uma mudança leva a uma situação Pareto superior, pelo menos uma pessoa ficou melhor, sem que ninguém tenha ficado pior. Do ponto de vista econômico, houve um ganho de eficiência, ainda que a nova situação possa ou não ser mais equitativa – isso dependerá da posição relativa de quem se beneficiou. Pelo princípio da eficiência, mudanças de regras que levem a uma situação Pareto superior são sempre desejáveis. Entretanto, uma mudança que não seja equitativa, no logo prazo, acarreta problemas de distribuição de renda, por exemplo. Assim, eficiência e equidade não são necessariamente divorciadas.”

Entretanto, uma crítica importante feita ao raciocínio de eficiência em Pareto é a que observa a relatividade do que vem a

ser melhor ou pior, pois, como explica Fábio Ulhoa Coelho (1995b, p. 158):

“Cada pessoa é a única juíza para decidir que alteração em sua condição representa melhoria ou pioria. Não há critério objetivo para mensurar esses padrões, resolvendo-se a qualificação das diversas condições exclusivamente em termos subjetivos.”

O estudo sobre a eficiência e as repercussões sobre as decisões jurídicas ainda continuará, mas já é momento de se adiantarem algumas considerações sobre a sua aplicação, como, por exemplo, o fato de a imaginação dos teóricos ser totalmente desprovida de amparo legal, em primeiro plano, devido ao **Direito não contemplar que os julgadores deverão alcançar o maior nível possível de eficiência ao prolatar qualquer decisão** e, por outro lado, a condição de que **a decisão eficiente não será necessariamente a melhor decisão a ser tomada**, uma vez que poderá envolver a limitação de uma série de garantias de maior relevância para as pessoas do que o aumento da produção. Como um exemplo simples para reflexão, basta avaliar a aplicação de tal teoria sem considerar as limitações impostas pelo direito na exploração dos recursos naturais.

5.1.1.2. Teorema de Coase

Ronald Coase foi um economista inglês, ganhador do prêmio Nobel da Economia em 1991, que também se preocupou com a eficiência econômica nas decisões jurídicas, e propôs, em síntese, que a conduta de algum agente econômico que gera prejuízos a outro não deve sempre ser reprimida, pois, segundo a sua visão, deve-se ponderar se tal decisão será economicamente mais prejudicial do que lhe permitir a prática.

Como explicam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 102):

“Esse raciocínio um tanto abstrato pode ser ilustrado por um exemplo de George Stigler; outro economista e professor da Faculdade de Direito de Chicago, citado por Coase, que considera o caso de uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é automaticamente penalizar a fábrica por dano ambiental, e sim entender se o que a fábrica produz, causando a poluição do rio, é mais valioso do que os peixes (ou não). Ou seja, será que não é mais eficiente para a comunidade em que a fábrica opera permitir que ela polua (mesmo matando os peixes do rio), uma vez que ela gera empregos, impostos etc., do que interromper as suas atividades?”

Assim, o método de avaliação de eficiência proposto por Coase utilizado como tecnologia jurídica é, de certo modo, desprezível, pois, como observa Fábio Ulhoa Coelho (1995b, p. 162):

“A implicação jurídica do teorema é a de que, para contribuir à realização da eficiência, a ordem positiva não precisa necessariamente atribuir direitos e deveres para esta ou aquela pessoa, nas situações em que os custos de transação são desprezíveis. Pois nesses casos, segundo afirma o teorema, é indiferente a pessoa a quem se imputa a responsabilidade, para fins de garantir a eficiência da solução judicial.”

A principal crítica que deve ser feita à aplicação do raciocínio puramente econômico medido pela eficiência consiste nos péssimos resultados que tal forma de pensar causou na vida social e econômica das pessoas. Por isso, a preocupação com a eficiência desconsiderou uma grande quantidade de fatores importantes no desenvolvimento da atividade econômica, como, por exemplo, **a definição de riqueza**, que foi equivocada, uma vez que apenas computou os aumentos de produção e demais efeitos materiais como se fossem os únicos marcadores de eficiência econômica.

A preocupação com a produção desvinculada de outras consequências não deve mais ser admitida, pois, agora, o mundo vem colhendo os efeitos do desenfreado e desorganizado processo de produção *eficiente*, **daí os efeitos na vida dos trabalhadores**

que ou trabalham demais ou estão excluídos do mercado de trabalho, ou a situação de irreversível degradação ao meio ambiente, sem falar nos efeitos psicológicos produzidos no sempre insatisfeito consumidor, entre outros.

5.2. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para a aplicação da análise econômica do Direito, deve-se responder à seguinte questão: O julgador pode fundamentar a sua decisão com a aplicação de critérios de eficiência econômica? A resposta é imprecisa, pois pode ou não, dependendo da identidade de propósitos entre a **norma jurídica** e a **eficiência econômica**. Qualquer relação jurídica no Brasil deve ser formada, modificada ou extinta com base nos interesses eleitos por uma das fontes do Direito. Assim, o juiz brasileiro não poderia deixar de condenar uma pessoa pobre que ocasionou danos a outra de posses apenas porque tal situação pioraria em muito a situação de pobre e não melhoraria muito mais a situação do rico. A condenação deve ser fundada na conduta culposa do agente. É claro, que em alguns casos, devido à própria previsão legal, o juiz analisará os efeitos de eficiência econômica da sua decisão, mas em razão do próprio legislador ter eleito aquele critério como o melhor para aquele caso. É o que acontece, por exemplo, com a aplicação dos mecanismos judiciais de recuperação de empresas, nos quais **o juiz vai avaliar os efeitos econômicos se decidir de uma forma ou de outra**.

Dessa forma, como explica Fábio Ulhoa Coelho (1995b, p. 169):

“Nos quadrantes da *Civil Law*, quem pretender se valer dos postulados da análise econômica do Direito tem unicamente a alternativa retórica de os conjugar com a interpretação teleológica do dispositivo em exame. Isto é, terá pertinência propugnar-se, em um argumento jurídico, pela busca de situações eficientes apenas na medida em que se demonstrar ter sido a finalidade específica do legislador, na norma interpretanda, a de prescrever condutas capazes de gerar eficiência. Por outro ângulo, a norma jurídica não deve ser interpretada no sentido da eficiência porque um padrão geral hermenêutico assim determina, mas somente nas hipóteses em que se argumentar ter o legislador buscado, por aquela norma, garantir situações que se revelassem, sob o ponto de vista econômico, eficientes. Deve-se, portanto, preservar retoricamente a tripartição dos poderes: se o legislador quer a eficiência, e isso está

convenientemente traduzido na norma, então juiz deve também querê-la ao aplicar dita norma.”

Nos Tribunais nacionais, já é comum encontrar na fundamentação de uma grande quantidade de temas jurídicos a aplicação da Teoria Econômica do Direito, como exemplo, abaixo transcrevemos parte do voto do Desembargador Elcio Trujillo, da 7.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na apelação n.º 450.057.4/1-00, que trata de pendência relativa a um compromisso de compra e venda. Vejamos:

“(…)

Cumpre salientar, inclusive, que o Código Civil de 2002 trouxe posição diversa daquela sustentada pelo anterior (o de 1916), considerando relevante a função social do negócio jurídico, principalmente, o contrato, pois, em realidade, há de se considerar o importante papel do sistema judicial sob o ponto de vista econômico.

Tanto que um dos campos de maior dinamismo, principalmente nos Estados Unidos, é o campo da *Law Economics*, encarregado de ligar essas ciências: Economia e Direito.”

Da mesma forma, em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça pela Ministra Nancy Andrighi, na análise do recurso especial n.º 355.392 – RJ (2001/0137595), no qual se discutia a fixação do valor de danos morais, assim ponderou:

“(…)

Enraizada na Escola de Chicago e tendo como maiores expoentes os Professores de Economia e Juízes da Corte de Apelação do Sétimo Circuito *Richard Posner* e *Robert Bork*, a *Escola da Análise Econômica do Direito* parte do pressuposto de que a empresa jornalística atua como um agente de mercado: ao decidir se publica ou não uma matéria *difamatória*, a imprensa toma em conta, de um lado, os valores fixados pelos Tribunais a título de danos morais e, de outro, a expectativa de *receita* que o ato ilícito iria trazer.

Tomando o exemplo adotado por *Jerrery L. Harrison* (In *Law and Economics, University of Florida, 2000, p. 186/187*), se a jurisprudência em casos semelhantes sinaliza que a condenação não passará de U\$ 90 e a expectativa de receita com a publicação da matéria difamatória alcança U\$ 100, o ato ilícito será praticado pelo veículo informativo, eis que deixará de lucrar U\$ 10 (100 – 90) se não publicar a reportagem.

De forma a coibir este comportamento socialmente indesejável, como anota a linha de precedentes oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos (cite-se, a respeito: *New York Times Co., v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 1964), deve o julgador, ao fixar o quantum devido a título de danos morais, tomar em consideração a *receita auferida pela imprensa com o ilícito praticado*, pois do contrário estará estimulando os que buscam maximizar seu lucro em prejuízo de toda a sociedade.

Na avaliação do dano moral provocado por ofensa veiculada na imprensa escrita, que se utiliza de determinadas matérias para impulsionar a sua venda, mostra-se razoável o patamar fixado na sentença monocrática e mantida pelo e, TJRJ, porque leva em consideração aspectos peculiares do meio de transmissão do texto depreciativo e o benefício pecuniário auferido pelo agressor, às custas de sua vítima.”

Diante dos excertos acima transcritos, percebe-se a frequente utilização dos fundamentos da Análise Econômica do Direito para justificar a decisão judicial tomada no Poder Judiciário. Entretanto, é prudente ponderar que a aplicação da teoria cabe apenas em alguns casos pontuais, nos quais não se compromete a segurança jurídica das partes em detrimento da decisão economicamente mais eficiente.

5.3. TEORIA DOS JOGOS E DIREITO

A atividade de empreender economicamente faz com que os agentes econômicos tenham por preocupação o **comportamento dos outros empreendedores** que com eles competem. Na medida em que a análise econômica antecipa ou aposta em uma série de acontecimentos no mercado, tal atividade ganha caráter lúdico. Quando um novo ofertante entra no mercado, os concorrentes existentes, de certa forma, visualizam as possíveis estratégias a serem utilizadas pelo que ingressa no mercado, como, por exemplo: a realização de vendas promocionais.

A **estratégia dos players** do mercado consistirá em analisar o que os outros competidores farão, de modo que possam desenvolver conjunturas tentando antecipar o que os outros farão para determinar o que eles próprios farão.

Como explicam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 157-158):

“A aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito, ainda do ponto de vista da escola de Direito & Economia, baseia-se numa abordagem distinta da comumente utilizada na formação clássica do Direito romano, e é importante ficar atento a essa diferença. Tome-se, por exemplo, a tradição clássica da legalidade. Para o jurista, o próprio princípio da legalidade estabelece o alcance conferido pela lei, que, por sua vez, obedece a determinados princípios e limites, conjugando os meios e os fins, e que deve ser respeitado por todos. Segundo essa abordagem, o que não é legal nem pode ser sancionado não interessa ao Direito. Já pela Teoria dos Jogos, os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que, em certas circunstâncias, pode ser racional ir contra ela. Além disso, a lei pode permitir mais de um tipo de comportamento, e a escolha de qual será seguido pode depender da interação entre os indivíduos. De acordo com esse enfoque, a lei funciona mais como condição básica e necessária do que como condição suficiente para definir o comportamento humano, sobretudo se considerarmos que o fenômeno jurídico é sempre mais amplo e abrangente que a mera letra da norma.”

De forma direta, a aplicação de estratégias empresariais deve pautar-se nas regras estabelecidas pelo Direito. Assim, **nenhuma estratégia econômica pode desconsiderar o cumprimento das obrigações previstas na legislação**. Mais uma vez, o pensamento econômico vislumbra a utilização dos recursos da melhor maneira possível para a produção do máximo de resultado, portanto, eficiente. Todavia, não custa lembrar a advertência de alguns economistas sobre o tema, que, no caso, ensinam Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 283):

“É importante recordar que eficiência se refere a *como atingir objetivos*; ela não diz nada sobre quais deveriam ser esses objetivos. Dizer que o resultado do mercado é eficiente não significa dizer que o resultado é necessariamente desejável. De fato, em algumas circunstâncias, uma política econômica muito bem pensada pode deliberadamente escolher um resultado que *não* seja eficiente.”

5.4. OBSERVAÇÕES FINAIS

A aplicação dos conceitos econômicos na sustentação das decisões jurídicas deve ser realizada com toda a cautela, o que acarretará a sua exclusão na maioria dos casos. A preocupação econômica vem agregando apenas recentemente outros fatores de desenvolvimento social, que não apenas o aumento da produção de bens e serviços. Além do mais, **o pensamento econômico desconsidera plenamente o que é justo**. Nesse sentido, um importante e derradeiro exemplo dado pelos economistas Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 283):

“Imagine uma economia em que um ditador controla tudo, guardando para si mesmo quase tudo o que a economia produz e concedendo aos seus vassalos somente o mínimo necessário para sobreviver. Uma economia dessa poderia ser eficiente? Sim, poderia. Se não há maneira de melhorar a situação de um dos cidadãos sofredores sem piorar a situação do ditador, a economia é eficiente. Mas isso não significa que temos que aprová-la. A situação é nitidamente injusta; o contraste entre a riqueza do ditador e a pobreza de seus súditos não é justo. Esse extremo mostra que queremos mais do que eficiência em uma economia. Queremos também *equidade*: queremos que a distribuição da utilidade entre os indivíduos seja razoavelmente justa.”

Enfim, a análise econômica deverá incluir no cálculo da eficiência, outros resultados importantes que são sustentados pela ordem jurídica, de forma que a busca ou a utilização do critério da decisão mais eficiente deve servir para o julgador apenas como uma das perspectivas que deve previamente ponderar no trabalho de visualização que todo juiz deve fazer das decisões que venha a proferir. Do contrário, a quantidade de julgados absurdos e desproporcionais, é claro, sob o critério do justo, seria produzida diariamente pelos órgãos jurisdicionais.

5.5. QUESTÃO

**1. (MP/MG – Concurso XLIX – Prova especializada – Grupo V)
Questão: Discursiva (máximo de 60 linhas)**

Tema:

O custo social do Direito e a análise econômica do Direito perante os conceitos de Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo, limites e possibilidades.

***Gabarito:** Encontra-se no final do livro.*



DIREITO PENAL ECONÔMICO

Sumário: 6.1. Bem jurídico supraindividual – 6.2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas – 6.3. Legislação criminal: 6.3.1. Crimes contra a ordem econômica – Lei 8.137/1990; 6.3.2. Crimes ambientais – Lei 9.605/1998; 6.3.3. Crimes contra a regularidade das licitações e contratos da Administração Pública – Lei 8.666/1993; 6.3.4. Crimes contra o mercado de capitais – Lei 6.385/1976; 6.3.5. Crimes contra as relações de consumo – Lei 8.078/1990; 6.3.6. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986; 6.3.7. Crimes contra a propriedade industrial – Lei 9.279/1996; 6.3.8. Crimes nos procedimentos de falência e recuperação de empresas – Lei 11.101/2005; 6.3.9. Crimes de lavagem ou ocultação de bens direitos e valores – Lei 9.613/1998; 6.3.10. Crimes contra a economia popular; 6.3.11. Sistema de estoques de combustíveis – 6.4. Questões.

6.1. BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

É comum a divisão das normas de Direito Penal de acordo com o bem jurídico tutelado. Por isso, o Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, classifica em seus inúmeros títulos e capítulos as condutas ilícitas como fatos típicos contra a pessoa, a vida, o patrimônio, a dignidade sexual etc. Assim, **as normas de direito penal assumem características distintas devido ao bem tutelado**, o que não lhe descaracteriza as linhas gerais de tratamento jurídico aos fatos descritos nas normas penais incriminadoras.

A conduta tipificada como crime de natureza econômica, em nossa opinião, não é suficiente para conceber a **criação de um ramo específico da disciplina penal ou da econômica**, intitulada Direito Penal Econômico. Assim, concordamos com Washington Peluso Albino de Souza, quando ensina que (1994, p. 65):

“Não aceitamos o Direito Penal Econômico, mas apenas o Direito Econômico e Direito Penal em suas relações possíveis. Situe-se o ‘conteúdo econômico’ dentro das normas de cada um deles e teremos conteúdo econômico da norma de Direito Econômico e conteúdo econômico da norma de Direito Penal.”

Alguns atos que atentam contra a ordem econômica podem caracterizar uma conduta criminosa se descrita em uma norma penal incriminadora, o que faz surgir a infração de natureza econômica. Dessa forma, como explica Édson Luís Baldan (2005, p. 169):

“(...) a ordem pública econômica constitui, portanto, o bem jurídico protegido, pois se a distinção delito econômico e delito patrimonial não deve ser feita sobre o montante em dinheiro envolvido, mas sim, constatando qual é o meio onde proliferam, parece evidente que o delito econômico vive na economia política, enquanto que o delito patrimonial, por maior que seja, habita a economia privada.”

O que pode motivar a punição criminal de uma conduta que atente contra a ordem econômica é a **importância do bem jurídico tutelado** para a ordem econômica estabelecida constitucionalmente, o que não muda em nada as características da norma penal. É bom lembrar que um dos princípios da ordem econômica é a proteção ao direito de propriedade privada, de forma que se deve levantar a hipótese de que o capítulo do Código Penal que tipifica condutas que atentam contra o patrimônio seja uma norma de Direito Penal Econômico. No entanto, como já esclarecido, não foi essa a intenção do legislador constitucional, que nesse caso se dirigiu aos empreendedores de atividades econômicas com outros objetivos, quais sejam: que os mesmos possam se apropriar dos resultados da atividade econômica, bem como dos bens de produção.

Para caracterizar a inconsistência do pretendido ramo jurídico, utilizamos o raciocínio realizado por Édson Luís Baldan (2005, p. 123), que ressalta a dificuldade conceitual, nos termos:

“O Direito Penal Econômico, embora seja Direito Penal, em sua origem inspirou-se no Direito Econômico. Hoje, porém, existe uma irresistível tendência, que se sente em todo o mundo, de aproximá-lo do Direito Empresarial, o que não soa de todo incorreto, haja vista que uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência de que o Direito Penal Econômico, no futuro, venha a denominar-se Direito Penal da Empresa.”

Diante da observação realizada no parágrafo anterior, questiona-se: por que não, direito penal tributário, ou direito penal financeiro? Assim, o intitulado Direito Penal Econômico pode ser subdividido de acordo com cada uma das suas consequências no desenvolvimento da atividade econômica. Em razão disso, Édson Luís Baldan (2005, p. 143/144) aproveita as razões de Manoel Pedro Pimentel, para explicar que:

“Após analisar tais ponderações, de todo respeitáveis, Manoel Pedro Pimentel expõe seu entendimento acerca da matéria, não menos digno de acatamento. Queda-

se convencido de que o Direito Penal Econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo, constituindo-se apenas num ramo de Direito Penal comum e, destarte, submisso aos mesmos princípios basilares informadores deste. Assevera não se tratar de um Direito desconexo dos compromissos dogmáticos próprios do Direito Penal comum, deste 'tomando emprestada' a sanção mais severa que é a pena. Diz, lapidarmente, que 'não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código Penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito Penal Econômico'. Finaliza afirmando que filiar-se ao adverso posicionamento implicaria converter a autonomia do Direito em *'intolerável arma de opressão estatal, um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas das humanidades, no campo de liberdade.'*

Dessa maneira, a análise que passamos a fazer neste capítulo enfoca o direito penal como instrumento de punição de **pessoas que descumprem uma norma de direito penal apenas**. Em outros termos, a preocupação é com a prática criminosa de condutas que atentam contra qualquer um dos bens tutelados pela ordem econômica.

6.2. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A conhecida dificuldade em se atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas foi desconsiderada pela legislação criminal brasileira, o que faz merecer algumas críticas por parte da doutrina que ainda não aceitou a possibilidade de punir criminalmente as pessoas jurídicas pela prática de infrações penais.

Antes de quaisquer discussões sobre o acerto ou não da imposição de penas as pessoas jurídicas, deve-se ponderar que no Brasil **a própria Constituição Federal de 1988 determinou a responsabilização penal das pessoas jurídicas expressamente nos arts. 173 e 225**, nos termos:

Art. 173. (...)

§ 5.º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225. (...)

§ 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Diante do disposto acima, a possibilidade ou não da previsão de crimes praticados por pessoas jurídicas está fora de cogitação. Assim, **devem ser superadas as críticas baseadas, principalmente, na falta de capacidade para que a pessoa jurídica possa delinquir uma vez que não pode agir (falta de conduta), o que atrapalharia o reconhecimento e a apuração da vontade e da culpabilidade do agente, ou ainda, em razão da impossibilidade de ser apenada criminalmente**. Os Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, já reconheceram a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Vejamos o julgado abaixo:

*“Penal. Processual penal. Crime ambiental. Habeas corpus para tutelar pessoa jurídica acusada em ação penal. Admissibilidade. Inépcia da denúncia: inoportunidade. Denúncia que relatou a suposta ação criminosa dos agentes, em vínculo direto com a pessoa jurídica coacusada. Característica interestadual do rio poluído que não afasta de todo a competência do ministério público estadual. Ausência de justa causa e bis in idem. Inoportunidade. Excepcionalidade da ordem de trancamento da ação penal. Ordem denegada. I – Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o *habeas corpus*. II – *Writ* que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como corré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III – Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV – Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d’água transfronteiriços. V – Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI – O trancamento de ação penal, por via de *habeas corpus*, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII – Ordem denegada” (HC 92.921/BA, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 19.08.2008, Órgão Julgador: Primeira Turma).*

Do julgado acima, fica superada a possibilidade de apenar pessoas jurídicas, inclusive, podendo, se necessário, utilizar-se das medidas assecuratórias, como, por exemplo, o *habeas corpus* em casos de ilegalidade ou de abuso de poder. Vale aqui também a ponderação realizada por Anderson Furlan e William Fracalossi (2010, p. 422):

“Conquanto não expressamente vedada, resta incabível a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas regidas pelo Direito Público, tais como a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas, na medida em que estas entidades atuam no interesse público, da própria coletividade, e não em benefício próprio. Em situação diversa se encontram as empresas públicas e fundações de Direito Privado, ainda que instituídas pelo Poder Público, as quais não agem no interesse público e são regidas pelo Direito Privado, podendo ser responsabilizadas penalmente.”

Os fundamentos acima ainda merecem posteriores apreciações, mas de antemão deve-se refletir que nem as pessoas jurídicas de direito público, nem as de direito privado são criadas para a prática de condutas não somente criminosas, mas lesivas em geral. A atuação direta do Estado no domínio econômico é realizada por intermédio de empresas públicas e sociedades de economia mista. Mesmo assim, ainda que seja praticamente impossível a sua ocorrência, vejo que as pessoas jurídicas de direito público também podem ser sujeitos de crimes, até em razão da não limitação constitucional de sua responsabilidade. Como visto, o texto constitucional se refere a “pessoa jurídica”, e não “pessoa jurídica de direito privado”.

Os crimes praticados por pessoa jurídica são de coautoria necessária, ou seja, existe a necessidade da dupla imputação, o que repercute na impossibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (Nesse sentido, veja-se o Relatório da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Thereza de Assis Moura no AgRg no Recurso Especial n.º 898.302/PR, 2006/0224608-0, entre outros).

Sobre a possibilidade de apenar as pessoas jurídicas, a Lei 9.605/1998 em seus arts. 21, 22 e 23 já exemplificou como pode ser feito seja por intermédio da aplicação de multas (art. 21); de penas restritivas de direitos (art. 22), como, por exemplo: suspensão parcial ou total de atividades (§ 1.º); interdição

temporária de estabelecimento, obra ou atividade (§ 2.º); proibição de contratar com o Poder Público (§3º); e de prestação de serviços à comunidade (art. 23).

Terminamos acompanhando o entendimento de Anderson Furlan e William Fracalossi (2010, p. 420), que acertadamente concluem:

“A resposta à nova criminalidade deve ser dada à luz de novos instrumentos jurídicos de repressão, uma vez que os vetustos ângulos utilizados para se concretizarem as funções basilares do Direito Penal não se prestam a conter as inúmeras lesões a bens jurídicos valiosos cometidos por intermédio de pessoas jurídicas, muitas vezes geridas por sócios inexistentes e ‘laranjas’”

6.3. LEGISLAÇÃO CRIMINAL

Como já explicado, o que passamos a chamar de direito penal econômico, direito penal empresarial, ou seja lá o que for, não possui particularidades suficientes para merecer tratamento jurídico diferente. Assim, as normas penais e os tipos penais que passaremos a tratar adiante possuem apenas a particularidade de **envolver diretamente a exploração de atividades econômicas**, sejam elas relacionadas ao consumo, meio ambiente, mercado de capitais, mercado financeiro etc.

6.3.1. Crimes contra a ordem econômica – Lei 8.137/1990

O capítulo II da Lei 8.137/1990 trata dos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, o que faz nos arts. 4.º e 7.º, os quais transcrevemos e grifamos os aspectos mais importantes, mas que merecem ser lidos integralmente, *in verbis*:

CAPÍTULO II

Dos Crimes contra a Economia e as Relações de Consumo

Art. 4.º Constitui crime contra a **ordem econômica**:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Art. 7.º Constitui crime contra as **relações de consumo**:

I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV – fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V – elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições

publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII – destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. **Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.**

No que diz respeito aos crimes contra a ordem econômica, os fatos são descritos de forma mais geral em razão das modificações advindas da Lei 12.529/2011; em regra, são os mesmos que configuram as infrações contra a ordem econômica **previstos nos incisos do art. 36, da Lei 12.529/2011.**

Por outro lado, as condutas descritas no art. 7.º acima, que configuram infração contra as relações de consumo, devem ser aplicadas levando-se em consideração as condutas criminais previstas no Código de Defesa do Consumidor, **pois alguns tipos penais descritos lá e cá compreendem as mesmas condutas**, o que merece a crítica feita por Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 990-991), nos termos:

“o legislador, no Brasil, edita normas penais, como há muito se apregoa, de maneira assistemática, coexistindo vários tipos penais, na busca da proteção do mesmo bem jurídico. Não nos causa espanto, portanto, que, para a proteção das relações de consumo, existam tipos incriminadores previstos tanto na Lei n.º 8.137/1990 como, igualmente, na Lei n.º 8.078/1990, todos voltados à tutela dos direitos do consumidor, evidentemente a parte mais fraca nas relações comerciais em geral. Há quem sustente ter o conteúdo do art. 7.º desta Lei um enfoque voltado as relações de consumo mais abrangentes, entrelaçando-se com a proteção à ordem econômica em geral, enquanto o disposto nos artigos 63 a 74 da Lei n.º 8.078/1990 diria respeito, especificamente, à proteção do consumidor individual, sem preocupação na regulação do mercado como um todo. Em parte, a afirmação é correta, porém, não se pode desconsiderar que a edição de uma lei após outra, cuidando do mesmo tema, sem preocupação sistêmica (tanto que há revogação de dispositivos da Lei n.º 8.078/1990 pela Lei n.º 8.137/1990), é fruto da desorganização legislativa. Aliás, no art. 6.º da Lei n.º 8.137/1990 encontramos tipos penais que, a despeito de se autodenominarem crime contra a ordem econômica, na realidade, protegem, igualmente, a economia popular e, no fundo, o próprio consumidor. Tanto é verdade que o mencionado art. 6.º provocou a revogação tácita do art. 2.º, VI, da Lei n.º 1.521/1951 (Crimes contra a economia popular). Outro aspecto a considerar é a natural interligação existente entre as relações do mercado econômico com as relações de consumo e, em última análise, com a própria economia popular. Portanto, se o tipo penal do art. 7.º desta Lei possui penalidades mais graves que os tipos penas previstos na Lei n.º 8.078/1990, a conclusão que se extrai é simples: foram consideradas condutas mais graves e perniciosas à sociedade.”

Em nosso entendimento, o que realmente ocorreu foi uma confusão na criação de duas leis que cuidam do mesmo tema, e obviamente criam os desconfortos previsíveis para serem interpretadas e aplicadas conjuntamente. Afirmar que uma protege individualmente o consumidor, e a outra, as relações econômicas de forma geral, é fazer uma leitura dúbia de uma mesma coisa. Outro motivo importante para rechaçar o argumento consiste no fato de

que a própria Lei n.º 8.137/1990 prevê em seu art. 12, I, que **o fato de ocasionar grave dano à sociedade** configura uma circunstância que pode agravar a pena de 1/3 até a metade. Portanto, não necessariamente as condutas previstas na Lei n.º 8.137/1990 tutelam apenas a ordem econômica e as relações de consumo de maneira mais aberta, pois do contrário sempre envolveria interesses da sociedade como um todo.

Por fim, sobre os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, ainda é importante ressaltar que são todos de **ação penal pública incondicionada** (art. 15) e que quem, de qualquer modo, **inclusive por meio de pessoa jurídica**, concorre para os crimes, incide nas penas, na medida de sua culpabilidade (art. 11).

6.3.2. Crimes ambientais – Lei 9.605/1998

As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente também podem ser sancionadas penalmente e para tanto a Lei 9.605/1998 criou uma sistemática bastante particular para o exercício do *jus puniendi* do Estado, como, por exemplo, a possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas (art. 3.º), critérios específicos para a aplicação da pena (arts. 6.º a 24), da apreensão do produto e do instrumento da infração administrativa ou do crime (art. 25), da ação e do processo penal (arts. 27 e 28) e dos tipos penais. Abaixo transcrevemos alguns dos dispositivos da lei que merecem atenção maior, principalmente para os estudantes que estão prestando concursos públicos ou a prova da OAB.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 3.º **As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei**, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. **A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.**

Art. 4.º **Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica** sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

(...)

CAPÍTULO IV

DA AÇÃO E DO PROCESSO PENAL

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, **a ação penal é pública incondicionada.**

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, **somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental**, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, **com as seguintes modificações:**

I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5.º do artigo referido no *caput*, **dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental**, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1.º do mesmo artigo;

II – na hipótese de o laudo de constatação **comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado**, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1.º do artigo mencionado no *caput*;

IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, **a declaração de extinção de punibilidade** dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

A tipificação dos crimes é tratada nas cinco seções do capítulo V, da Lei 9.605/1998 e tem por finalidade tutelar os seguintes bens em específico:

Seção I – **Dos Crimes contra a Fauna**

Seção II – **Dos Crimes contra a Flora**

Seção III – **Da Poluição e Outros Crimes Ambientais**

Seção IV – **Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural**

Seção V – **Dos Crimes contra à Administração Ambiental**

Como pontuam Anderson Furlan e William Fracalossi (2010, p. 412-13):

“É possível destacar alguns aspectos positivos da Lei 9.605/1998:

- é educativa, pedagógica e preventiva;
- o bem jurídico ambiental é um dos mais importantes, por isso merece punição penal;

- as penas alternativas foram valorizadas;
- foi reconhecida extrema importância à reparação do dano;
- criminalizando-se também o perigo, a lei coaduna-se com os princípios da prevenção precaução;
- é sistematizadora, afastando a imprecisão e fragmentariedade da legislação anterior, que não era conhecida e respeitada;
- contribui enormemente para a sociedade se preocupar mais com o meio ambiente;
- a prevenção geral tem sido mais eficiente.

Por outro lado, a Lei 9.605/1998 tem sido criticada porque:

- possui muitos elementos normativos do tipo;
- apresenta muitos tipos abertos;
- traz um excesso de normas penais em branco, as quais serão complementadas por disposições emanadas da Administração Pública;
- peca pela falta de técnica jurídica e pelo excesso de imprecisões terminológicas;
- viola o princípio penal da intervenção mínima, dado que vários crimes não passariam de infrações administrativas.”

6.3.3. Crimes contra a regularidade das licitações e contratos da Administração Pública – Lei 8.666/1993

O empresário que desenvolve atividade econômica vinculada às pessoas de direito público interno, no caso, nos procedimentos administrativos de licitação ou na própria contratação com o Estado, também pode praticar alguns fatos previstos como crimes. Vejamos no quadro abaixo o que tem de principal na Lei 8.666/1993 sobre a tipificação de crimes:

Seção III

Dos Crimes e das Penas

Art. 89. **Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:**

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, **beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal**, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. **Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:**

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. **Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:**

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. **Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.**

Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, **obtem vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.**

Art. 93. **Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:**

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. **Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:**

Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. **Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:**

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. **Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.**

Art. 96. **Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:**

I – elevando arbitrariamente os preços;

II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III – entregando uma mercadoria por outra;

IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. **Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:**

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, **declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.**

Art. 98. **Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:**

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Os crimes são todos de ação penal pública incondicionada.

6.3.4. Crimes contra o mercado de capitais – Lei 6.385/1976

A Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1964, é de capital importância para a regulação de mercado de capitais no Brasil. Foi responsável pela criação da **Comissão de Valores Mobiliários**, que funciona como **agência reguladora do mercado de valores mobiliários**, além de estipular as suas funções. Como forma de prevenção e punição de práticas que de alguma maneira possam prejudicar o regular funcionamento das operações envolvendo valores mobiliários estipulou algumas condutas criminosas como forma de inibir a sua prática. São elas:

6.3.4.1. Manipulação de mercado

A conduta vem descrita no seguinte tipo penal:

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

6.3.4.2. Uso indevido de informação privilegiada

A conduta vem descrita no seguinte tipo penal:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

6.3.4.3. Exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função

A conduta vem descrita no seguinte tipo penal:

Art. 27-E. Atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou exercer qualquer cargo ou profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

6.3.5. Crimes contra as relações de consumo – Lei 8.078/1990

O Código de Defesa do Consumidor tipificou algumas condutas realizadas por fornecedores de serviços e produtos nas relações de consumo. Vejamos os tipos penais, sublinhando o que de mais relevante.

TÍTULO II

Das Infrações Penais

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 62. (*Vetado*).

Art. 63. **Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:**

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2.º Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2.º Se o crime é culposos;

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. **Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:**

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (*Vetado*).

Art. 68. **Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:**

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (*Vetado*).

Art. 69. **Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:**

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 70. **Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor:**

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 71. **Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:**

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 72. **Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:**

Pena – Detenção de seis meses a um ano ou multa.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV – quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou ruralista; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;

V – serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Art. 77. A pena pecuniária prevista nesta Seção será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa da liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o juiz observará o disposto no art. 60, § 1.º do Código Penal.

(...)

Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

6.3.6. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986

O funcionamento seguro do Sistema Financeiro merece toda a regulação promovida por órgãos como o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, mas o legislador nacional entendeu por bem, também criminalizar algumas condutas como forma de manter o rigor na atuação das instituições financeiras em sua atividade. Como forma de viabilizar a aplicação da norma, a Lei 7.492/1986 conceituou instituição financeira em seu art. 1.º, *in verbis*:

Art. 1.º **Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação,**

intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

As condutas ilícitas vêm descritas nos artigos seguintes. São elas:

Art. 2.º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo.

Art. 3.º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 4.º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 5.º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.

Art. 6.º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 7.º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I – falsos ou falsificados;

II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 8.º Exigir, em desacordo com a legislação (Vetado), juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de

consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 9.º Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 13. Desviar (Vetado) bem alcançado pela indisponibilidade legal resultante de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira.

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorra o interventor, o liquidante ou o síndico que se apropriar

de bem abrangido pelo caput deste artigo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Art. 14. Apresentar, em liquidação extrajudicial, ou em falência de instituição financeira, declaração de crédito ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o ex-administrador ou falido que reconhecer, como verdadeiro, crédito que não o seja.

Art. 15. Manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, (Vetado) à respeito de assunto relativo a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2.º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I – em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II – de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena – Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Art. 23. Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Sobre o processo penal ainda é pertinente apontar as seguintes particularidades:

Da aplicação e do procedimento criminal

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1.º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2.º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização.

(...)

Art. 28. Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato.

Parágrafo único. A conduta de que trata este artigo será observada pelo interventor, liquidante ou síndico que, no curso de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, verificar a ocorrência de crime de que trata esta lei.

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.

Art. 30. **Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada (Vetado).**

Art. 31. **Nos crimes previstos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.**

(...)

Art. 33. Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta lei, o limite a que se refere o § 1.º do art. 49 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, **pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada.**

6.3.7. Crimes contra a propriedade industrial – Lei 9.279/1996

Dos bens que compõem o estabelecimento empresarial, os de natureza imaterial, como, por exemplo, os tutelados pela Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996) são de capital importância no desenvolvimento da atividade econômica. São eles:

- Patentes de invenção;
- Patentes de modelo de utilidade;
- Registros de desenhos industriais;
- Registros de marcas;
- Proteção das indicações geográficas.

Dessa maneira, os crimes descritos na Lei 9.279/1996 envolvem condutas que de alguma forma desrespeitam o direito de propriedade sobre um dos bens acima descritos. Abaixo apontamos

as principais condutas, lembrando que todas as ações envolvendo os crimes contra a propriedade industrial são privadas, salvo a conduta prevista no art. 191, cuja ação penal é pública incondicionada, nos termos:

TÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES

Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I – fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou

II – usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I – exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou

II – importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA OS DESENHOS INDUSTRIAIS

Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial quem:

I – exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou

II – importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido

colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I – reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II – altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I – produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II – produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE MARCA, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E SINAL DE PROPAGANDA

Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou

distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

CAPÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E DEMAIS INDICAÇÕES

Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO VI

DOS CRIMES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I – publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II – presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V – usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI – substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII – atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII – vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII – vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2.º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

6.3.8. Crimes nos procedimentos de falência e recuperação de empresas – Lei 11.101/2005

Os fatos típicos descritos na Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas (Lei 11.101/2005) erroneamente chamados de “crimes falimentares”, pois nem sempre são praticados no âmbito do processo falimentar, mas também nos procedimentos de recuperação de empresas, possuem particularidade legais que merecem atenção. Vejamos primeiro os fatos descritos como crimes, nos termos:

CAPÍTULO VII
DISPOSIÇÕES PENAIS
Seção I
Dos Crimes em Espécie
Fraude a Credores

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1.º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Contabilidade paralela

§ 2.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Concurso de pessoas

§ 3.º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade.

Redução ou substituição da pena

§ 4.º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Violação de sigilo empresarial

Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Divulgação de informações falsas

Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Indução a erro

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Favorecimento de credores

Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no

caput deste artigo.

Desvio, ocultação ou apropriação de bens

Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens

Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Habilitação ilegal de crédito

Art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Exercício ilegal de atividade

Art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Violação de impedimento

Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em

relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

Art. 178. **Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios:**

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Outros aspectos importantes referentes aos crimes descritos na Lei 11.101/2005 são os seguintes:

- A sentença que decreta a falência e concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial **é condição objetiva de punibilidade das infrações penais** descritas na lei (art. 180).
- Os crimes são de ação penal pública incondicionada (art. 184).

6.3.9. Crimes de lavagem ou ocultação de bens direitos e valores – Lei 9.613/1998

As práticas criminosas que têm por finalidade tornar lícito o capital obtido por meios ilícitos é um dos grandes desafios do direito penal, uma vez que a criminalidade envolvida geralmente resulta de agentes que atuam em verdadeiras organizações. Vejamos o disposto na Lei 9.613/1998:

CAPÍTULO I

DOS CRIMES DE “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3.º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4.º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5.º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Sobre a competência para o julgamento dos crimes descritos acima, o art. 2.º da Lei 9.613/1998 assim determina:

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS ESPECIAIS

Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular;

II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

III – são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1.º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

§ 2.º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

6.3.10. Crimes contra a economia popular

Os crimes contra a economia popular estão descritos na Lei 1.521 de 1951, que alterou os dispositivos do Decreto-Lei 2.848 de 1940. Em seus arts. 2.º, 3.º e 4.º, temos as seguintes condutas criminosas descritas:

Art. 2.º São crimes desta natureza:

I – recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II – favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III – expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

IV – negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à

prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

VII – negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno – que serão isentos de selo – o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes);

X – violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto.

XI – fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Art. 3.º São também crimes desta natureza:

I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II – abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V – vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI – provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII – dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII – exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não

cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X – fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcocar ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Art. 4.º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1.º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2.º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I – ser cometido em época de grave crise econômica;

II – ocasionar grave dano individual;

III – dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV – quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interdito ou não.

6.3.11. Sistema de estoques de combustíveis

O art. 1.º da Lei 8.176/1991 nomina as condutas descritas nos incisos como crimes contra a ordem econômica, todos relacionados com o estoque de combustíveis. Vejamos os tipos legais:

Art. 1.º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei;

II – usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

Pena – detenção de um a cinco anos.

Art. 2.º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena – detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2.º No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

§ 3.º O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional (BTN).

Questão importante sobre o tema diz respeito à competência da Justiça Federal ou Estadual para o julgamento dos crimes. Vejamos a ementa abaixo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

“Competência: Justiça Estadual: processo por crime contra a ordem econômica previsto no art. 1.º da L. 8.176/91 (venda de combustível adulterado); inexistência de lesão à atividade de fiscalização atribuída à Agência Nacional do Petróleo - ANP e, portanto, ausente interesse direto e específico da União: não incidência do art. 109, IV, da CF. 1. Regra geral os crimes contra a ordem econômica são da competência da Justiça comum, e, no caso, como a L. 8.176/91 não especifica a competência para o processo e julgamento do fato que o recorrido supostamente teria praticado, não há se cogitar de incidência do art. 109, VI, da CF. 2. De outro lado, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça

Federal – ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido –, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição. 3. É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes – relativos a crimes ambientais, que ‘o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico’, não sendo suficiente o ‘interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União’ (REE 166.943, 1.ª T., 03.03.1995, Moreira; 300.244, 1.ª T., 20.11.2001, Moreira; 404.610, 16.09.2003, Pertence; 336.251, 09.06.2003, Pertence; HC 81.916, 2.ª T., Gilmar, RTJ 183/3). 4. No caso, não há falar em lesão aos serviços da entidade autárquica responsável pela fiscalização: não se pode confundir o fato objeto da fiscalização – a adulteração do combustível – com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional de Petróleo – ANP –, cujo embaraço ou impedimento, estes sim, poderiam, em tese, configurar crimes da competência da Justiça Federal, porque lesivos a serviços prestados por entidade autárquica federal (CF, art. 109, IV)” (RE 502.915/SP - São Paulo, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 13.02.2007, Órgão Julgador: Primeira Turma).

6.4. QUESTÕES

1. (TRF – 5.^a Região – Juiz Federal – 2011) A respeito dos crimes contra o ambiente, a ordem econômica e o sistema de estoques de combustíveis, assinale a opção correta.

(A) O delito ambiental consistente em instalar, sem licença dos órgãos ambientais competentes, em qualquer parte do território nacional estabelecimentos potencialmente poluidor só se configura se a poluição gerada tiver potencial de, ao menos, causar danos à saúde humana.

(B) O crime contra a ordem econômica consistente em revender derivados de petróleo em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei é norma penal em branco em sentido amplo, porque exige complementação mediante lei formal, não sendo, portanto, admitida tal complementação apenas por normas administrativas infralegais.

(C) Assim como ocorre nos delitos materiais contra a ordem tributária, a pendência de procedimento administrativo é óbice para o ajuizamento de ação penal referente a crime contra a ordem econômica, tal como o de comercialização de combustível fora das especificações da Agência Nacional de Petróleo.

(D) O conflito aparente de normas referentes ao delito ambiental de extração de recursos minerais sem a competente autorização e ao previsto na Lei n.º 8.176/1991, relativo à exploração, sem autorização legal, de matéria-prima pertencente à União, resolve-se pelo princípio da consunção, uma vez que as figuras típicas tutelam o mesmo bem jurídico.

(E) Consoante a jurisprudência do STJ, a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientais tem como fundamento o princípio da indivisibilidade, o qual se aplica, por exceção, nessa hipótese, e por não se admitir responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física.

2. (TRF – 1.^a Região – Juiz Federal – 13.º Concurso – 2009) Art. 27-E. Atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente de valores mobiliários, agente fiduciário, ou exercer qualquer cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento.

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Considerando as disposições normativas relativas aos crimes contra o mercado de capitais e o SFN, especialmente aquelas transcritas acima, assinale a opção correta.

(A) O STF entende que o art. 16 da Lei n.º 7.492/1986 foi revogado pelo art. 27-E da Lei n.º 6.385/1976, com a redação da Lei n.º 10.303/2001, uma vez que esses tipos penais possuem a mesma objetividade jurídica, e deve incidir, no caso, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

(B) Considere a seguinte situação hipotética. Edmar contraiu, de forma regular, empréstimo em instituição financeira oficial, com previsão contratual de que os valores seriam empregados em pastagens de sua propriedade rural. No entanto, utilizou a quantia para a compra de uma caminhonete cabine dupla, zero quilômetro. Nessa situação, Edmar não cometeu delito contra o SFN.

(C) Os prazos prescricionais para os delitos contra o SFN são regulados pelo CP, aplicável subsidiariamente, uma vez que a Lei n.º 7.492/1986 não trata do assunto.

(D) Caso o delito previsto no art. 27-E da Lei n.º 6.385/1976 seja cometido por réu primário condenado à pena mínima e as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis, então será possível a conversão da pena privativa de liberdade em multa.

(E) A jurisprudência do STF é de que o delito contra o SFN não deve ser processado e julgado pela Justiça Federal, quando o prejuízo decorrente for suportado exclusivamente por empresa financeira privada.

3. (TRF – 5.^a Região – Juiz Federal – 2011) Em relação aos crimes previstos na Lei de Licitações, aos crimes contra o funcionamento do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, ao crime de genocídio, aos crimes contra a honra e a administração da justiça, aos crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, e aos crimes na exploração e utilização de energia nuclear, assinale a opção correta.

(A) Em razão do princípio da especialidade, a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de causar lesão à sua honra, não importa crime de injúria, mas delito resultante de preconceito de raça.

(B) A conduta consistente em deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, não configura crime, mas mera infração administrativa.

(C) Conforme a jurisprudência do STJ, o tipo penal consistente em deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação não é delito de mera conduta, dependendo a sua caracterização da existência de dolo específico ou de efetiva lesão ao erário.

(D) Constitui delito de falso testemunho, conforme previsto no CP, fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito tradutor ou intérprete perante o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, não havendo norma específica que regule a matéria.

(E) Pratica genocídio quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo religioso, comete atos como assassinato de membros desse grupo ou lesão grave à sua integridade física ou mental ou, ainda, quem promove a transferência forçada de crianças desse grupo para outro.

4. (TRF – 4.^a Região – Juiz Federal – Concurso 14.º) Dadas as assertivas abaixo, assinale a alternativa correta.

I – A Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) não admite perdão judicial em nenhuma hipótese.

II – É admitido o perdão judicial nos casos dos artigos 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária) e 337-A do Código Penal (sonegação previdenciária), em certas circunstâncias.

III – É admitido perdão judicial nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, em certas circunstâncias.

IV – Admite-se, conforme as circunstâncias, o perdão judicial no caso do delito previsto no artigo 176 do Código Penal, isto é, utilizar-se de serviço público de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento.

V – Conforme as circunstâncias, a Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) admite perdão judicial no caso de guarda doméstica de animal silvestre não ameaçado de extinção.

(A) Está correta apenas a assertiva I.

(B) Estão corretas apenas as assertivas I, II, III e V.

(C) Estão corretas apenas as assertivas II, III, IV e V.

(D) Estão corretas todas as assertivas.

(E) Nenhuma assertiva está correta.

5. (TRF – 3.^a Região – Juiz Federal – Concurso XV) Marque a alternativa correta:

(A) O crime previsto no art. 17 da Lei 7.492/86 é de mera conduta, sendo irrelevante a destinação dos recursos, na medida em que a norma visa a proteção do Sistema Financeiro Nacional;

(B) Nos crimes contra a ordem tributária somente os sócios administradores devem figurar como acusados, ficando afastada de plano qualquer responsabilidade de eventuais colaboradores tais como contadores e empregados;

(C) No crime de quadrilha (art. 288 CP) em que se constituem empresas fantasmas com o objetivo de sonegação fiscal, o lançamento do tributo é essencial ao oferecimento da denúncia;

(D) A jurisprudência tem reconhecido no crime de sonegação fiscal a forma culposa.

6. (TRF – 3.^a Região – Juiz Federal – Concurso XV) Com relação aos crimes de licitação é correto afirmar que:

(A) Nas penas do art. 89 da Lei 8.666/1993 incorre também o particular que colabora com a prática do delito e dele se beneficia;

(B) O crime previsto no art. 92, na parte em que cuida do pagamento, poderá ser atribuído tanto ao particular como ao funcionário público, por não se tratar de delito próprio;

(C) Na hipótese de decisão favorável do TCU a ação penal por crime de fraude a licitação deve ser sustada;

(D) Considerando que os delitos de licitação são apenados com detenção não cabe a interceptação telefônica, mesmo nas hipóteses de estar configurando o crime de quadrilha.

7. (TRF – 3.^a Região – Juiz Federal – Concurso XV) É correto afirmar que com relação ao crime de apropriação indébita, de natureza tributária, previsto no art. 168-A do Código Penal:

(A) A jurisprudência dominante reconhece a possibilidade de aplicação da lei 10.522/2002, desde que não caracterizada a reiteração da conduta;

(B) Para efeito de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado computa-se no cálculo o montante fixado pela continuidade delitiva;

(C) Se o pagamento do débito ocorrer após o recebimento da denúncia o feito deve ser processado regularmente até a prolação da sentença;

(D) A inexigibilidade de conduta decorrente de dificuldades financeiras isenta o empresário do repasse ao INSS do valor retido do empregado.

8. (TRF – 3.ª Região – Juiz Federal – Concurso XIV) Com relação aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492 de 16 de junho de 1986) analise as proposições abaixo e assinale a alternativa correta:

I – Aquele que divulga, propala, informação que sabe ser falsa sobre instituição financeira pratica o crime do art. 3.º da Lei n.º 7.492/86 mesmo que a instituição não sofra prejuízo material ou moral.

II – O crime de gestão fraudulenta ou gestão temerária de instituição financeira (art. 4.º e seu parágrafo, da Lei n.º 7.492/86), considerado crime próprio cuja configuração exige habitualidade, é infração de perigo pois atenta contra a credibilidade do sistema financeiro.

III – O chamado crime de “caixa dois” (art. 11: manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação) apresenta-se como tipo de norma penal em branco, é delito subsidiário, próprio e admite tentativa.

IV – A conduta descrita no caput do artigo 22 da Lei n.º 7.492/86 (efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País) configura crime comum e o aperfeiçoamento do delito não pressupõe a saída física do numerário, mas admite tentativa.

(A) A proposição III não é inteiramente verdadeira.

(B) Todas as proposições são inteiramente verdadeiras.

(C) As proposições I e II não são verdadeiras.

(D) Apenas a proposição IV é verdadeira.

9. (MP/SP – 88.º Concurso – 2011) Praticar o pichardismo para a obtenção de ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas é crime contra

(A) a ordem tributária.

(B) o meio ambiente.

(C) o sistema financeiro.

(D) a propriedade imaterial.

(E) a economia popular.

10. (MPF – Concurso 24.º – 2008) O crime de evasão de divisas definido no *caput* do art. 22, da Lei n. 7.492/86:

(A) é um crime contra a ordem tributária e cambial.

(B) distingue entre operações de câmbio realizadas por instituições financeiras ou por outras empresas e indivíduos que não se enquadram nesse conceito.

(C) é material.

(D) não exige especial fim de agir.

11. (TRF – 3.ª Região – Juiz Federal – Concurso XIII) Assinale a alternativa incorreta:

(A) Quem executa extração de recursos minerais sem autorização da autoridade competente (IBAMA, DNPM) comete o crime do artigo 55 da Lei n.º 9.605/95 (executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida) em concurso formal com o delito do artigo 2.º da Lei n.º 8.176/91 (constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matérias-primas pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo);

(B) A responsabilização criminal da pessoa jurídica por crime ambiental – que exclui a responsabilidade das pessoas naturais autoras ou concorrentes para a realização do fato punível – é restrita por força da Lei n.º 9.605/98 às pessoas privadas. Recebida denúncia oferecida contra a pessoa jurídica é possível a impetração de *habeas corpus* visando o trancamento da ação penal.

(C) Tanto a grafiteagem quanto a pichação de qualquer edifício urbano ou monumento constitui crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural, previsto na Lei n.º 9.605/98; o mesmo ocorre se o agente sujá-los ou maculá-los, mas desde que atue intencionalmente. Entretanto, trata-se de infração de menor potencial ofensivo;

(D) O chamado “crime de poluição” (artigo 54 da Lei n.º 9.605/98) é um tipo penal aberto que abarca qualquer tipo de degradação da qualidade ambiental – visual, sonora, atmosférica, terrestre e da biosfera em geral, mas sua correta conformação depende de perícia que permita avaliação de elementos normativos do tipo. Admite a forma culposa. Trata-se de delito que aceita conduta omissiva.

12. (TRF – 3.ª Região – Juiz Federal – Concurso XIII) Com relação às assertivas abaixo assinale a incorreta:

(A) O crime do artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98 (lavagem de ativos provenientes de crimes) é delito acessório de outros crimes, sendo irrelevante para a apenação que esses últimos não tenham sido objeto de processo e mesmo que sejam desconhecidos seus autores;

(B) O crime do artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98 (lavagem de ativos provenientes de crimes) é delito acessório de outros crimes de modo que a autoria ou concurso de agentes deve excluir os autores ou partícipes das infrações antecedentes, em relação às quais a nova conduta é mero exaurimento;

(C) Em sede de contravenções penais não se cogita de tentativa; a condenação irrecorrível por contravenção não induz reincidência quanto a crime posteriormente praticado, mas aquele fato deve ser levado em conta na dosimetria da pena;

(D) O crime de genocídio perpetrado por intermédio do assassinio de membros de grupo nacional, étnico, racial ou religioso com o dolo específico de destruir ou extinguir o grupo (art. 1.º, "a", da Lei n.º 2.889/56 – crime hediondo) é punido com a pena do homicídio qualificado, mas não se submete a julgamento pelo Tribunal do Júri.

13. (TRF – 4.ª Região – Juiz Federal – Concurso XIII) Dadas as assertivas abaixo, assinalar a alternativa correta.

I – A responsabilidade penal do sócio-administrador da empresa sonegadora das contribuições descontadas dos empregados dá-se de forma objetiva.

II – As penas aplicadas à pessoa jurídica têm previsão específica na lei de crimes ambientais, consistindo em: suspensão parcial ou total da atividade, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o Poder Público, multa e prestação de serviços à comunidade.

III – No sistema constitucional brasileiro, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é limitada aos crimes ambientais.

IV – A responsabilidade reconhecida pelos gestores exclui a da pessoa jurídica.

- (A) Está correta apenas a assertiva II.
- (B) Estão corretas apenas as assertivas I e III.
- (C) Estão corretas apenas as assertivas II e IV.
- (D) Estão incorretas todas as assertivas.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*

ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS (COMÉRCIO INTERNACIONAL)

Sumário: 7.1. Atividade econômica internacional: 7.1.1. *Lex mercatoria*; 7.1.2. Ordem econômica internacional; 7.1.3. Operações de câmbio; 7.1.4. Políticas cambiais; 7.1.5. Fluxos de capital privado internacional; 7.1.6. Regulação do comércio internacional – 7.2. Organizações internacionais: 7.2.1 Organização das Nações Unidas – ONU; 7.2.2. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; 7.2.3. Fundo Monetário Internacional – FMI; 7.2.4. Banco Mundial – BIRD; 7.2.5. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID – 7.3. Acordo de *Bretton Woods* – 7.4. Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT: 7.4.1. Organização Mundial do Comércio – OMC; 7.4.2. Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS – 7.5. Empresas multinacionais – 7.6. Integração econômica: 7.6.1. Mercosul; 7.6.2. União Europeia – 7.7. Infrações ao livre comércio internacional: 7.7.1. Instrumentos de defesa comercial (barreiras comerciais); 7.7.2. Condutas competitivas desleais no comércio internacional; 7.7.3. Medidas de salvaguarda – 7.8. Questões.

7.1. ATIVIDADE ECONÔMICA INTERNACIONAL

O objetivo deste capítulo é trabalhar com os problemas referentes às relações econômicas na prática do comércio internacional. Para tanto, dispensaremos algum tratamento ao **desenvolvimento histórico de órgãos de financiamento da atividade econômica internacional, das soluções de conflitos e das principais condutas protetivas e desleais no comércio internacional.**

Como já foi repisada várias vezes neste trabalho, a atividade econômica se desenvolve naturalmente, independentemente de qualquer tipo de regulação. Dessa forma, os agentes econômicos, na medida das suas necessidades, realizarão o intercâmbio de produtos e serviços. Portanto, se a troca econômica for facilitada (por exemplo: em razão do implemento das técnicas de transmissão de informações, ou da melhora dos meios de transporte), conseqüentemente as relações econômicas passarão a ser realizadas de forma mais intensa. O desenvolvimento tecnológico foi responsável pelo que aconteceu com os mercados, que tiveram uma ampliação dos seus limites territoriais para a realização do comércio e outras operações econômicas. Como bem ensina Milton Santos (2000, p. 172-173):

“Graças aos progressos fulminantes da informação, o mundo fica mais perto de cada um, não importa onde esteja. O outro, isto é, o resto da humanidade, parece estar próximo. Criam-se, para todos, a certeza e, logo depois, a consciência de ser mundo e estar no mundo, mesmo se ainda não o alcançarmos em plenitude material ou intelectual. O próprio mundo se instala nos lugares, sobretudo as grandes cidades, pela presença maciça de uma humanidade misturada, vinda de todos os quadrantes e trazendo consigo interpretações variadas e múltiplas, que ao mesmo tempo se chocam e colaboram na produção renovada do entendimento e da crítica da existência. Assim, o cotidiano de cada um se enriquece, pela experiência própria e pela do vizinho, tanto pelas realizações atuais como pelas perspectivas de futuro. As

dialéticas da vida dos lugares, agora mais enriquecidas, são paralelamente o caldo da cultura necessário à proposição e ao exercício de uma nova política.”

Conclui-se, pois, que em razão do surgimento das relações econômicas internacionais, os agentes econômicos passaram a explorar a atividade econômica fora dos limites tradicionais. Assim, **existe uma demanda pela regulação da atividade econômica nessa nova perspectiva mundial, o que propõe a criação formal de organismos internacionais e normas de regulação das práticas econômicas internacionais.**

Como explica José Carlos de Magalhães (2005, p. 19):

“Se o Direito Internacional clássico ocupava-se de questões relacionadas às fontes do Direito, às relações entre os Estados, à delimitação dos espaços terrestre, marítimo e aéreo, surgiu o Direito Internacional Econômico a regular as relações econômicas na esfera internacional.”

Em razão do exposto, pode-se afirmar que ultimamente o mundo está diante da necessidade da criação de uma **ordem econômica internacional**, justamente para organizar e regular a atividade econômica dos agentes econômicos no mercado mundial. **Uma das constatações que vem amadurecendo após a Segunda Guerra Mundial é a de que o desenvolvimento econômico equilibrado diminui a chance de novos conflitos.**

7.1.1. *Lex mercatoria*

A realização da atividade comercial é suficiente para estabelecer regras, ou seja, a prática reiterada de condutas na realização do comércio é fonte do Direito, independentemente de qualquer preocupação de constituição de regras formais. **A criação de normas aplicáveis ao comércio internacional forma a *lex mercatoria*, considerada o sistema de regras advindas dos costumes mercantis decorrentes do relacionamento comercial no mercado internacional**, portanto, a *lex mercatoria*

tem um caráter metanacional. Como explica Irineu Strenger (1996, p. 79):

“Como a *lex mercatoria* é uma realidade, somente pode haver controvérsia em torno de sua natureza, mas é incontestável o fato de que a sua incursão se realiza acima e além das fronteiras nacionais, criando, de modo mais ou menos completo, um conjunto de regras observáveis em maior ou menor dose, segundo o seu campo de aplicação.”

7.1.2. Ordem econômica internacional

O Título I da Constituição Federal de 1988, que cuida dos princípios fundamentais, regula no art. 4.º, que a República Federativa do Brasil observará nas suas relações internacionais os seguintes princípios:

- **Independência nacional;**
- **Prevalência dos direitos humanos;**
- **Autodeterminação dos povos;**
- **Não intervenção;**
- **Igualdade entre os Estados;**
- **Defesa da paz;**
- **Solução pacífica de conflitos;**
- **Repúdio ao terrorismo e ao racismo;**
- **Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;**
- **Concessão de asilo político.**

Por fim, no parágrafo único dispõe que o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A previsão constitucional não privilegia diretamente ou de forma específica as relações econômicas internacionais, mas sim todas as relações internacionais, o que não as exclui, pelo contrário, quando se prevê, por exemplo, o princípio da solução pacífica de conflitos; a dimensão do princípio não exclui a sua aplicação nos conflitos de ordem econômica, que são extremamente comuns na atualidade.

De certa forma, a criação de uma ordem econômica internacional nos limites constitucionais seria uma medida de afronta à comunidade internacional, **pois como um único país poderia regular as relações econômicas fora dos seus limites territoriais, políticos e jurídicos?** Portanto, a ordem econômica mundial vem se constituindo como consequência dos relacionamentos que efetivamente acontecem na esfera econômica. **O que de melhor podem fazer os países é apenas estipular quais são os seus fundamentos nas relações internacionais.**

Assim, um país pode se determinar constitucionalmente com relação a suas ações com outros países, **mas a regulação de relações internacionais pressupõe o acordo de vontades de todos aqueles que cumprirão as decisões ou as regras multilateralmente criadas.** A ordem econômica internacional é constituída, portanto, de forma distinta das normas jurídicas que regulam as relações sociais e econômicas no interior de um Estado apenas.

7.1.3. Operações de câmbio

A formação de um mercado econômico internacional necessariamente demanda a troca de moedas distintas que serão utilizadas no pagamento das obrigações contraídas. **O câmbio representa a proporção de troca entre moedas diferentes, quanto por quanto, de acordo com os seus valores de mercado, que passam a valer como valor de troca, formando assim a taxa de câmbio.**

Devido à importância decorrente das consequências econômicas advindas das taxas de câmbio, os países costumam **utilizar algum**

sistema ou regime que possa influenciar no funcionamento das taxas de câmbio, como, por exemplo, as formas fixas ou as flutuantes. Dessa forma, recorreremos aos economistas Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 744) para melhor explicar os regimes de taxa de câmbio:

“Um **regime de taxas de câmbio** é uma política governamental de regras em relação à taxa de câmbio. Existem dois tipos principais de regime de taxa de câmbio. Um país tem uma **taxa de câmbio fixa** quando o governo mantém a taxa de câmbio em relação a alguma outra moeda em uma meta específica ou perto dela. Por exemplo, o governo de Hong Kong tem a política oficial de estabelecer uma taxa de câmbio de HK\$7,4 por US\$1. Um país tem **taxa de câmbio flutuante**, quando o governo deixa a taxa de câmbio mover-se para onde o mercado a leve. Esta é uma política seguida pela Grã-Bretanha, o Canadá e os Estados Unidos.”

No Brasil, as operações de crédito são controladas pelo Banco Central dos Brasil (BACEN), que por sua Diretoria de Assuntos Internacionais disponibiliza uma Cartilha de Câmbio para o envio e recebimento de pequenos valores (ver em www.bcb.gov.br) que trata dos expedientes para a remessa de capital do Brasil para fora e do exterior para o Brasil.

7.1.4. Políticas cambiais

A participação do Estado no controle das taxas de câmbio, como já manifestado acima, determinará se o câmbio funcionará de forma fixa ou flutuante. Dessa maneira, a decisão de intervenção ou não no domínio econômico, no caso, de forma indireta para controlar a taxa de câmbio, compete aos responsáveis pelo desenvolvimento das políticas cambiais, no caso as diretrizes são decididas pelo Conselho Monetário Nacional e a execução pelo Banco Central do Brasil. Nos termos do disposto na Lei 4.595/1964, podemos constatar o seguinte:

Art. 3.º A política do Conselho Monetário Nacional objetivar

I – Adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento;

II – **Regular o valor interno da moeda**, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais;

III – **Regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira;**

(...)

VII – Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa.

(...)

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:

I – Entender-se, em nome do Governo Brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais;

II – Promover, como agente do Governo Federal, a colocação de empréstimos internos ou externos, podendo, também, encarregar-se dos respectivos serviços;

III – Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial;

7.1.5. Fluxos de capital privado internacional

A liberdade de participação em mercados internacionais proporcionou aos investidores a possibilidade de levar o seu capital, de forma frequente, para *viajar* o mundo em busca das melhores taxas de remuneração. O que acontece é que atualmente existe uma grande quantidade de capital que se move de um mercado para outro sem maiores controles de percurso pelos agentes econômicos envolvidos. **Não há dúvidas de que a migração desses fluxos de capitais provoca transtornos econômicos importantes nos mercados financeiros dos países, o que motiva atualmente a discussão sobre a criação de instrumentos de controles dos fluxos financeiros de capitais.**

As dificuldades enfrentadas para a regulação dos fluxos internacionais de capitais são as mesmas para se determinar a criação de instrumentos jurídicos eficientes para tratar de regras jurídicas internacionais, principalmente, quando envolvem a conduta de agentes econômicos privados. O controle, talvez, continuará sendo realizado individualmente por cada um dos países envolvidos, por intermédio dos mecanismos de controle de entrada e saída de capitais.

7.1.6. Regulação do comércio internacional

As relações econômicas internacionais dependem, para bem funcionar, de regras que determinem a dinâmica e possíveis conflitos de interesses no que diz respeito ao comércio internacional, sistema financeiro internacional. **Assim, pode falar em um Direito Internacional Econômico que se iniciou, principalmente, em 1944, devido aos acordos de Breton Woods.** A regulação do comércio internacional dá ensejo à criação de uma verdadeira Ordem Econômica Internacional levada em consideração pelos agentes econômicos no desenvolvimento de suas atividades. Como pondera Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 343):

“A ordem econômica internacional é, fundamentalmente, fruto da articulação dos interesses e ações de entes estatais e privados, como empresas, câmaras de comércio, entidades empresariais e consumidores, que ora favorecem a livre dinâmica dos negócios, ora enfatizam a necessidade da correção de desequilíbrios. Amiúde, a conformação dessa ordem resulta notadamente das forças de mercado, dispensando maior intervenção de governos ou de organismos internacionais. Outras vezes, as negociações internacionais concorrem para traçar os pressupostos da ordem econômica mundial, estabelecendo formas de regulamentar a dinâmica da economia internacional por meio de fontes de Direito das Gentes, como os tratados e os *soft law*.”

O direito econômico não pode desconsiderar que a atividade econômica hoje desenvolvida quase sempre ultrapassa as fronteiras territoriais dos países, o que demanda a criação de normas que estruturem o dinamismo do comércio internacional.

7.2. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Com a finalidade de administrar as formas de relacionamento internacional entre os Estados e demais agentes econômicos foram criadas organizações internacionais. De forma objetiva, Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 232) as define como:

“As organizações internacionais são entidades criadas e compostas por Estados por meio de tratado, dotadas de um aparelho institucional permanente e de personalidade jurídicas própria, com o objetivo de tratar de interesses comuns por meio da cooperação entre seus membros.”

Adiante analisaremos as principais organizações com maior repercussão nas relações econômicas internacionais.

7.2.1. Organização das Nações Unidas – ONU

A ONU foi criada em 1945 e é a principal e mais conhecida organização internacional. O seu papel é exercido por meio de Conferências. No comércio internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) promove discussões políticas sobre o desenvolvimento sustentável. Uma das importantes atividades que realiza é a editorial, pois publica todos os relatórios anuais sobre comércio e desenvolvimento. A ONU é sucessora da Liga das Nações, sendo que o seu desenvolvimento histórico e a sua forma de funcionamento são de capital importância no entendimento da finalidade das organizações internacionais. Para melhor esclarecer o papel da ONU, verificaremos a descrição de Francisco Rezek (2007, p. 264-265):

“A Sociedade – ou Liga – das Nações foi instituída pelo Tratado de Versalhes, em 1919. Teve sede em Genebra (portanto, no território de país não membro, a Suíça). Seus órgãos foram uma Assembleia-Geral, uma Secretaria e um Conselho – onde se projetou que haveria quatro membros permanentes, com direito de veto, e quatro temporários, eleitos bianualmente pela Assembleia. Na realidade só três assentos

permanentes foram ocupados (França, Grã-Bretanha, Itália), visto que nos Estados Unidos o presidente Woodrow Wilson – um dos principais idealizadores da sociedade – não conseguiu a aprovação do Senado para ratificar o pacto constitutivo. A SDN ruiu, de fato, em setembro de 1939, quando teve início a segunda grande guerra. As providências relativas à sua extinção formal seriam tomadas algum tempo mais tarde (1946-1947).

A Organização das Nações Unidas foi planejada nos encontros aliados de Dumbarton Oaks (1944) e de Yalta, este último reunindo, em fevereiro de 1945, o líder soviético Josef Stalin, o primeiro-ministro britânico Winston Churchill e o presidente americano Franklin Roosevelt. Sua carta constitutiva foi negociada na conferência de São Francisco da Califórnia, entre abril e junho de 1945. Três anos mais tarde, seus membros eram cinquenta. Hoje, esse número é de 191: ali se encontram todas as soberanias formais do mundo contemporâneo, após o ingresso de Timor-Leste e da Suíça em 2002. As línguas oficiais da ONU são o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, embora apenas o espanhol, o francês e o inglês se empreguem como idiomas de trabalho no cotidiano da organização.

A Carta de São Francisco descreveu seus órgãos como sendo os principais da ONU, embora um deles – o Conselho de Tutela – devesse encerrar seus trabalhos quando do acesso à independência dos derradeiros territórios sob administração alheia, o que ocorreu em 1994. Os outros são a Assembleia-Geral (que realiza sessões anuais, a partir de setembro, e onde todos os Estados-membros têm voz e voto), o Conselho de Segurança, a Secretaria, o Conselho Econômico e Social e a Corte Internacional de Justiça. O Conselho de Segurança tem quinze membros, sendo cinco permanentes (China, Estados Unidos, França, Reino Unido, Rússia) e dez temporários, eleitos pela Assembleia com mandato de dois anos (o Brasil foi eleito para o biênio de 1998-1999, e de novo para o biênio 2004-2005). No Conselho, as decisões de índole processual são tomadas por nove votos, no mínimo. Quando se cuida de decisões substantivas – as de real importância –, impõe-se que entre os nove votos mínimos favoráveis estejam os cinco dos membros permanentes: isto é o que faz dizer que cada um deles tem poder de *veto*, porque habilitado a obstruir a decisão por sua

singular manifestação negativa. O Conselho Econômico e Social tem cinquenta e quatro membros, todos temporários, elegendo-se a cada ano um grupo de dezoito para um mandato trienal. A Secretaria tem como chefe o secretário-geral das Nações Unidas, eleito pela Assembleia mediante recomendação do Conselho de Segurança, para um mandato de cinco anos, renovável uma só vez, e não podendo dar-se a sucessão por pessoa de igual nacionalidade.”

De forma geral, a Organização das Nações Unidas tem por principais finalidades:

- **Promover o relacionamento entre as nações;**
- **Defender a paz entre as nações;**
- **Promover a cooperação internacional com a finalidade de resolução de conflitos;**
- **Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução dos objetivos comuns.**

Por fim, ainda é pertinente mencionar que **a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) possui personalidade jurídica própria, mas é vinculada à Assembleia-Geral da ONU**. A finalidade da UNCTAD consiste substancialmente em promover o desenvolvimento e integração econômica dos países em desenvolvimento.

7.2.2. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE

A OCDE foi fundada em 1961, possui sede em Paris, e tem a sua estrutura formada por um Conselho e alguns Comitês e grupos de trabalho e um secretariado para cumprir as funções administrativas da organização. Como ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 349):

“A missão da OCDE é de contribuir para o crescimento sustentável da economia mundial, para o aumento do nível de emprego e para a melhoria na qualidade de vida nos Estados-membros, bem como para manter a estabilidade financeira, para promover o crescimento de países não membros e para expandir o comércio mundial em bases não discriminatórias e por meio de regras estabelecidas multilateralmente. Atualmente, a OCDE é também uma importante fonte de informações, envolvendo dados e análises sobre a evolução da realidade internacional em áreas como a macroeconomia, o intercâmbio comercial, o desenvolvimento, o ensino, a ciência e a inovação. A organização é, ademais, um foro dentro do qual os Estados trocam informações sobre políticas públicas, discutem soluções para os problemas comuns e coordenam a formulação e execução de políticas domésticas e internacionais. Em síntese, a OCDE é, sobretudo, um *think tank*, ou seja, uma instituição dedicada à pesquisa, ao intercâmbio e à coordenação de ideias, no caso sobre temas ligados à economia mundial.”

7.2.3. Fundo Monetário Internacional – FMI

O Fundo Monetário Internacional foi criado na Conferência de *Bretton Woods* em 1944 e teve por finalidade a regulação da economia monetária internacional, **principalmente para promover o equilíbrio financeiro internacional, pois a desarmonia e a não expansão às relações econômicas internacionais eram consequência da desorganização financeira mundial**. Como bem esclarece José Carlos de Magalhães (2005, p. 66):

“Em síntese, o escopo primordial do Fundo é o de concorrer para a prosperidade nacional e internacional, fiando-se, para tanto, na cooperação monetária entre os Estados e na observância de normas de boa conduta destinadas a prevenir ou superar crises e conflitos.”

Nas palavras de Fernando Herren Aguillar (2006, p. 352):

“O FMI monitora os países para os quais empresta, porque exige que as políticas públicas de cada país estejam de acordo com as regras do Fundo. Os empréstimos com cada país são cercados de cláusulas que permitem a regular inspeção pelo Fundo das contas dos tomadores de empréstimo. Em determinados momentos, os países são obrigados contratualmente a consultar o FMI antes de abcar determinada verba. É o que aconteceu recentemente no Brasil, que pediu permissão para o FMI para destinar uma parcela do superávit primário para finalidade distinta da prevista no contrato.”

7.2.4. Banco Mundial – BIRD

O Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento) é composto de cinco instituições. São elas:



Portanto, BIRD é chamado de Banco Mundial e tem por finalidade o financiamento de longo prazo de projetos dos Estados-membros do FMI. Como explica José Carlos de Magalhães (2005, p. 67):

“Sua atuação é fundamentalmente subsidiária e complementar à iniciativa privada, que deve promover e estimular, intervindo a título integrativo, quando esta última se revela incapaz ou insuficiente para atender às necessidades financeiras de determinado

projeto. Por essa razão, aliás, grande parte dos programas de investimento do Banco Mundial tem-se concentrado em obras de infraestrutura, geralmente de retorno lento, porém efetivo.”

7.2.5. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID

A finalidade do BID é de proporcionar o desenvolvimento econômico e social das Américas, o que faz mediante o oferecimento de assistência (auxílio financeiro e projetos de cooperação). Funciona com dois órgãos a Assembleia de Governadores e a Diretoria Executiva.

7.3. ACORDO DE BRETON WOODS

Os acordos de *Bretton Woods* foram celebrados após o final da Segunda Guerra Mundial, em razão do reconhecimento da necessidade do espírito cooperativista entre os Estados. O seu objeto principal compreendia a reformulação do sistema financeiro internacional.

Como esclarece José Carlos de Magalhães (2005, p. 65-66):

“Prevaleceu a orientação capitalista, com o acatamento das ideias de Keynes e White, e o conseqüente desinteresse dos países integrados no sistema socialista de economia planificada, cuja participação, contudo, reflete o caráter de universalidade de que se reveste a matéria. O fato de esses países deixarem de ratificar os Acordos indica divergências conceituais sobre políticas econômicas, e, quiçá, de outra ordem, mas não discrepância quanto aos princípios que os motivaram e os informam. Tanto que esses países organizaram-se entre si (Comecon), com propósitos similares, atentos a suas próprias realidades político-econômicas.”

7.4. ACORDO GERAL DE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO – GATT

O acordo sobre tarifas aduaneiras e comércio foi assinado em Genebra (1947) por 23 países, inclusive o Brasil, e entrou em vigor a partir de 1948. Como explica Noronha (1996, p. 9):

“O fim da guerra fria recolocou o comércio internacional no topo da agenda estratégica mundial, em substituição à questão ideológica. Conseqüentemente, aumentou em muito a importância do ‘Acordo Geral de Tarifas e Comércio’ ou, em inglês ‘General Agreement on Tariffs and Trade’ (GATT). (...) Seu objetivo é a liberalização do comércio mundial, com a conseqüente prosperidade e desenvolvimento que daí podem resultar. O GATT é o único tratado multilateral que estabelece regras para o comércio internacional, ao mesmo tempo que é o principal organismo internacional para as negociações de comércio internacional e de solução de disputas na área.”

O princípio básico do GATT é o que dispõe que o comércio entre os países deve ser realizado de forma não discriminatória. Como expõe José Carlos de Magalhães (2005, p. 69):

“A cláusula da não mais favorecida – cerne de todo o sistema – foi inscrita logo no art. 1.º, pressupondo igualdade econômica de todos os participantes do Acordo. Aboliram-se os acordos bilaterais de preferência, tão comumente celebrados no entreguerras, e as práticas protecionistas, procurando-se liberalizar o comércio internacional, com a eliminação de barreiras alfandegárias e proibição de imposição de restrições quantitativas às importações.”

Da mesma forma, José Carlos de Magalhães complementa (2005, p. 69):

“para alcançar os objetivos de liberalização do comércio, o Acordo Geral reconheceu como estratégia, as uniões aduaneiras e a criação de zonas de livre-comércio, possibilitando a abertura regional, como primeira etapa de um processo mais

ampl. O Mercado Comum Europeu constitui a iniciativa mais bem-sucedida dessa estratégia, sem que outras alcançassem resultados similares.”

A situação dos países em desenvolvimento frente ao Acordo de Comércio era um entrave ao progresso industrial e conseqüentemente econômico, uma vez que o estágio de desenvolvimento industrial, em um mercado sem barreiras de acesso de quaisquer produtos, em qualquer lugar, representava um obstáculo a sua efetiva participação. Como ressalta José Carlos de Magalhães (2005, p. 71-72):

“O Acordo Geral era encarado pelos países menos desenvolvidos como entrave aos seus projetos de industrialização, pois inibia de exercitarem, com sucesso, políticas protecionistas e acordos preferenciais bilaterais. Ademais, os países industrializados, quando as normas do Acordo Geral interferiram com os seus objetivos, usavam de seu poder para modificar as regras estabelecidas, ou introduzir novas, ou, ainda, adotando práticas protecionistas que afetavam significativamente os países não industrializados, exportadores de produtos primários e, portanto, não dotados de grande flexibilidade comercial.”

Ainda com as lições de José Carlos de Magalhães (2005, p. 72):

“A rodada de negociações que se iniciou em 1986, a Rodada do Uruguai, ilustra o exercício efetivo desse poder. Os Estados Unidos, com grande déficit comercial, insistiram, com apoio do Japão, e a complacência da Comunidade Econômica Europeia, em incluir na pauta de negociações os serviços e a repressão à contrafação. O objetivo é neutralizar a política protecionista de alguns países, dentre os quais o Brasil, de proteção na área de serviços. Engenharia, bancos, seguros, transportes, turismo, processamento de dados e telecomunicações constituíam setores de grande interesse e objeto de proteção, sem incidir em qualquer proibição do Acordo Geral, que, regulando apenas o comércio de bens, e não de serviços, não pode ser invocado para efeitos retaliatórios, nem está subordinado a princípios como os da liberdade de comércio.”

A Rodada do Uruguai se iniciou em 1986 e terminou em 1994. As rodadas de negociação servem para a atualização das regras sobre o comércio internacional.

7.4.1. Organização Mundial do Comércio – OMC

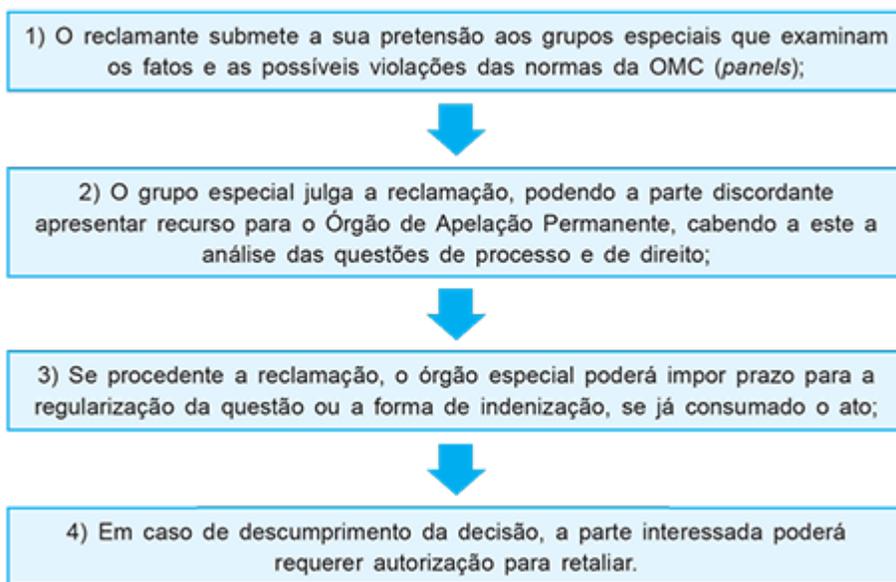
Uma das decisões mais importantes tomada na Rodada do Uruguai foi a constituição da Organização Mundial do Comércio, tendo esta personalidade jurídica internacional com competência para regular o comércio internacional de bens e serviços, contando hoje com mais de 140 países associados. Aqui vale a ressalva de Fernando Herren Aguillar (2006, p. 344) de que:

“Embora seja comum ouvir que a OMC sucedeu o GATT, deve-se ter em mente que a denominação GATT expressa duas coisas distintas: um órgão e um tratado. O órgão GATT, que foi sendo construído à medida que foi sendo aparelhado de uma estrutura administrativa mínima para fins de implementação do acordo GATT, foi extinto e substituído pela OMC. Mas o tratado GATT continua em vigor, como o principal repositório de norma que rege o comércio mundial. Também é importante perceber que o GATT não tinha personalidade jurídica, ao contrário do que ocorre com a OMC.”

Como explica José Carlos de Magalhães (2005, p. 106):

“A constituição da OMC é fruto de longo processo de negociação, iniciado com a aprovação do Acordo Geral (GATT), e situa-se no quadro transitório por que passa a comunidade internacional, ainda atônita com o fim da bipolaridade da guerra fria. A emergência dos Estados Unidos, como potência militar e econômica sem rival à altura, rompeu o equilíbrio entre as nações e, ao mesmo tempo, permitiu a ascensão da China, que, com seu ingresso na Organização, com o formidável peso de sua população e a possibilidade de ampliar sua presença no comércio internacional, estará em condições de provocar modificações de nota nas relações econômicas e comerciais internacionais.”

O sistema de solução de controvérsias da OMC é constantemente citado em razão das inúmeras pendências instauradas entre os países-membros. O procedimento é sinteticamente o seguinte:



São órgãos da OMC: a Conferência Ministerial, o Conselho Geral, os Conselhos Setoriais, os Comitês especializados e o Secretariado.

7.4.2. Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS

O *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* tem por finalidade estabelecer um padrão de tutela dos bens que compõem a propriedade intelectual, como, por exemplo: os direitos de autor e conexos, as patentes de invenção e de modelo de utilidade, as marcas, indicações geográficas entre outros. Em matéria de propriedade intelectual a criação de regras de maior abrangência certamente será cada vez mais comum.

A aplicação do TRIPS no Brasil, pode-se dizer que é indiscutível, a respeito vale a ressalva feita por Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 370):

“Cabe destacar, por fim, que, embora promulgado pelo Decreto 1.355, de 30/12/1994, o que teoricamente possibilitaria sua entrada em vigor no Brasil em 01/01/1995, o TRIPS passou a gerar efeitos dentro do território brasileiro apenas em 01/01/2000, por conta das regras constantes dos parágrafos 2.º e 4.º do artigo 65 do referido acordo, que preveem um ‘prazo de extensão geral, estabelecido para todos os países em desenvolvimento, não sendo necessário qualquer tipo de manifestação por parte dos Estados membros incluídos nessa categoria’. Com isso, o TRIPS não se aplica a situações ocorridas antes de 01/01/2000, ainda que posteriores a 01/01/1995.”

7.5. EMPRESAS MULTINACIONAIS

O crescimento dos limites geográficos do mercado proporcionou aos empreendedores novos limites econômicos para a aquisição de matéria-prima, para a própria produção de bens ou para a venda dos bens. Dessa maneira, **a atividade empresarial antes voltada aos limites nacionais para aquisição, produção e venda dos seus produtos, hoje pode ser exercida em lugares distintos do globo terrestre.** Até mesmo a participação na formação da empresa geralmente resulta do investimento de pessoas situadas nos mais variados lugares do mundo. Como observa José Carlos de Magalhães (2005, p. 187):

“A integração cada vez mais acentuada entre os povos, graças ao desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte e à crescente interligação das economias, tem feito o mundo parecer cada vez mais perto do homem, enfraquecendo sua identificação com o Estado ou com sua nacionalidade. O movimento de institucionalização das organizações internacionais e o surgimento da estratégia empresarial que deu nascimento à empresa multinacional podem ser apresentados como indício significativo desse efeito e que alguns chegam a afirmar ser o começo do fim do Estado. Ademais, toma corpo a tendência de fazer prevalecer o interesse da comunidade internacional sobre o da comunidade nacional, como se infere pelas tentativas de controle do meio ambiente, o combate à poluição, a proibição de experimentos de armas nucleares em alto-mar etc. Nesse contexto, a empresa multinacional adota a estratégia de operar na esfera internacional transcendendo o interesse específico de cada país em particular.”

A configuração jurídica da empresa multinacional é de difícil tipificação, pois a empresa não se constitui multinacional, o que faz, de fato, é constituir empresas nacionais em países estrangeiros, mas unidas por pertencerem a um mesmo grupo empresarial e de acionistas controladores.

7.6. INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

O processo de integração econômica depende de negociações multilaterais para o exercício do comércio entre os países envolvidos. **Desses acordos gerais é que nascem os blocos econômicos, na medida em que os participantes resolvem condições de inter-relacionamento de suas economias.** A construção da integração passou e vem passando por fases que ajudam a amadurecer o relacionamento econômico entre as várias nações.

Os estágios de integração iniciam geralmente com a criação de uma **área de livre-comércio** entre os países para depois evoluir para a constituição de uma **união aduaneira** que tem por finalidade harmonizar o comércio internacional pela instituição de regras comuns. O **mercado comum** se forma quando os próprios fatores de produção são compartilhados no território do bloco de integração. A instituição de moeda comum e a pactuação de políticas macroeconômicas formam a **união econômica e monetária**. Por fim, o último estágio da integração regional é a criação de uma **união política** dos estados integrados.

7.6.1. MERCOSUL

O MERCOSUL ou Mercado Comum do Sul representa uma das tentativas de aplicar o disposto no parágrafo único do art. 4.º da Constituição de 1988, ou seja, *buscar a integração econômica, política, social e cultural com os povos da América Latina, com a finalidade de formar uma comunidade latino-americana de nações.*

O MERCOSUL foi concebido em 1991 pelo Tratado de Assunção (Decreto 350, de 21.11.1991) por Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil. Bolívia, Chile, Colômbia, Peru e Equador participam na condição de Estados associados, que podem participar se convidados das reuniões, mas não podem votar.

Como pondera Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 878):

“O Mercosul visa, portanto, a estabelecer um mercado comum entre seus membros, o qual, nos termos do Tratado de Assunção (art. 1.º), abrange: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, por meio, por exemplo, da eliminação dos direitos alfandegários e das restrições não tarifárias a circulação de mercadorias; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou a agrupamentos de Estados; a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os membros do bloco; e o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”

Concordamos com o autor sobre sua conclusão de que até o momento **o Mercosul é somente uma união aduaneira.**

O Mercosul possui personalidade jurídica de Direito Internacional (Protocolo de Ouro Preto) assemelhando-se às organizações internacionais, suas decisões dependem necessariamente do consenso dos seus membros. A sua estrutura é composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC) que funciona como órgão superior e é formado pelos ministros das relações exteriores e da economia dos Estados-membros; o Grupo Mercado Comum (GMC) que funciona como órgão executivo; a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM); o Parlamento do Mercosul (Parlasul) e o Foro Consultivo Econômico-social, entre outros órgãos.

Merece lembrança o Protocolo de Brasília criado para a solução de controvérsias e litígios dentro do bloco, hoje derogado pelo Protocolo de Olivos de 2002 (Decreto 4.982, de 09.02.2004) que regula a matéria.

7.6.2. União Europeia

O Tratado de Roma foi assinado em 1957 com a finalidade de criar um mercado comum europeu. Em 1992 foi criada a União Europeia (Tratado de Maastricht) e em 2009 entrou em vigor o Tratado de Lisboa, que surgiu após a não aceitação de uma Constituição Europeia e serviu para atualizar os Tratados até então existentes, daí seu apelido de Tratado Reformador.

A União Europeia possui 27 membros e são seis os seus principais órgãos, quais sejam:

- **O Conselho Europeu;**
- **O Conselho da União Europeia;**
- **O Parlamento Europeu;**
- **O Tribunal de Justiça;**
- **O Tribunal de Contas.**

Como ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011, p. 896):

“A União Europeia (UE) é um bloco regional que já atingiu o quarto estágio de integração, qual seja, o de união econômica e monetária. Nesse sentido, a EU é também uma zona de livre-comércio, união aduaneira e mercado comum, constituindo, portanto, amplo espaço de livre circulação de bens, capitais e pessoas, inclusive de livre circulação de trabalhadores, livre prestação de serviços e livre concorrência.”

7.7. INFRAÇÕES AO LIVRE COMÉRCIO INTERNACIONAL

A competição no mercado internacional também é suscetível de práticas que atentam contra a livre concorrência. **Uma parte dessas condutas advém de decisões governamentais cuja intenção é de proteção (defesa) do mercado nacional (agentes econômicos nacionais), a outra resulta de condutas dos próprios agentes econômicos que atuam deslealmente no mercado internacional.**

7.7.1. Instrumentos de defesa comercial (barreiras comerciais)

No relacionamento comercial entre os países, é normal que determinados produtos fabricados por um deles sejam mais competitivos que os demais. Dessa maneira, se o funcionamento do mercado deixar as forças normais dos agentes econômicos e de seus produtos, a participação dos países pode ser desequilibrada. **Em razão de uma total liberdade de comércio, começam a aparecer para os países menos competitivos argumentos de segurança nacional, criação de empregos, fomento ao desenvolvimento industrial e tecnológico do país, entre outros, que impulsionam os governos a tomar medidas restritivas de mercado para resguardar os agentes econômicos nacionais.** De forma simples, os instrumentos de defesa comercial têm por finalidade proteger os agentes econômicos nacionais dos produtos produzidos fora que entram no país por importação.

7.7.1.1. Tarifas

Tarifar um produto significa criar um custo não compreendido na sua produção, de forma que será agregada, ao valor do produto, a tarifa que o encarecerá e, portanto, o tornará menos competitivo no mercado.

Como explicam Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 363-364):

“Uma tarifa é uma forma de imposto seletivo, um imposto que incide apenas sobre a venda de bens importados. Por exemplo, o governo dos Estados Unidos poderia determinar que qualquer um trazendo para os Estados Unidos rosas da Colômbia teria de pagar uma tarifa de \$2 por rosa ou \$200 por caixa de 100 rosas. Em um passado mais ou menos longínquo, as tarifas eram uma fonte importante de receita governamental porque eram relativamente fáceis de arrecadar. Mas, no mundo moderno, as tarifas se destinam a desencorajar as importações e proteger os produtores domésticos que competem com as importações, e de modo geral se tornaram importantes como fonte de receita pública.”

7.7.1.2. Cotas

A fixação de cotas de importação tem por finalidade impedir que determinado produto entre livremente em um país, na medida em que se estipula a quantidade máxima (cota) de produtos a serem importados.

Como explicam Paul Krugman e Robin Wells (2007, p. 365):

“Uma cota de importação, outra forma de proteção comercial, é um limite legal para a quantidade que se pode importar de um bem. Por exemplo, uma cota de importação dos Estados Unidos para rosas colombianas pode limitar o número de importado cada ano a 50 milhões. Cotas de importação normalmente são administradas através de licenças; um certo número é emitido, cada uma dando ao proprietário da licença o direito de importar anualmente uma quantidade limitada de bens.”

7.7.1.3. Restrições voluntárias à exportação

Em sentido diferente do que se tratou até agora, também é possível que um país incentive outro a diminuir voluntariamente as suas exportações. Como descrevem Joseph E. Stiglitz e Carl E. Wash (2003/1, p. 309):

“Nos anos 80, tornaram-se populares as restrições voluntárias à exportação. Em vez de limitar as importações de automóveis, por exemplo, os Estados Unidos persuadiram o Japão a restringir suas exportações.

Há duas interpretações da razão pela qual o Japão teria aceito essa restrição voluntária de suas exportações. Uma é que ele temia que os Estados Unidos pudessem tomar medidas mais drásticas, por exemplo, uma imposição de quotas. Do ponto de vista do Japão, restrições voluntárias à exportação são preferíveis a quotas, pois nesse caso a renda de quotas fica com as firmas japonesas. A segunda interpretação é que restrições voluntárias à exportação permitem aos produtores de veículos do Japão atuarem em colusão. Talvez fosse de seu interesse entrar em um conluio para reduzir a produção e aumentar preços, mas tal colusão teria sido ilegal pelas leis antitruste. A restrição voluntária às exportações ‘impôs’ à indústria automotiva japonesa reduções de produção que ela própria teria escolhido se fossem permitidas por lei. Não surpreende, pois, que o Japão tenha aceito a restrição! Para o consumidor americano, o custo da restrição voluntária das exportações japonesas foi enorme. O consumidor americano pagou mais de U\$100.000 em preços mais altos para cada emprego criado nos Estados Unidos.”

7.7.1.4. Outras barreiras não tarifárias

Em razão da dificuldade atual para os governos estabelecerem barreiras de natureza tarifária, outras formas de defesa comercial, agora não tarifárias, começaram a ser utilizadas como forma de restrição ao livre mercado internacional. A principal e mais usual consiste **na criação de regras sanitárias para possibilitar a recusa de importações no país.** O Brasil já foi vítima de diversas medidas dessa natureza.

7.7.2. Conduas competitivas desleais no comércio internacional

As condutas de deslealdade competitiva no comércio internacional são devidas aos próprios agentes econômicos que

resolvem se beneficiar de práticas anticompetitivas para conquistar ilicitamente o mercado.

7.7.2.1. Dumping

O dumping consiste na conduta dos agentes econômicos que vendem os seus produtos fora do país abaixo do custo de produção e também por preço inferior aos cobrados no país de origem.

A Lei 9.019, de 30 de março de 1995, dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios. Vejamos as principais disposições da Lei mencionada:

Art. 1.º Os direitos antidumping e os direitos compensatórios, provisórios ou definitivos, de que tratam o Acordo Antidumping e o Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, aprovados, respectivamente, pelos Decretos Legislativos n.ºs 20 e 22, de 5 de dezembro de 1986, e promulgados pelos Decretos n.ºs 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e 93.962, de 22 de janeiro de 1987, decorrentes do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt), adotado pela Lei n.º 313, de 30 de julho de 1948, e ainda o Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, anexados ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC), parte integrante da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgada pelo Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994, serão aplicados mediante a cobrança de

importância, em moeda corrente do País, que corresponderá a percentual da margem de dumping ou do montante de subsídios, apurados em processo administrativo, nos termos dos mencionados Acordos, das decisões PC/13, PC/14, PC/15 e PC/16 do Comitê Preparatório e das partes contratantes do Gatt, datadas de 13 de dezembro de 1994, e desta lei, suficientes para sanar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica.

Parágrafo único. Os direitos antidumping e os direitos compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.

Art. 2.º Poderão ser aplicados direitos provisórios durante a investigação, quando da análise preliminar verificar-se a existência de indícios da prática de dumping ou de concessão de subsídios, e que tais práticas causam dano, ou ameaça de dano, à indústria doméstica, e se julgue necessário impedi-las no curso da investigação.

Parágrafo único. Os termos “dano” e “indústria doméstica” deverão ser entendidos conforme o disposto nos Acordos *Antidumping* e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios, mencionados no art. 1.º, abrangendo as empresas produtoras de bens agrícolas, minerais ou industriais.

(...)

Art. 4.º Poderá ser celebrado com o exportador ou o governo do país exportador compromisso que elimine os efeitos prejudiciais decorrentes da prática de dumping ou de subsídios.

§ 1.º O compromisso a que se refere este artigo será celebrado perante a Secretaria de Comércio Exterior – SECEX,

do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, submetido a homologação da CAMEX.

§ 2.º Na hipótese de homologação de compromisso, a investigação será suspensa, sem a imposição de direitos provisórios ou definitivos, ressalvado o disposto nos Acordos Antidumping e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios, mencionados no art. 1.º.

Art. 5.º Compete à SECEX, mediante processo administrativo, apurar a margem de *dumping* ou o montante de subsídio, a existência de dano e a relação causal entre esses.

(...)

Art. 8.º Os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, somente serão aplicados sobre bens despachados para consumo a partir da data da publicação do ato que os estabelecer, excetuando-se os casos de retroatividade previstos nos Acordos Antidumping e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios, mencionados no art. 1.º.

§ 1.º Nos casos de retroatividade, a Secretaria da Receita Federal intimará o contribuinte ou responsável para pagar os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, no prazo de 30 (trinta) dias, sem a incidência de quaisquer acréscimos moratórios.

§ 2.º Vencido o prazo previsto no § 1.º, sem que tenha havido o pagamento dos direitos, a Secretaria da Receita Federal deverá exigí-los de ofício, mediante a lavratura de auto de infração, aplicando-se a multa e os juros de mora previstos no inciso II do § 3.º do art. 7.º, a partir do término do prazo de 30 (trinta) dias previsto no § 1.º deste artigo.

(...)

Art. 10-A. As medidas antidumping e compensatórias poderão ser estendidas a terceiros países, bem como a partes, peças e componentes dos produtos objeto de medidas vigentes, caso seja constatada a existência de práticas elisivas que frustrem a sua aplicação.

7.7.2.2. Tarifas compensatórias – Subsídios

No caso das tarifas compensatórias, os governos compensam os custos de produção garantindo aos produtores maior competitividade, na medida em que não custeiam diretamente toda a sua produção. Como explicam Joseph E. Stiglitz e Carl E. Wash (2003/1, p. 310):

“Uma segunda prática comercial em geral considerada desleal é o subsídio dado por governos às firmas domésticas, para a produção ou a exportação. Por exemplo, o governo pode dar a certas indústrias domésticas uma isenção fiscal ou cobrir uma parte dos custos da firma. Esses subsídios dão uma vantagem desleal ou injusta às companhias que os recebem. O comércio assim é determinado não com base nas vantagens comparativas, mas nos níveis relativos de subsídio.”

7.7.3. Medidas de salvaguarda

O Decreto 1.488, de 11 de maio de 1995, regulamenta os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda. De acordo com o art. 1.º do citado Decreto, **poderão ser aplicadas medidas de salvaguarda a um produto se de uma investigação resultar a constatação, conforme as disposições previstas neste regulamento de que as importações desse produto aumentaram em tais quantidades e, em termos absolutos ou em relação à produção nacional, e em tais condições que causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes.**

A medida tem cabimento em razão da necessidade de proteção de produtos nacionais que passam a perder mercado para produtos estrangeiros, o que se constata devido ao aumento de importações. A justificativa para a utilização da salvaguarda demanda o receio de prejuízo grave à indústria doméstica.

7.8. QUESTÕES

1. (Magistratura de São Paulo – 2006) Assinale a alternativa correta. O Conselho de Segurança da ONU tem cinco membros permanentes com direito a veto:

- (A) Estados Unidos da América, França, China, Rússia e Grã-Bretanha.
- (B) Estados Unidos da América, França, União Soviética, Grã-Bretanha e Canadá.
- (C) Estados Unidos da América, Alemanha, China, Grã-Bretanha e Rússia.
- (D) Estados Unidos da América, França, Rússia, Grã-Bretanha e Canadá.

2. (TRF 1.º Região – Juiz Federal Substituto – Concurso 13.º – 2009) Com relação aos instrumentos de defesa comercial, assinale a opção incorreta.

- (A) A medida antidumping estabelece a tarifação pecuniária imposta a mercadorias, produtos ou bens importados, comercializados com preço considerado sob margem de dumping.
- (B) A medida antidumping, quando aplicada pela autoridade comercial, traduz-se em fatos pecuniário de composição de valores entre o preço de exportação do produto estrangeiro e o respectivo valor da mercadoria similar ou concorrente, oriunda da indústria nacional.
- (C) As medidas de salvaguarda, que devem ser transparentes e permanentes, visam à defesa da indústria e da produção doméstica, diante de exportações de mercadorias qualitativamente superiores ou com valores inferiores aos do produtor nacional.
- (D) As medidas compensatórias visam contrabalançar subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país do exportador, para a fabricação ou transporte de qualquer produto cuja entrada no Brasil cause dano à indústria doméstica.
- (E) Os direitos compensatórios poderão ser cobrados em caráter retroativo.

3. (TRF 1.º Região – Juiz Federal Substituto – Concurso 13.º – 2009) Assinale a opção correta com relação ao MERCOSUL.

- (A) O atual estágio de integração do MERCOSUL é de mercado comum.
- (B) O Tratado de Assunção, celebrado em 1991, conferiu personalidade jurídica internacional ao MERCOSUL.

(C) As decisões dos órgãos do MERCOSUL são tomadas por maioria, o que caracteriza a natureza flexível e gradual do processo.

(D) O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do MERCOSUL, que tem por incumbência a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção.

(E) Em caso de controvérsias no âmbito do MERCOSUL, deve ser aplicado o Protocolo de Brasília.

4. (TRF 4.º Região – Juiz Federal Substituto – Concurso 14.º)
Dadas as assertivas abaixo, assinale a alternativa correta.

I – A UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura é uma organização internacional especializada, sem vinculação à ONU. Foi criada na Conferência de Londres em 1945, tem, dentre outras, a função de lutar para que seja respeitados os direitos do Homem, as liberdades fundamentais e a justiça e está sediada em Genebra.

II – O FMI – Fundo Monetário Internacional é um organismo internacional criado em 1944, com sede em Washington, e tem como função, dentre outras, promover o comércio internacional, manter estáveis os balanços de pagamentos dos diversos países de forma a evitar oscilações cambiais e conceder empréstimos aos países-membros.

III – O GATT é uma convenção internacional, surgida na Conferência de Genebra (de 1947), que disciplina os princípios norteadores das relações mercantis entre os Estados, tem por finalidade a promoção do pleno emprego, a expansão do comércio internacional e a melhoria no padrão de vida dos povos e, embora não tenha celebrado qualquer acordo com a ONU, com ela mantém relações estreitas, razão por que é costume incluí-lo como uma organização internacional especializada da ONU.

IV – A Convenção sobre Diversidade Biológica, adotada pelas Nações Unidas em 1992 em Nova Iorque, não foi aprovada nem adotada no Brasil.

V – A OMC – Organização Mundial do Comércio, com sede em Genebra, foi criada pelo acordo firmado em Marrakech (Marrocos) em 1994, o qual foi aprovado no Brasil por Decreto Legislativo no mesmo ano e, após a sua promulgação, entrou em vigor em 1995.

(A) Estão corretas apenas as assertivas IV e V.

(B) Estão corretas apenas as assertivas I, II e III.

- (C) Estão corretas apenas as assertivas I, IV e V.
- (D) Estão corretas apenas as assertivas II, III e IV.
- (E) Estão corretas apenas as assertivas II, III e V.

5. (TRT – 16.^a Região – Juiz do Trabalho – 2005) As organizações internacionais contemporâneas:

- (A) são sujeitos soberanos de Direito Internacional.
- (B) são sujeitos de Direito Internacional em decorrência das normas da Carta da ONU.
- (C) são sujeitos de Direito Internacional por terem capacidade jurídica própria.
- (D) não são sujeitos de Direito Internacional.
- (E) só adquirem personalidade jurídica depois de homologadas pela Corte Internacional de Justiça.

6. (TRF 5.^a Região – Juiz Federal Substituto – 2009) Assinale a opção correta, acerca do MERCOSUL:

- (A) O MERCOSUL, criado pelo Protocolo de Recife como ente dotado de personalidade jurídica de direito público, apresenta estrutura orgânica intergovernamental, sendo suas decisões tomadas por votação, respeitando-se a maioria dos votos.
- (B) Ao Conselho do Mercado Comum, órgão superior do MERCOSUL, cabem a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção, devendo esse conselho reunir-se, pelo menos, uma vez por bimestre, com a participação dos presidentes dos Estados-partes.
- (C) Constituem órgãos do MERCOSUL, de capacidade decisória e natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo de Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, bem como o Tribunal Permanente de Revisão e o Parlamento do MERCOSUL.
- (D) São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum a propositura de projetos de decisões ao Conselho do Mercado Comum e o exercício da titularidade da personalidade jurídica do MERCOSUL.
- (E) Quaisquer controvérsias entre os Estados-partes a respeito da interpretação, da aplicação ou do descumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção e dos acordos celebrados no âmbito desse tratado devem ser submetidos exclusivamente aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Ouro Preto.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*

DIREITO ECONÔMICO E ATIVIDADE FINANCEIRA

Sumário: 8.1. Dinâmica da atividade financeira: 8.1.1. Novo paradigma da economia monetária; 8.1.2. Atividade financeira e política financeira – 8.2. Sistema Financeiro Nacional – 8.3. Estabilidade do sistema financeiro – 8.4. Agentes econômicos e a formação da poupança – 8.5. Intermediários financeiros – 8.6. Órgãos que constituem o sistema financeiro nacional: 8.6.1. Conselho Monetário Nacional; 8.6.2. Banco Central do Brasil; 8.6.3. Banco do Brasil S.A.; 8.6.4. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; 8.6.5. Comissão de Valores Mobiliários; 8.6.6. Demais instituições financeiras públicas e privadas; 8.6.7. Comitê de Política Monetária – COPOM – 8.7. Negócios jurídicos financeiros – 8.8. Noção de investimento: 8.8.1. Depósitos bancários; 8.8.2. Aquisição de imóveis; 8.8.3. Títulos de dívida; 8.8.4. Ações; 8.8.5. Fundos mútuos – 8.9. Sigilo nas operações financeiras: 8.9.1. Fundamentos constitucionais; 8.9.2. Lei Complementar 105; 8.9.3. Quebra de sigilo – 8.10. Questões.

8.1. DINÂMICA DA ATIVIDADE FINANCEIRA

A economia existe para que possam ser supridas as necessidades humanas, daí o grande labor econômico: satisfação de necessidades ilimitadas com recursos limitados. Dessa forma, a economia preocupa-se com a organização dos fatores de produção para obtenção do melhor resultado possível, o que envolve uma noção de eficiência.

O que ora se pretende analisar é a moeda, na qualidade de recurso financeiro, como um fator de produção escasso em relação à sua demanda, o que forma o chamado mercado financeiro. Particularmente, **é bom advertir que o mercado financeiro é formado pela relação entre a demanda e a oferta de recursos financeiros para que o agente econômico possa suprir qualquer uma das duas necessidades.** Assim, de forma simples, existe uma operação financeira quando qualquer pessoa utiliza recursos de seu limite de crédito do cheque especial ou quando uma empresa lança debêntures para captação de recursos no mercado de capitais.

A utilização da moeda como recurso financeiro deve-se à sua possibilidade de troca por qualquer outro bem do qual se tenha necessidade. Portanto, a transferência dos recursos em moeda representa o principal mercado hoje existente, sendo responsável por uma série de consequências que podem determinar o crescimento econômico, pois os recursos financeiros é que o nutrirão.

Para a existência de atividade financeira, é necessária a presença de agentes econômicos que busquem recursos ou que forneçam tais recursos financeiros. A formação de qualquer mercado financeiro dependerá de pessoas, empresas e do próprio Estado, pois eles precisam de recursos financeiros ou dispõem destes. Como explica Juliano Lima Pinheiro (2001, p. 34):

“De forma geral, podemos dizer que há três grupos de participantes de mercado financeiro: empresas, famílias e governo. Esses participantes podem assumir a

condição de vendedores (agentes superavitários) ou compradores (agentes deficitários) em função de suas necessidades circunstanciais. Com isso, podem-se tornar vendedores e compradores do mesmo produto (moeda), várias vezes ao longo do tempo, ao contrário do outros mercados com os quais estamos acostumados a relacionar, como, por exemplo, os mercados de bens duráveis ou de bens de consumo.”

O desequilíbrio entre os agentes econômicos superavitários e deficitários é que possibilitará a interpretação da situação econômico-financeira de uma comunidade. Inclusive, pode-se verificar diante de tal perfil se determinado país é um exportador de recursos financeiros ou um captador desses recursos.

A relação financeira será possível na medida em que exista em determinado mercado oferta e demanda de moeda. Assim, a relação envolverá necessariamente um agente econômico que possui sobra de recursos financeiros e deseja investi-los, enquanto, do outro lado da relação, deverá existir um agente econômico que por algum motivo não produziu recursos suficientes para suprir as suas necessidades, de forma que emprestará tais recursos no mercado.

A troca de recursos financeiros entre agentes econômicos poderá ser realizada diretamente entre as partes da relação financeira, como quando um investidor compra debêntures no mercado de capitais, pois está entregando recursos diretamente nas mãos do tomador de recursos, que é a própria empresa emitente dos valores mobiliários. Entretanto, o que é mais comum é que existam intermediários na relação financeira, ou seja, aquele que deseja captar ou fornecer recursos geralmente **o faz por intermédio de uma Instituição Financeira Bancária.**

Os agentes superavitários funcionarão como investidores no mercado financeiro, pois são pessoas que tiveram êxito em honrar suas necessidades econômicas com sobra de recursos financeiros, e

os deficitários são os que aproveitarão dos recursos financeiros disponíveis. Conclui-se, dessa forma, que a relação financeira é uma forma de equilibrar poupanças e investimentos, sendo sua organização essencial para o desenvolvimento econômico de um país. Como explicam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 442):

“Portanto, por conta do seu papel na mobilização de poupança para financiar o investimento e a produção, na seleção e monitoramento de projetos de investimento e na diversificação e realocação de risco, o setor financeiro é capaz de viabilizar investimentos e atividade na forma, na escala e no ritmo mais eficientes, contribuindo para alavancar o desenvolvimento econômico.”

8.1.1. Novo paradigma da economia monetária

Em regra, a moeda cumpre a sua finalidade quando pode ser trocada por qualquer bem ou serviço. Dessa forma, a relação econômico-financeira depende necessariamente da presença da moeda na negociação, salvo se for feita por escambo. Entretanto, outros mecanismos econômicos que estimulam a atividade econômica sem a concessão direta de recursos monetários foram desenvolvidos, como a concessão de crédito. **O que faz com que hoje, a demanda não necessite diretamente de moeda, mas sim de crédito.**

Os intermediários financeiros ultimamente não são meros emprestadores de moeda, até em razão de poderem emprestar muito mais do que possuem em depósito. **Assim, a economia monetária reserva seus esforços tanto para suprir o mercado de recursos financeiros, como para avaliar o risco de concessão de crédito. O objeto da economia monetária consiste, na atualidade, muito mais na problemática da concessão de crédito.** Pertinentes as observações de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 440):

“Assim, quando uma instituição financeira intermedeia recursos, ela simultaneamente trabalha o risco. Por meio de um esforço para reduzir a assimetria de

informação em relação à empresa, ela age da seguinte maneira:

- Antes de conceder o empréstimo, faz triagem de projetos em um contexto de seleção adversa, de forma a separar os de baixo dos de alto risco e a limitar o risco máximo a ser financiado em cada caso.
- Durante a vigência do empréstimo, realiza o monitoramento das atividades e contas da empresa, de forma a impedir o comportamento oportunista do devedor durante a implementação do projeto, reduzindo o risco de que este invista em um projeto diferente daquele para o qual o crédito foi concedido ou que continue a gerar prejuízos que inviabilizem o pagamento do crédito recebido (*moral hazard*).
- Após o fim do empréstimo, e em caso de inadimplência, faz a auditoria e a execução do devedor que deixa de cumprir suas obrigações contratuais.”

A evolução das formas de troca requisita dos atuantes do mercado novos parâmetros, que tornaram ainda mais complexo o mercado financeiro. Como concluem mais uma vez Armando Castelar e Jairo Saddi (2005, p. 433):

“Da moeda ao papel-moeda e à moeda escritural, a história é conhecida, ainda que nada trivial. Ela se dá como desenvolvimento de um sistema cada vez mais complexo de regras e controles que permitiram à moeda se tornar quase integralmente virtual, ter a sua oferta controlada pelo Estado e ser negociada em âmbito global.”

Enfim, o que se pode perceber é que a demanda financeira sempre dependeu da produção existente que, transformada em moeda, era suficiente para financiar outros empreendimentos. Agora, não necessariamente a moeda decorre da produção existente, mas também de uma produção futura, por isso a utilização da expressão crédito. Em outras palavras, a moeda, que sempre representou o valor de algo existente, hoje pode representar também algo que ainda não existe, que não foi produzido e pode ser que nem chegue a se produzir, mas que pode

ser negociado no mercado financeiro; é o que acontece, por exemplo, no mercado de derivativos.

8.1.2. Atividade financeira e política financeira

Como já abordado anteriormente, a importância do mercado financeiro deve-se, sobretudo, à possibilidade dos agentes econômicos encontrarem oportunidades de investir a sobra de capital ou captar recursos para novos negócios. Portanto, **o sistema financeiro funciona diante da transferência de capitais que ocorre entre os tomadores de capital e os investidores.** As negociações são normalmente intermediadas por Instituições Financeiras. Entretanto, existem outros aspectos da dinâmica financeira que importam para o desenvolvimento econômico de um país, por isso as autoridades financeiras necessitam estruturar em órgãos próprios a tomada de decisões, principalmente para manter o equilíbrio do mercado financeiro.

Assim, é necessário que todo o país desenvolva a administração do mercado financeiro, regulando-o. Costuma-se dizer que existe uma política monetária que prepondera sobre o mercado financeiro. **Tal tarefa, geralmente, incumbe aos bancos centrais, cujo papel primordial na política monetária consiste em determinar a oferta de moeda e a taxa de juros nominal.** Os reflexos da oferta de moeda e da taxa de juros nominais provocam alterações no nível de preços e nas taxas de inflação. Como atualmente a emissão de moeda não está diretamente ligada a qualquer lastro patrimonial, como o ouro, as decisões de política monetária devem ser pautadas na determinação da quantidade de circulação de moeda que corresponda, de alguma forma, à produção econômica interna, sob pena de gerar inflação.

Os intermediários financeiros mais importantes são os bancos, que recebem a maioria dos depósitos e aos quais geralmente as famílias e empresas recorrem para emprestar capital. **Em razão do montante financeiro que geralmente os bancos movimentam, sua atuação nos sistemas financeiros merece**

a atenção dos responsáveis pela coordenação do sistema financeiro. Outra ponderação que se faz sobre a função dos bancos diz respeito à possibilidade de emissão de moeda ou, em termos mais específicos, **o banco não cunha moeda nem emite cédulas, mas na medida em que detém uma quantidade de capital provinda dos depósitos realizados e sabendo que os depositantes não sacarão todos ao mesmo tempo todo o capital, pode trabalhar com mais capital do que efetivamente tem disponibilidade; nesse sentido, cria moeda.**

8.2. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A compreensão da importância do sistema financeiro é essencial para delinear os seus objetivos. Pois como bem ponderam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 449):

“Não há um país desenvolvido sem um bom sistema financeiro, o que implica que também não há país nessa situação sem um bom sistema legal e judicial, pois a intermediação financeira não pode se desenvolver sem uma base jurídica adequada. As transações realizadas no mercado financeiro são estruturadas contratualmente e têm, nas suas pontas agentes que raramente se conhecem. Ao contrário da maioria das atividades comerciais, em que duas partes cumprem suas obrigações (quase) simultaneamente, no mercado financeiro o descompasso temporal está na essência da transação: toma-se recursos hoje para serem pagos de volta no futuro. A fidúcia é fundamental. E na presença de oportunismo, muitas operações financeiras seriam inviáveis sem a sustentação de um bom aparato jurídico.”

O *caput* do art. 192 da Constituição Federal foi a única disposição constitucional que remanesceu para delinear o Sistema Financeiro Nacional. O tratamento da ordem econômica e financeira em um mesmo título da Constituição Federal se deve à necessária e óbvia vinculação de um com o outro. **Entendemos, todavia, que a ordem financeira está compreendida pela ordem econômica como uma de suas mais importantes subdivisões, e não merecia o sucinto e vazio dispositivo legal que comanda:**

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Como explica Juliano Lima Pinheiro (2001, p. 52):

“O sistema financeiro poder ser entendido como sendo igual à soma das unidades operacionais que o compõem e dos responsáveis pelas políticas monetárias, creditícia, cambial e fiscal, que regulam seu funcionamento bem como os fluxos monetários entre os que dispõem de recursos financeiros e os que deles careçam, para suas atividades de produção ou de consumo.”

As diretrizes de política financeira estão ausentes na Constituição Federal de 1988. O encargo da regulação da atividade financeira ficou relegado à legislação complementar. A regulação do Sistema Financeiro Nacional é a mesma de antes da Constituição Federal vigente, ou seja, sobretudo, **a Lei 4.595/1964, a Lei 4.728/1965 e a Lei 6.385/1976, que continuam a compreender as normas ordenadoras da estrutura dos órgãos e da fixação de suas competências para o funcionamento do mercado financeiro nacional.** Nas palavras de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 448-449):

“O art. 192 foi reescrito por meio da Emenda Constitucional 40, eliminando-se os oito incisos que disciplinavam o capítulo (de um só artigo) sobre Sistema Financeiro Nacional na Carta de 1988. Assim, foram revogados todos os dispositivos que estabeleciam, por exemplo, a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização; e os órgãos oficiais fiscalizador e ressegurador, como, inclusive os célebres incisos IV e V, que tratavam do Banco Central, os requisitos para designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras e seus impedimentos após o exercício do cargo. Revogaram-se também outros incisos que cuidavam da criação de fundo ou seguro, critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento, da transmissão do controle de pessoa jurídica titular e concedida sem ônus e os três parágrafos que tratavam, entre outros temas, da limitação dos juros.”

Por fim, ainda em relação aos incisos do art. 192 devem ser esclarecidas as consequências do inciso IV, que Sidnei Turczyn (2005, p. 117-118) lembra com propriedade, nos termos:

“Por trás da discussão relativa à exigência de lei complementar única para a regulamentação do art. 192 da Constituição escondia, na verdade, uma outra relevante questão, de natureza eminentemente política, qual seja a do tratamento a ser dado à ‘organização, [ao] funcionamento e [às] atribuições do Banco Central’, prevista no inciso IV do art. 192. Prevalecendo a tese da lei complementar única, impedir-se-ia que a questão da ‘independência’ do Banco Central fosse tratada em separado das demais questões relativas à regulamentação global do Sistema Financeiro, sendo dificultada, assim, a abordagem desse tema.”

8.3. ESTABILIDADE DO SISTEMA FINANCEIRO

Os comerciantes ou os negociadores de mercadorias ou serviços sempre foram conhecidos por suas habilidades na negociação, justamente argumentando as qualidades do produto a ser vendido ou pechinchando sobre o produto a ser comprado. **O comércio, atualmente, requer dos negociadores uma quantidade de informações suficientes a possibilitar a realização de um bom negócio não apenas pela habilidade do negociante, mas sim pela quantidade de informações que possui.** Daí a sensibilidade dos mercados, principalmente o que envolve trocas financeiras, pois pode fazer com que investidores migrem rapidamente de uma praça para outra, simplesmente porque as chances de ganho são mais elevadas.

A principal característica de um sistema financeiro é a sua estabilidade, pois quanto maior o grau de estabilidade maior a sua eficiência. Assim, o subdesenvolvimento de uma nação pode ser medido pelo sofrível desenvolvimento do seu sistema financeiro, ou seja, por intermédio da frequente mudança das regras, da concentração das operações de intermediação nas instituições financeiras bancárias, da pequena quantidade de investidores nacionais etc.

A situação financeira brasileira é notória; devido a uma dívida pública imensa, o Estado participa do mercado de forma desesperada, desespero este necessariamente seguido pela maioria dos que buscam tomar recursos, transparecendo, assim, a condição do país de afoito tomador de recursos financeiros. **Entretanto, o que importa é que o Estado tem a obrigação de fazer com que o sistema financeiro funcione bem, pois esse é um dos principais fatores que possibilitam o crescimento econômico do país.** Assim, existe um mercado cujo objeto de troca é um ativo financeiro. Portanto, utilizando a expressão em sentido geral, os mercados de ativos financeiros (mercado de capitais e mercado financeiro) desempenham função essencial na vida econômica de qualquer comunidade.

8.4. AGENTES ECONÔMICOS E A FORMAÇÃO DA POUPANÇA

A atividade econômica acontece em razão da necessidade dos agentes econômicos que convivem com recursos escassos. Em razão de todos esses agentes econômicos (empresas, estados, famílias etc.) despenderem recursos para sobreviver, a vida econômica representa uma atividade de busca de equilíbrio entre a satisfação de necessidades e os recursos disponíveis. Mesmo assim, esse equilíbrio dificilmente é alcançado, pois geralmente os agentes econômicos extrapolam ou o seu custo ou o seu ganho, representando, portanto, unidades de dispêndio desequilibradas. **O mercado financeiro existe em razão desse desequilíbrio, justamente porque os deficitários buscarão recursos financeiros para suprir suas necessidades enquanto os superavitários investirão as suas sobras.**

Deve-se ponderar também que os agentes econômicos ainda trabalham com recursos financeiros não apenas para sanar seus débitos, mas também para desenvolver a atividade econômica, empreendendo no mercado, aumentando a sua empresa, desenvolvendo novas tecnologias etc. Assim, a atividade financeira não tem por finalidade exclusivamente buscar um equilíbrio de contas entre os agentes econômicos, mas também promover o desenvolvimento econômico.

As razões que levam uma pessoa a poupar podem decorrer de um efetivo ganho superior aos gastos ou de uma decisão de não consumir naquele momento, para provocar o superávit. De forma óbvia, ou aumentam as receitas ou diminuem os gastos para se tornarem superavitários.

O agente econômico que toma recursos financeiros no mercado para equilibrar suas contas ou simplesmente para antecipar uma compra terá que arcar com o valor da dívida ou do bem em moeda mais os juros incidentes na captação dos recursos, enquanto o agente econômico que posterga um ato de consumo ou tem sobra de recursos financeiros terá, na verdade, um ganho decorrente dos juros que serão

pagos em razão do fornecimento desses recursos no mercado. Nesse caso, a sobra de recursos (poupança) nutriu o mercado financeiro.

8.5. INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS

A realização da transferência de recursos entre os agentes econômicos que os buscam e os que os fornecem não acontece, em regra, diretamente; geralmente tais recursos são investidos ou captados de intermediários que exercem importante função na realização da atividade financeira. No caso, como já se advertiu, **os países em desenvolvimento concentram a intermediação nas instituições bancárias, ou seja, quem precisa de dinheiro toma emprestado do Banco e quem tem sobra de dinheiro empresta para o Banco.**

No mercado de capitais, a aproximação dos investidores e tomadores de recursos é realizada de forma direta, uma vez que o resultado da variação do preço das ações, o valor dos dividendos distribuídos ou a remuneração convencionada em outros títulos se converterá direta e integralmente a favor do investidor.

8.6. ÓRGÃOS QUE CONSTITUEM O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A realização de toda a dinâmica econômico-financeira, cujo objeto principal é a movimentação de ativos financeiros, depende, sobretudo, dos investidores e tomadores de capital que compõem um verdadeiro sistema de circulação de recursos. Entretanto, **para que o sistema funcione, é necessário que alguns órgãos controlem e o organizem.** A identificação do interesse público que demanda a organização de um sistema financeiro parece cristalina quando se imagina a quantidade de benefícios que a movimentação de recursos financeiros produz em um país.

Os principais órgãos que estruturam o Sistema Financeiro Nacional são os seguintes:

- **Conselho Monetário Nacional – CMN;**
- **Banco Central do Brasil – BACEN;**
- **Banco do Brasil S.A.;**
- **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES;**
- **Comissão de Valores Mobiliários – CVM;**
- **Demais instituições financeiras públicas e privadas.**

8.6.1. Conselho Monetário Nacional

O Conselho Monetário Nacional representa o órgão hierarquicamente mais importante da estrutura do Sistema Financeiro Nacional, **assumindo como finalidade principal formular a política monetária e creditícia, para tanto, deverá o Conselho (art. 3.º da Lei 4.595/1964):**

- Equilibrar o volume de meios de pagamento às necessidades econômicas nacionais;

- Regular os valores interno e externo de moeda;
- Orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras públicas e privadas;
- Propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros;
- Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras;
- Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa.

As funções anteriormente descritas são identificadas pela Lei 4.595/1964 como objetivos da política monetária, que, entretanto, serão dispostas por diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República. Veja-se que, como se mencionou anteriormente, as diretrizes de regulação da atividade financeira no Brasil continuam as mesmas de antes da Carta Constitucional de 1988 e, ressalta-se, determinadas por legislação ordinária.

O Conselho Monetário Nacional é composto pelo Ministro da Fazenda, que é o seu presidente, o presidente do Banco do Brasil e o presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e mais sete membros nomeados pelo Presidente da República (art. 6.º, da Lei 4.595/1964).

8.6.2. Banco Central do Brasil

Enquanto o Conselho Nacional tem uma função de formulador de política financeira, **o Banco Central do Brasil tem por competência cumprir as obrigações que lhe são atribuídas legalmente e as expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.** De forma específica, as competências do Banco Central estão determinadas nos arts. 10 e 11 da Lei 4.595/1964, sendo, entre outras:

- Emitir moeda-papel e moeda metálica;

- Conceder as autorizações para o funcionamento das Instituições Financeiras no país;
- Efetuar o controle dos capitais estrangeiros;
- Realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras;
- Praticar operações de câmbio, crédito, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública.

De forma resumida, Juliano Lima Pinheiro (2001, p. 62) pondera:

“O Bacen foi criado para atuar como órgão executivo central do sistema financeiro, cabendo-lhe a responsabilidade de cumprir e fazer cumprir as disposições que regulamentam o funcionamento do sistema e as normas expedidas pelo CMN. É por meio do BACEN que o Estado intervém diretamente no sistema financeiro e, indiretamente, na economia.”

O Banco Central do Brasil pode contratar de preferência o Banco do Brasil para realizar os encargos e serviços que diretamente não puder executar (art. 13 da Lei 4.595/1964).

8.6.3. Banco do Brasil S.A.

O Banco do Brasil S.A. tem como principais funções (art. 19 da Lei 4.595/1964):

- Funcionar como agente financeiro do Tesouro Nacional;
- Executar os serviços bancários de interesse do Governo Federal;
- Arrecadar os depósitos voluntários, à vista, as instituições financeiras;
- Executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis;

- Realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira;
- Realizar recebimento ou pagamento e outros serviços de interesse do BACEN;
- Financiar a aquisição e a instalação da pequena e média propriedade rural;
- Financiar as atividades industriais e rurais;
- Difundir e orientar o crédito.

8.6.4. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

É uma empresa pública da União que tem por finalidade financiar do desenvolvimento econômico nacional. Foi fundado em 1952 e já promoveu o acesso a investimentos à agricultura, infraestrutura, saúde, saneamento básico, entre outros.

Como o próprio Banco informa em seu planejamento corporativo de 2009/2014, a inovação, o desenvolvimento local e regional e o desenvolvimento socioambiental foram eleitos como os aspectos mais importantes a serem fomentados no Brasil no atual contexto.

8.6.5. Comissão de Valores Mobiliários

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é uma entidade autárquica em regime especial, possui personalidade jurídica e patrimônio próprios e é dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária (art. 5.º da Lei 6.385/1976).

No mercado de capitais, a CVM tem por principais competências (arts. 8.º, 10 e 11 da Lei 6.385/1976):

- Regulamentar os temas de interesses do mercado de capitais;

- Administrar os registros no mercado de capitais;
- Fiscalizar as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, tais como a veiculação de informações relativas ao mercado;
- Fiscalizar e inspecionar as companhias abertas;
- Impor penalidades aos infratores das regras de mercado;
- Celebrar convênios com órgãos similares de outros países.

Como dispõe Juliano Lima Pinheiro (2001, p. 60):

“as funções da Comissão de Valores Mobiliários irão repercutir em três grandes grupos:

- Instituições de mercado, uma vez que é da sua competência disciplinar e fiscalizar a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado, bem como sua negociação e intermediação; a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores; a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários, os serviços de consultor e analista de valores mobiliários;
- Companhias abertas – definidas pela nova lei das Sociedades Anônimas com aquelas cujos ‘valores mobiliários’ –, pois tais empresas estão sujeitas à fiscalização da CVM no que concerne a emissão e distribuição de seus títulos no mercado; à natureza das informações que devem divulgar; ao relatório de sua administração e demonstrações financeiras; à compra de ações emitidas pela própria companhia; à conduta de seus administradores e acionistas controladores; à aprovação, ou não, de oferta pública de aquisição de ações que implique alienação de controle acionário;
- Investidores, uma vez que é de competência da CVM estudar as denúncias e práticas que contrariem os interesses dos mesmos, a fim de que possa atuar em sua defesa.”

O mercado de valores mobiliários ou de capitais é caracterizado por sua estrutura de funcionamento e pelo objeto de negociação,

no caso, os valores mobiliários. Os anseios dos participantes desse tipo de mercado são a captação de recursos financeiros de investidores que buscam rentabilidade maior do que a paga nos mercados financeiros.

A captação de recursos no mercado de capitais pode ser realizada apenas por alguns tipos de pessoas jurídicas, entretanto, qualquer pessoa física ou jurídica pode investir nesse mercado específico. E, para que seja possível o funcionamento do mercado de capitais, é necessária a presença de sociedades corretoras de valores mobiliários, sociedades distribuidoras de valores mobiliários, bancos de investimentos e bancos de desenvolvimento, além de uma empresa de liquidação e custódia de valores.

As operações que constituem o mercado de capitais podem ser realizadas em um ambiente de negociação organizado, sendo neste caso regulado e controlado por órgãos específicos para essa finalidade, ou podem ser realizadas sem essa organização, quando as negociações são diretas entre empresas captadoras de recursos e investidores.

Nenhum outro mercado é tão dinâmico como o de capitais, pois a quantidade de operações realizadas supera qualquer outro mercado e tal condição proporciona tanto ao investidor quanto ao captador de recursos uma liquidez muito grande.

As sociedades anônimas são classificadas como de capital aberto ou fechado. Entretanto, desde já se informa que não existe um conceito exato de sociedade de capital aberto ou fechado, pois se levará em consideração o funcionamento do mercado de valores mobiliários. A diferenciação acentua-se na medida em que a legislação de controle das sociedades de capital aberto é muito mais rígida do que a das de capital fechado, a publicidade dos atos e o controle realizado pela Comissão de Valores Mobiliários também fazem parte da atuação de sociedades que queiram participar do mercado aberto.

Outra condição importante para a caracterização da sociedade como aberta é que exige-se um registro específico para poder operar no mercado aberto, o qual é formalizado junto à CVM. Em razão de tal condição, atesta-se, às vezes, que o simples registro é que torna a empresa de capital aberto, embora possa a CVM cassar o registro em caso de ela não negociar efetivamente os seus títulos no mercado aberto. É o que ensina José Edwaldo Tavares Borba (2003, p. 147), nos termos:

“A partir do registro, a sociedade será tida e havida como companhia aberta, e como tal gozará das prerrogativas e sofrerá os ônus dessa condição jurídica. A CVM poderá cassar a condição de companhia aberta de empresas que não promovam a colobcação efetiva de seus títulos no mercado (Instrução CVM 287/1998).”

8.6.6. Demais instituições financeiras públicas e privadas

O art. 17 da Lei 4.595/1964 conceitua instituições financeiras como pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

O funcionamento das instituições financeiras no Brasil está atrelado à autorização concedida pelo BACEN ou de decreto do Poder Executivo, se estrangeira (art. 18 da Lei 4.595/1964).

8.6.7. Comitê de Política Monetária – COPOM

A necessidade de estabelecer as diretrizes da política monetária e de definir a taxa de juros motivou a criação do Comitê de Política Monetária – Copom –, em junho de 1996. A existência do Comitê é importante para facilitar o processo decisório, a transparência e a comunicação com o público em geral.

O Comitê é regulado pela Circular 3.297, de outubro de 2005, que dispõe, principalmente, sobre:

1. Os objetivos principais, que são:

- **Cumprir as metas para a inflação definidas pelo CMN;**
- **Implementar a política monetária;**
- **Definir a meta da Taxa Selic e seu eventual viés;**
- **Analisar o relatório de inflação.**

2. A estrutura, formada pelos seguintes membros;

- **Presidente do Banco Central do Brasil;**
- **Demais diretores do Banco Central do Brasil.**

3. O funcionamento, segundo o qual os membros do Copom se reunirão ordinariamente oito vezes por ano e, extraordinariamente, sempre que necessário.

O Copom realiza no Sistema Financeiro Nacional a análise do cenário macroeconômico e avalia os riscos dele decorrentes para que possa decidir os caminhos da política monetária brasileira.

8.7. NEGÓCIOS JURÍDICOS FINANCEIROS

Os operadores do mercado financeiro e de capitais costumam denominar os atos que praticam assumindo ou transferindo obrigações de “**operações**”. Entretanto, na nomenclatura jurídica, sabe-se que se está diante de **negócios jurídicos**. Dessa forma, a aplicação da teoria geral do direito contratual aos contratos cujo objeto é financeiro não possui nuances que lhe alterem substancialmente o significado e a pertinência dos institutos contratuais. Todavia, o tratamento jurídico deve privilegiar as particularidades da atividade financeira, bem como a condição das partes para a regulação do negócio jurídico específico que venha a ser realizado.

Os atos praticados no mercado financeiro ou no mercado de capitais são intitulados, geralmente, como **operações de captação ou de mútuo**. Entretanto, para o reconhecimento jurídico, desde já vamos intitulá-las negócios jurídicos, pois quando se realiza uma operação financeira na linguagem do Direito realiza-se um **contrato**.

O estudo jurídico da atividade financeira ganha relevância na medida em que a complexidade das operações pode comprometer a validade do ato contratual, pois a essencialidade da atividade financeira expõe a contratação a uma série de consequências jurídicas, dado que qualquer pessoa possui obrigações de natureza financeira, portanto, contrata com bancos, com administradoras de cartão de crédito, com faturadoras etc.

Mesmo sem verificar os problemas mais específicos da dinâmica contratual das operações cujo objeto é financeiro, deve-se alertar que o contrato, assim como a propriedade, sempre representou os institutos por excelência do direito privado. Mesmo assim, o tratamento jurídico dado aos institutos de direito privado sofre mudanças em razão da incidência de valores defendidos principalmente na Constituição Federal. A liberdade sempre garantida aos indivíduos na realização de seus negócios civis e mercantis agora é limitada para que se promova o verdadeiro

equilíbrio das obrigações assumidas em negócios jurídicos. Inexiste a pureza dos interesses privados quando o Direito funciona como regulador da vida social, pois o interesse público necessariamente deve invadir a seara da individualidade para garantir o negócio equilibrado, que dificilmente ocorre se deixar de receber a intromissão das regras de ordem pública.

8.8. NOÇÃO DE INVESTIMENTO

A guarda dos recursos financeiros que provém de sobras que ocorreram devido à economia do agente econômico ou por este ter optado em não consumir é que gera a poupança. **Os recursos financeiros (poupança) poderão ser transformados em aplicações de natureza financeira que renderão ao investidor alguma possibilidade de ganho ou em recursos produtivos, como a aquisição de bens para a exploração de alguma atividade empresarial, a realização de um curso de pós-graduação ou a compra de novas máquinas etc.** Os investimentos que costumamos chamar de financeiros são apenas os primeiros mencionados anteriormente, ou seja, a sobra de capital é colocada a disposição de alguém mediante o pagamento de uma remuneração convencional (juros).

As possibilidades de investimentos financeiros serão pautadas pelo investidor em razão dos ganhos ou perdas que a operação financeira lhe trará. Quase sempre a decisão ponderará a lucratividade, o risco, a liquidez e os encargos incidentes na operação (tributos).

8.8.1. Depósitos bancários

Sob a nomenclatura de depósito bancários pode-se ter as mais variadas formas contratuais. **O depositante, ao entregar seus recursos financeiros ao banco, poderá pactuar com este apenas uma conta de depósito e conta-corrente, ou um depósito remunerado.** Dependendo da quantia e de a necessidade de recursos do depositante ser imediata, de médio ou longo prazo, a remuneração a ser paga variará.

8.8.2. Aquisição de imóveis

Em países cujas pessoas possuem formação educacional deficiente, a compra de imóvel representa um dos investimentos mais comuns; tal operação retrata o atraso desses países na

medida em que subsiste a formação de uma casta social que acumula riqueza, compra imóveis e os aluga aos proletários-locatários que não conseguem comprar os seus imóveis com forças próprias e também não recebem qualquer auxílio estatal para tal aquisição.

A grande dificuldade do investimento em imóveis aparece com a sua liquidez, já que a transformação desse ativo em recursos monetários advém de uma quantidade de atos burocráticos muito grande, além de ônus tributários.

8.8.3. Títulos de dívida

Esses títulos têm por característica representarem um mútuo que uma empresa pública ou privada ou mesmo o Estado apresenta ao mercado de investimento, no qual toma recursos financeiros e promete o pagamento de uma remuneração ao investidor.

8.8.4. Ações

O investimento em ações tem por principais atrativos o pagamento de dividendos, a valorização de seu preço de mercado e a sua liquidez. **O mercado de ações vem sendo incentivado em países subdesenvolvidos para que os recursos financeiros sejam entregues diretamente aos mutuantes empresários, sem a intermediação de instituições financeiras bancárias.**

8.8.5. Fundos mútuos

Os fundos representam um investimento conjunto de muitos investidores que traçam regras comuns de investimentos, que podem ser realizados em quaisquer tipos de ativo; geralmente o instituidor do fundo apresentará o perfil de investimento que seguirá aquela determinada carteira.

8.9. SIGILO NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS

A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, dispõe que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e nos demais serviços prestados, repetindo assim o texto do art. 38 da Lei 4.595/1964 (atualmente revogado pela LC 105/2001). Portanto, cumpriu o legislador a regra constitucional, pois, como já visto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 192, dispõe que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar.

8.9.1. Fundamentos constitucionais

Justificar a imposição da obrigação de sigilo nas operações financeiras decorre naturalmente dos dispositivos constitucionais que garantem o direito à intimidade previsto nos incisos X e XII do art. 5.º da CF. Tais dispositivos funcionam, entretanto, como suporte para uma proteção muito mais ampla do que parecem conter os seus limites literais, alcançando, inclusive, o sigilo nas operações financeiras. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos dispõe (1989, p. 63):

“Esta proteção encontra, como visto, desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e os das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.”

A necessidade de proteção da intimidade consiste em um dos direitos essenciais devido ao reconhecimento da irreversibilidade dos danos ocasionados pelo desrespeito a direitos que garantem a não exposição da imagem ou de qualquer informação sobre a pessoa sem o seu consentimento. **A divulgação de informações financeiras pode comprometer a privacidade de alguém, na medida em que o conhecimento, por outras pessoas, de sua capacidade financeira, lhe traria incômodos em virtude do constante assédio dos mais variados negociadores, quando**

rico. Por outro lado, não necessita o de poucos recursos ter a sua situação exposta para qualquer outra pessoa.

O intermediário financeiro em razão da sua atividade toma conhecimento de informações financeiras de seus tomadores ou fornecedores de recursos e, dessa forma, possui o dever de manter em sigilo tais informações, justamente para cumprir seu dever profissional. Geralmente, as pessoas não gostam de divulgar sua situação financeira e nem mesmo os negócios jurídicos que praticam dessa natureza, utilizando, portanto, a sua faculdade de manter em sigilo tais informações.

8.9.2. Lei Complementar 105

A primeira preocupação da lei referida foi identificar quem são as instituições financeiras obrigadas ao cumprimento do dever de sigilo e nesse sentido dispor que devem manter sigilo das operações: os bancos de qualquer espécie, as distribuidoras de valores mobiliários, as corretoras de câmbio e valores mobiliários, as sociedades de crédito, financiamento e investimentos, as sociedades de arrendamento mercantil, as administradoras de mercado de balcão organizado, as cooperativas de crédito, as associações de poupança e empréstimo, as bolsas de valores e de mercadorias e futuros, as entidades de liquidação e compensação e outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

O legislador complementar demonstrou interesse em identificar as instituições financeiras para efeito de aplicação das obrigações de sigilo, entretanto, acabou fornecendo subsídios importantes para que seja realizada uma nova configuração do Sistema Financeiro Nacional de que deve ser tratado como instituição financeira ou não; mesmo assim, titubeou o legislador em reconhecer diretamente que essas entidades descritas anteriormente praticam atividade financeira. Como exemplo de tal receio, o tratamento dado às empresas de fomento mercantil ou *factoring*, que não foram incluídas nos incisos do § 1º do art. 1.º, mas sim tratadas no

§ 2.º, dando a entender que serão consideradas instituições financeiras apenas para os efeitos da lei complementar, mas não para os efeitos legais.

Constituem condutas legítimas dessas empresas de forma a não desrespeitarem a proteção da intimidade: atos que sejam troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por centrais de risco; o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem fundos e devedores inadimplentes a entidades de proteção ao crédito; a revelação de informações com o consentimento expresso dos interessados; nos casos de quebra de sigilo.

É bom ressaltar ainda que órgãos que fazem parte da estrutura do Sistema Financeiro Nacional que possuem a função de acompanhar e fiscalizar as práticas no mercado financeiro e de capitais, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, têm livre acesso às informações financeiras independentemente de quaisquer procedimentos administrativos ou judiciais, desde que justifiquem a necessidade de recebimento das informações sigilosas. Entretanto, esses órgãos também devem estar vinculados ao cumprimento da não divulgação de informações.

8.9.3. Quebra de sigilo

A quebra de sigilo pode ocorrer apenas em casos excepcionais e para proteger um valor maior que o da intimidade ou para coibir a prática de algum ilícito porventura realizado pelo detentor de tal direito. **Para tanto, o Poder Judiciário poderá requisitar informações para sustentar alegações processuais, garantindo, mesmo nesses casos, que tais informações sejam limitadas ao conhecimento dos interessados apenas.**

O argumento que contraria o belo discurso de proteção à intimidade resulta dos problemas contemporâneos enfrentados por autoridades fiscais, judiciárias e administrativas na identificação e

posterior punição de práticas criminosas. Utilizando as palavras de Carlos Henrique Abrão (In QUIROGA, 1999, p. 22):

“Com isso queremos significar que o nascimento quase místico do sigilo bancário experimenta, na modernidade, uma complexa inversão e muitas vezes a posição refratária ditada pela proteção da própria intimidade enseja fraudes e delitos que lesam a imagem do Estado, fragmentando a diligência sobre a finalidade investigatória na apuração do ilícito.”

O direito garantido a todas as pessoas que venham a praticar operações financeiras de qualquer natureza não pode representar um empecilho ao cumprimento de outras obrigações existentes no ordenamento jurídico, sejam elas de natureza criminal, previdenciária ou fiscal, principalmente. Assim, a quebra do sigilo bancário não configura uma das grandes injustiças, pelo contrário, a previsão e possibilidade de ressarcir os prejudicados por impertinentes devassas em suas contas bancárias é que garantirá a verdadeira aplicação e o respeito à intimidade.

Portanto, deve-se ponderar, inicialmente, que a quebra de sigilo representa ato ilícito que deverá ocorrer com certa frequência em países cujas manifestações financeiras encobertas por tal direito acabam deixando de ser punidas.

8.10. QUESTÕES

1. (Magistratura de Minas Gerais – Concurso de 2009) Nas ações referentes a contratos bancários, é **CORRETA a afirmação:**

(A) O Juiz pode e deve, por se tratar de matéria de ordem pública, apreciar, de ofício, toda a matéria referente à regularidade do contrato.

(B) É vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

(C) O Juiz só está autorizado a examinar, de ofício, questões relativas às condições da ação.

(D) O Juiz deve aplicar, analogicamente, as disposições pertinentes às relações de consumo.

2. (MPF – Concurso 24.º) Sobre a tutela constitucional do sigilo, é correto afirmar que:

(A) é inaproveitável prova obtida por meio da quebra de sigilo bancário e fiscal decretada por juiz que, supervenientemente, revela-se incompetente em vista do envolvimento de pessoa detentora de prerrogativa de foro.

(B) é constitucionalmente ilegítima a decisão judicial, emanada por autoridade competente, determinando o compartilhamento de registros bancários entre diversos órgãos de investigação.

(C) a atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil pode, administrativamente, alcançar dados bancários dos correntistas.

(D) as informações obtidas em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para fins criminais, podem ser usadas em procedimento administrativo disciplinar.

3. (Procurador do Banco Central – Concurso de 2009) Quanto às regras jurídicas que norteiam o SFN, sua fiscalização, bem como o papel e a atividade de suas instituições, assinale a opção correta.

(A) Pessoa física que exerça, eventualmente, captação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda estrangeira, está equiparada legalmente a instituição financeira.

(B) O BACEN pode comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional com a finalidade de suprir déficits fiscais do governo.

(C) O Banco do Brasil não está obrigado a submeter à aprovação do Conselho Monetário Nacional seus programas de recursos e aplicações, de forma que se ajustem à política de crédito do governo federal.

(D) Nos processos administrativos punitivos, instaurados pela área de fiscalização do BACEN, compete ao diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro dessa instituição, ouvida a Procuradoria-Geral, decidir sobre a aplicação das penalidades.

(E) A Procuradoria-Geral do BACEN compete, a partir de denúncia, instaurar processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de diretor da instituição.

Gabarito: *Encontra-se no final do livro.*



DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

Sumário: 9.1. Noções jurídicas e econômicas sobre desenvolvimento: 9.1.1. Desenvolvimento e crescimento; 9.1.2. Desenvolvimento e Direito; 9.1.3. Direito ao desenvolvimento e Direito do desenvolvimento; 9.1.4. Desenvolvimento e Direito Regulamentar – 9.2. Política econômica e desenvolvimento – 9.3. Ética e desenvolvimento – 9.4. Educação e desenvolvimento.

9.1. NOÇÕES JURÍDICAS E ECONÔMICAS SOBRE DESENVOLVIMENTO

A atividade econômica devidamente organizada gera o desenvolvimento, pois cumpre a sua finalidade de satisfação de necessidades. Em outras palavras, **a atividade econômica eficiente tem por finalidade desencadear o desenvolvimento**. Dessa maneira, o desenvolvimento representa o sucesso na organização da produção e na satisfação de necessidades. A noção de desenvolvimento indica a mudança do estado estrutural de algo que se torna mais útil, justo e equilibrado. **O desenvolvimento econômico provoca uma melhora do nível e da qualidade de vida das pessoas, o que significa que a satisfação de necessidades tornou-se maior**. Para exemplificar, pode-se tomar por base a forma de produção extrativista e a forma de produção industrial; diante de tal mudança na produção de bens, a maior eficiência da produção industrial gerou uma satisfação das necessidades humanas de forma considerável, de modo que a população envolvida suportou os benefícios decorrentes de tal estado de desenvolvimento.

É dispensável a explicação sobre as consequências sociais da atividade econômica, uma vez que os bens necessários para a sobrevivência – em razão da menor escassez – proporcionarão o desenvolvimento econômico. A aplicação maior da **capacidade produtiva**, por exemplo, contribuirá para a criação de empregos e, como consequência, o **pagamento de salários e o aumento do consumo de bens**. Assim, a atividade econômica em pleno funcionamento desenvolverá determinada comunidade que dela aproveitará. Como bem pondera Calixto Salomão Filho (2002, p. 32):

“O desenvolvimento antes que um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado, é um processo de autoconhecimento da sociedade. Nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias preferências. Portanto, dar

privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores preestabelecidos. Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e autodefinição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social.”

A constatação da existência de desenvolvimento econômico deve ser uma consideração de análise macroeconômica, pois toda a sociedade deve participar dos efeitos da atividade produtiva. Geralmente, os indicadores levados em consideração para a atribuição do grau de desenvolvimento dos países são os seguintes:

- Distribuição desproporcional da renda;
- Mão de obra desqualificada;
- Altas taxas de mortalidade e de natalidade;
- Baixa renda per capita;
- Produção com baixa tecnologia envolvida;
- Altas taxas de violência urbana;
- Intermediação financeira concentrada nas mãos de instituições financeiras bancárias;
- Mercado de capital pouco desenvolvido.

Assim, um conjunto de fatores e dados é analisado para a verificação do nível de desenvolvimento de determinada comunidade. É claro que, a análise é realizada pela comparação com outras comunidades cujo grau de desenvolvimento é considerado mais elevado. Conclui-se, pois, que **mesmo que um país mantenha os seus índices de desenvolvimento, se os outros países se desenvolverem mais, ocorrerá, obviamente, um distanciamento entre ambos que ocasionará como consequência, o agravamento da situação dos menos desenvolvidos. A própria qualificação de comunidade subdesenvolvida resulta da análise comparativa.** A ordem

econômica constitucional, no caso o art. 3.º, demonstra de forma cristalina a preocupação do Estado brasileiro com o desenvolvimento nacional quando descreve os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são:

- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- garantir o desenvolvimento nacional;
- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

9.1.1. Desenvolvimento e crescimento

Verificar o grau de desenvolvimento de um país significa abarcar uma série de condições, que, somadas, proporcionarão um nível de vida suficiente e equilibrado para toda a sua população. As variações de padrão de vida devem ser as menores possíveis, de modo que o desenvolvimento seja compartilhado da forma mais equilibrada possível. **Nos países subdesenvolvidos, muitas vezes, o padrão de vida atingido por alguns corresponde ao mesmo padrão atingido pelas mais altas classes dos países desenvolvidos, entretanto, por poucos, enquanto a maioria da população vive em condições extremamente piores.**

O importante é que, para a compreensão do que se denomina desenvolvimento, uma quantidade de dados, condições, estatísticas deve ser levada em consideração. Como observa Fábio Nusdeo (1997, p. 400):

“O desenvolvimento envolve uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade do país em questão. Mesmo quando tais mudanças são quantitativamente expressivas, elas traem ou revelam uma massa

substancial de alterações de natureza qualitativa, inclusive de ordem psicológica e cultural.”

O crescimento não deve ser confundido com desenvolvimento, pois o crescimento não proporciona uma mudança estrutural na forma de produção ou na satisfação das necessidades humanas, mas apenas uma melhora quantitativa em alguns índices predeterminados. Como mais uma vez bem pondera Fábio Nusdeo (1997, p. 400):

“Daí surge a diferença entre desenvolvimento e crescimento. Este último seria apenas o crescimento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda. E isso por duas razões alternativas: ou porque tal transformação estrutural já se verificou no país, portanto, já se desenvolveu ou então o crescimento é apenas transitório e não se autossustentará, justamente por não conseguir alterar a estrutura.”

O crescimento muitas vezes é momentâneo, o que caracteriza um certo ciclo econômico de crescimento, ou seja, inicia-se por um motivo geralmente externo, evolui até um alcançar o pico e cai novamente. No Brasil, os conhecidos ciclos do café, açúcar e da soja são exemplos de momentos que representaram um período de crescimento, mas que não se sustentaram para proporcionar o desenvolvimento econômico do país. Importante a síntese de Paulo César Milone (In Pinho e Vasconcellos, 1992, p. 470), que explica:

“Assim, por crescimento econômico entende-se o aumento contínuo ao longo do tempo do produto nacional em termos globais ou *per capita*. Este critério implica também uma maior eficiência do sistema produtivo. E, por desenvolvimento econômico entendem-se, além das mudanças de caráter quantitativo do nível do produto nacional, as modificações que alteram a composição do produto e a alocação dos recursos pelos diferentes setores da economia.”

É bom lembrar que a Constituição de 1988 atribui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento nacional, que deve ser garantido. O

crescimento representa apenas a primeira fase do *iter* do desenvolvimento.

As expressões “desenvolvimento” e “crescimento” geralmente são utilizadas como sinônimas, ou seja, por qualquer uma delas as políticas econômicas podem ser satisfatoriamente aplicadas. Quando os efeitos são mais duradouros, adjetiva-se o crescimento ou o crescimento seguido da expressão “sustentável”. Os padrões para o desenvolvimento, fase posterior de crescimento, dependem de algumas condições proporcionadas diretamente na economia, mas, sobretudo, por uma reforma estrutural e procedimental na aplicação dos recursos públicos. Enfim, a possibilidade de crescimento e posterior desenvolvimento deve ser considerada, atentando-se para o seguinte:

- situação das rodovias, ferrovias, aerovias e possibilidades de transporte fluvial;
- riscos de falta de energia;
- investimentos em educação de qualidade;
- dilapidação dos recursos hídricos ou das florestas;
- situação da rede hospitalar;
- lotação dos presídios;
- corte de despesas e desperdício;
- déficit da previdência pública;
- burocracia e lentidão do Poder Judiciário;
- agências reguladoras desprofissionalizadas;
- quantidade de crianças fora da escola;
- aumento dos índices de criminalidade.

Os problemas decorrentes dos índices e critérios anteriormente discriminados é que apontarão para o

desenvolvimento econômico e conseqüentemente para a justiça social e dignidade humana. A ligação íntima que existe entre desenvolvimento e o padrão de vida das pessoas é que declara o estágio de desenvolvimento. É aqui que os objetivos da ordem econômica se confundem com a ordem social, pois o desenvolvimento é medido por ambos.

9.1.2. Desenvolvimento e Direito

A relação óbvia e direta entre economia e desenvolvimento não é similar a relação entre o Direito e desenvolvimento. A diferença concentra-se nos interesses tutelados. A economia, por intermédio da criação de modelos econômicos, pode configurar um estado de desenvolvimento em alguns anos. Tal atividade considerará certos fatores economicamente consistentes, mas com frequência desconsiderará alguns aspectos ou conseqüências sociais importantes tuteladas pelo Direito.

A relação do Direito com o desenvolvimento é distinta da econômica, pois novas condições serão analisadas, principalmente as sociais, ou seja, o Direito só reconhece a existência do desenvolvimento se tais condições sociais forem melhores, independentemente dos efeitos meramente econômicos proporcionados. **Mais uma vez, exemplificando: quando encontramos como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano, está o legislador atribuindo como índice de medição do grau de desenvolvimento as condições do trabalho humano. Esta é uma relação entre direito e desenvolvimento, pois, economicamente raciocinando, nem sempre a valorização do trabalho humano proporcionará maior desenvolvimento.**

Diante do exposto no parágrafo anterior, constatou-se que a atribuição do grau de desenvolvimento dependerá das condições consideradas. Pode-se dizer que se a quantidade de estresse das pessoas for levada em consideração para verificar o nível de desenvolvimento, com certeza acontecerá uma grande reviravolta

nos modelos hoje considerados desenvolvidos. Atualmente, as condições que devem servir de parâmetros para a medição dos níveis de desenvolvimento devem ser as mais amplas possíveis, como, por exemplo: a dieta alimentar, a disposição para a guerra, o nível de inclusão social, o tratamento dados aos estrangeiros, a cultura popular, o grau de solidariedade, o nível de felicidade das pessoas, entre outros.

9.1.3. Direito ao desenvolvimento e Direito do desenvolvimento

O direito ao desenvolvimento implica a participação das pessoas, dos países, das comunidades nos resultados advindos da melhor forma de produção, embora as condições que atestam o desenvolvimento possam ser escolhidas arbitrariamente, como já observado. O direito ao desenvolvimento representa o acesso à vida melhor em todos os seus aspectos.

O direito do desenvolvimento transparece nas normas jurídicas cujo objetivo é proporcionar o desenvolvimento, principalmente como nortes de políticas públicas a serem desenvolvidas, que compõem, dessa forma, o Direito Econômico. Na verdade, o direito ao desenvolvimento é uma garantia, enquanto o Direito do desenvolvimento deve funcionar como um instrumento jurídico e econômico.

9.1.4. Desenvolvimento e Direito Regulamentar

A busca do desenvolvimento deve ser instrumentalizada mediante todas as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, seja por meio da prestação do serviço público, do exercício do poder de polícia, da exploração direta da atividade econômica ou mediante a regulação de determinados mercados.

No caso específico do direito regulamentar, ou seja, a participação indireta do Estado em determinados mercados, o que se faz mediante a autorização, fiscalização e normatização das práticas dos agentes econômicos, a finalidade dos órgãos de regulação em suas decisões

administrativas é de alcançar o desenvolvimento econômico.

9.2. POLÍTICA ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento, como previsto constitucionalmente, é um dos objetivos do Estado, o que lhe acarreta a necessidade de estabelecer medidas econômicas suficientes para alcançá-lo. Dessa forma, o desenvolvimento é atingido por medidas de política econômica. Quase sempre, escuta-se a expressão “política fiscal” como um dos limitadores do desenvolvimento das empresas nacionais, ou que a política externa brasileira não beneficia as exportações de bens industrializados. O que seriam essas “políticas”?

A ordem econômica funciona como um plano de fixação de objetivos para proporcionar o melhor nível de vida possível às pessoas. **A política econômica é o plano efetivo de ação que pode constar ou não em uma norma de natureza constitucional, mas que será criada nos limites dos objetivos determinados constitucionalmente.** Nas palavras de Modesto Carvalhosa (1972, p. 71):

“Em consequência, utiliza o Estado de todos os meios normativos, administrativos e operacionais para obter o pleno aproveitamento de todos os fatores econômicos e não econômicos (recursos naturais, humanos e capitais), através de uma política de desenvolvimento regional e setorial que propicie o aumento do nível geral da produção e sua racional partição, no espaço, por toda a área política do Estado.”

As medidas de política econômica representam a forma de implementação pragmática dos instrumentos econômicos para se alcançar os resultados dispostos juridicamente na ordem econômica de uma Constituição. Nesse sentido, a política econômica vai representar a forma de atuação do Estado, pois os resultados e os instrumentos já estão determinados. A competência do que governa deve ser auferida justamente na verificação da implementação de políticas. É claro que a maneira de realizá-la será distinta de executor para executor, daí as rotineiras críticas de natureza econômica que são realizadas sobre as “políticas” de natureza fiscal, trabalhista, sindical, internacional etc.

Uma das preocupações econômicas é com a eficiência da utilização dos fatores de produção para que a economia cresça e se sustente ao ponto de desenvolver as condições de vida de determinada comunidade. É claro que os benefícios do desenvolvimento econômico são conhecidos, mas será que existe uma maneira mais fácil de estimular o desenvolvimento? Como isso seria possível? De quem é a função de desenvolver? Do Estado? Enfim, as consequências do desenvolvimento e os problemas do subdesenvolvimento são facilmente apontados, mas fazer com que um país migre de um estado para o outro é atividade de complexidade considerável.

Como bem disserta Gilberto Bercovici (2005, p. 52), baseado nas ideias de Celso Furtado:

“O desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização europeia. O subdesenvolvimento é uma condição específica da periferia, não uma etapa necessária do processo de ‘evolução’ natural da economia.”

O que o Estado deve fazer é funcionar como o grande propulsor da atividade econômica, poucas vezes realizando-a diretamente, em maior quantidade, concedendo a exploração a outros e regulando-a indiretamente, e em todos os demais casos, fiscalizando as práticas que porventura possam ser incompatíveis com o processo econômico para o desenvolvimento.

O Estado deve funcionar como um estimulador, planejador, coordenador e condutor do desenvolvimento econômico. A política econômica tem por missão balizar as reformas estruturais para desencadear o desenvolvimento econômico pretendido.

9.3. ÉTICA E DESENVOLVIMENTO

A prática econômica, como já sugerido nesta obra, para alcançar o seu objetivo (satisfação de necessidades), muitas vezes desconsidera a correção dos atos para a obtenção de uma maior eficiência de produção. Melhor explicando, a preocupação principal do empreendedor é com a produção. Entretanto, as formas mais eficientes de realizá-la envolvem condutas que ocasionam efeitos sobre outros aspectos da vida humana. **De forma objetiva, basta pensar que se o Brasil colocasse a Floresta Amazônica abaixo, tal fato geraria uma produção econômica fenomenal de madeira, por exemplo, e o país passaria por uma fase de exorbitante crescimento, pois o raciocínio econômico foi realizado de forma pura, ou seja, produzir o máximo possível e ao menor custo para satisfazer as necessidades humanas daquele produto.**

O controle ético aparece quando se questiona os efeitos sociais, ambientais, laborais e tecnológicos decorrentes da produção econômica. É bom ressaltar que muitas vezes deixa-se de computar o custo social na conta do "desenvolvimento econômico". Como esclarece Amartya Sen (2005, p. 23):

"a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética."

É claro que o desenvolvimento econômico, na visão defendida neste trabalho, não advém apenas do aumento da produção, ou da criação de tecnologia, mas, sobretudo, da contribuição que tais alterações, de fato, ocasionam na vida das pessoas, de forma a privilegiar as questões formuladas sobre a efetiva participação popular na distribuição dos benefícios decorrentes da atividade econômica. Assim, um país que embora seja um dos grandes produtores de petróleo no mundo, mas que faz com que a riqueza produzida fique concentrada nas mãos de uma pequena parcela das pessoas, não será nunca um país desenvolvido.

A questão ética na produção capitalista ainda não assumiu o seu significado de natureza cultural, ou seja, não é mais nem menos culto o empreendedor que cria limites para cumprir a produção econômica correta, seja em razão da sua própria e ultrapassada condição de atribuir o mercado como um centro lúdico, ou da própria indagação do que é produção econômica correta. De certa forma, Celso Furtado (1984, p. 30-31) desenvolveu esse raciocínio, embora sob o enfoque das interferências externas nas épocas de crise, quando ensinou:

“Cumpre-nos pensar em desenvolvimento a partir de uma visualização dos fins substantivos que desejamos alcançar, e não da lógica dos meios que nos é imposta do exterior. A superação do impasse estrutural que está no fundo de nossa crise somente será lograda se o desenvolvimento futuro conduzir a uma crescente homogeneização de nossa sociedade e abrir espaço à realização das potencialidades de nossa cultura. (...) Em um país como o nosso, em que os que detêm o poder parecem obsessos pela mais estrita lógica economicista ditada pelos interesses de grupos privilegiados e empresas transnacionais, falar de desenvolvimento como reencontro com o gênio criativo de nossa cultura e como realização das potencialidades humanas pode parecer simples fuga da utopia. Mas o que é a utopia senão o fruto da percepção de dimensões secretas da realidade, um afloramento de energias contidas que antecipa a ampliação do horizonte de possibilidades abertas ao homem? Esta ação de vanguarda constitui uma das tarefas mais nobres a serem cumpridas pelos intelectuais nas épocas de crise. Cabe-lhes aprofundar a percepção da realidade social para evitar que se alastrem as manchas de irracionalidade que alimentam o aventureirismo político; cabe-lhes projetar luz sobre os desvãos da história, onde se ocultam os crimes cometidos pelos que abusam do poder; cabe-lhes auscultar e traduzir as ansiedades e aspirações das forças sociais ainda sem meios próprios de expressão.”

A ordem econômica determina os limites éticos de produção econômica, que deixam, portanto, de ser éticos para se tornarem legais, quando equilibra o princípio da livre-iniciativa com o princípio de defesa do meio ambiente ou da proteção do consumidor. **Os fundamentos e princípios constitucionais da ordem**

econômica funcionam como limites da produção, o que permite ao empreendedor explorar quaisquer atividades livremente, mas ciente dos limites de proteção a alguns valores circunscritos como substanciais para a vida digna. O aumento da produção de um bem não é suficiente para justificar o abalo a outras condições que melhor servem ao ser humano.

Conclui-se, pois, que a ordem econômica deve delimitar a forma correta de produção, não sob o aspecto técnico, é claro, mas sob o aspecto ético. A competição acirrada contribui para o desapego a algumas condições de produção e comércio. É comum a leitura de textos que mencionam dois países como "adversários econômicos", ou que tratam de "batalhas comerciais". A função do direito é justamente impor juízos a esses "adversários" e regradar essas "batalhas".

9.4. EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

Um dos marcadores utilizados para a medição do nível de desenvolvimento de determinado país é o grau de investimento na educação e também do nível alcançado de educação das pessoas. Portanto, é reconhecido que o desenvolvimento repercute no grau de educação e que a educação é determinante para caracterizar o nível de desenvolvimento, **pois um dos objetivos do Estado é de justamente proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, o que a torna preparada para o pleno exercício da cidadania e qualificada para o trabalho (Constituição Federal, art. 205).**

A busca da eficiência, do maior grau de tecnologia, bem como de uma forma geral do próprio sucesso econômico, está vinculado à participação do Estado no oferecimento do ensino de qualidade que habilitará as pessoas ao exercício concreto do ideal democrático.

Bibliografia (Obras Consultadas)

ABRÃO, Carlos Henrique

1999 Sigilo bancário e as CPIs, o Ministério Público, a Receita Federal e o Judiciário (In Mosquera, 1999, p. 19/43). São Paulo: Dialética, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren

2006 Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira

1992 Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias, 2ª ed. Coimbra Editora, 1992.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (org.)

2004 Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AREEDA, Philip e Kaplow, Louis

1988 Antitrust Analysis – Problems, Text, Cases. 4ª ed. Boston – Toronto: Little, Brown & Company Limited, 1988 (não consta o ano da primeira edição).

BAGNOLI, Vicente

2005 Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Singular, 2005.

2005 Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2005.

BALDAN, Édson Luís

2005 Fundamento do Direito Penal Econômico. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio

1980 Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo

1981 A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 42. São Paulo: RT, abril/junho de 1981.

BASTOS, Celso Ribeiro e SILVA MARTINS, Ives Gandra

1989 Comentários à Constituição do Brasil, vol 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

1990 Comentários à Constituição do Brasil, vol 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

BERCOVICI, Gilberto

2005 Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

2011 Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais. São Paulo: Quatier Latin, 2011.

BONAVIDES, Paulo

1993 Do Estado Liberal ao Estado Social. 5ª ed. Belo Horizonte: Del REY, 1993.

BORBA, José Edwaldo Tavares

1986 Direito Societário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.l.

BRUNA, Sérgio Varella

1997 O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: RT, 1997.

BULGARELLI, Waldirio

1975 As Concentrações de Empresas e Direito Antitruste, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

CABANELLAS, Guillermo de Las Cuevas

1983 Derecho Antimonopolico y de Defensa de La Competência. Buenos Aires: Heliasta, 1983.

CARVALHO, Nuno T. P.

1995 As concentrações de empresas no direito antitruste. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CARVALHOSA, Modesto

1967 Poder econômico e Fenomenologia, seu Disciplinamento Jurídico. São Paulo: RT. 1967.

1972 A ordem econômica na constituição de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COSTA, Regina Helena

2009 Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA JR., José

1995 Comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder

1965 O indispensável direito econômico. RT n. 353. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 353, p. 14/26, mar. 1965.

1977 Direito Econômico. Enciclopédia Saraiva do Direito n. 27. São Paulo: Saraiva, p. 1/12, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa

1992 Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 1992.

1994 O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

1995 Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995.

1995b A Análise Econômica do Direito, Revista de Pós-Graduação em Direito da PUC, nº 2. São Paulb: Max Limonad, 1995.

1998 Curso de Direito Comercial – Vol.1. 11ª ed. São Paulb: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella

1990 Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulb: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro

1996a A Concentração do Poder Econômico e a função preventiva do CADE, artigo publicado na Revista do IBRAC. São Paulb, vol 4, nº 1, janeiro de 1996.

1996b A Concentração do Poder Econômico – Aspectos Jurídicos do art. 54 da lei n. 8.884/94 – artigo publicado na Revista do IBRAC, volume 3, nº 8, São Paulb, agosto de 1996.

FARIA, Werter R.

1990 Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

1992 Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

FERRARA, Francesco

1963 Interpretação e Aplicação das Leis. 4ª ed Coimbra: Arménio Amado Editor, 1987.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio

1995a Da abusividade do Poder Econômico, artigo publicado na Revista de Direito Econômico editada pelo CADE, nº 21, outubro/dezembro de 1995.

1995b O conceito jurídico de oligopólio e a legislação de abuso do poder econômico, Revista de Pós-Graduação em Direito da PUC, nº 2. São Paulb: Max Limonad, 1995.

1996 Concentração Econômica e a Resolução nº 1 do CADE. Revista do IBRAC, volume 3 número 1 – janeiro 1996. São Paulo: IBRAC, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da

1995 Direito Econômico. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo

1985 Poder econômico: exercício e abuso. São Paulo: RT, 1985.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e PEREIRA, Edgard Antonio

1996 As eficiências econômicas sobo prisma jurídico, artigo publicado na Revista de Direito Econômico editada pelo CADE, abril/junho de 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga

1996 Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRONTINI, Paulo Salvador

1994 Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica – notas sobre a nova lei antitruste, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, RT, nº 96, outubro-dezembro de 1994.

FURLAN, Anderson e FRACALOSSI, William

2010 Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FURTADO, Celso

1984 Cultura e Desenvolvimento em época de crise. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GALVES, Carlos

1967 Manual de Economia Política. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GOMES, Fábio Bellote

2011 Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto

1990 A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

2002 As agências, essas repartições públicas. (In Salomão Filho, 2002, p. 25/28). São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIFFI, Antonio Patroni e SABAT, Franco di

1992 La Legge Antitrust Materiali. Quaderni della Rivista de Diritto Dell'Impersa. Edizione Cinetifiche Italiane, Napoli, 1992.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares

1987 Formas de Abuso do Poder Econômico, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 66, abril/junho de 1997. São Paulo: RT, 1987.

HOVENKAMP, Herbert

1994 Federal Anitrust Policy – The Law of competition and its practice. West Publisching Co., St. Paul. Minn, 1994.

KON, Anita

1994 Economia Industrial. São Paulo: Nobel, 1994.

KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin

2007 Introdução à economia. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz

1992 A Lei das S/A, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MAGALHÃES, José Carlos de

2005 Direito Econômico Internacional. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

MALARD, Neide Terezinha

1994 Integração de empresas: cocentração, eficiência e controle – artigo publicado na Revista do IBRAC, volume 1, nº 4, São Paulo, novembro de 1994.

1995 O Cartel, Revista de Direito Econômico, editada pelo CADE nº 21 – outubro-dezembro de 1995.

MAXIMILIANO, Carlos

1924 Hermenêutica e aplicação do direito. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes

2002 Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de

2006 Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. Revista do Advogado n. 89 (15 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor). São Paulo: Revista do Advogado (AASP), p. 12/19, dez. 2006.

MOSQUERA, Roberto Quiroga

1999 Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais (coordenador). São Paulo: Dialética, 1999.

NORONHA, Durval de

1996 Gatt, Mercosul e Nafta. 2º ed. São Paulo: Observador Legal Editora, sem data da 1ª ed., 1996.

NUSDEO, Fábio

1977 Economia. Enciclopédia Saraiva do Direito n. 29. São Paulo: Saraiva, p. 522/530, 1977.

1995 Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico. São Paulo: RT, 1995.

1997 Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PAUPERIO, A. Machado

1955 O Conceito Polêmico de Soberania. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEREIRA, Affonso Insuela

1974 O direito econômico na ordem jurídica. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

PERLINGIERI, Pietro

2002 Perfis Do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, sem data da 1ª ed, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo

2005 Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Juliano Lima

2001 Mercado de Capitais: fundamentos e técnicas. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHO, Diva Benevides (org.) e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (org)

1992 Manual de Economia (Equipe de professores da USP). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PODVAL, Roberto. (org.)

2001 Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: RT, 2001.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves

2011 Direito Internacional Público e Privado, Salvador: JusPODIVM, 2011.

POSSAS, Mario Luiz

1984 Estruturas de mercado em Oligopólio. 2ª ed. São Paulb: Hucitec, 1990.

1996 Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência, artigo publicado na Revista do IBRAC, São Paulo vol. 03, nº 5,

maio de 1996.

REALE, Miguel

1973 Lições Preliminares de Direito. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

1985 Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais, artigo publicado no livro: Poder Econômico: exercício e abuso, RT, São Paulo, 1985.

REICH, Norbert

1985 Mercado y Derecho: teoría y praxis del derecho económico en la Republica Federal Alemana. Barcelona: Ariel, 1985.

REQUIÃO, Rubens

1995 Curso de Direito Comercial, 2º vol., São Paulo; Saraiva, 1995.

REZEK, Francisco

2007 Direito Internacional Público, 10ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, José Del Chiaro e Schuartz, Luiz Fernando

1995 Mercado relevante e defesa da concorrência, artigo publicado n Revista de Direito Econômico editada pelo CADE, outubro/dezembro de 1995.

ROSSETTI, José Pachcoal

1969 Introdução à Economia. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1990.

SABBAG, Eduardo

2009 Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALGADO, Lúcia Helena

1997 Aspectos econômicos de atos de concentração. Artigo publicado na Revista no IRAC, São Paulo: vol. 4, nº 1 – janeiro de 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto

1998 Direito Concorrencial – As estruturas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

2001 Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros, 2001.

2002 Regulação e Desenvolvimento. Coordenador. São Paulo: Malheiros, 2002.

2003 Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTANA, Carlos Alberto Caboz

1993 O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência. Lisboa: Edições Cosmos, Livraria arco-íris, 1993.

SANTOS, Milton

2000 Por uma outra globalização. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando

1994 Poder Econômico e Abuso do Poder Econômico no Direito de Defesa da Concorrência Brasileiro. Revista dos tribunais, Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 94, São Paulo, abril/junho 1994.

SEN, Amartya

2005 Sobre Ética e Economia. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia da Letras, 2005.

SERENS, M. Nogueira e MAIA, Pedro

1994 Legislação Comunitária e Nacional de Defesas da Concorrência. Coimbra: Almedina, 1994.

SHIEBER, Benjamin M.

1966 Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência no Brasil e Estados Unidos. São Paulo: RT, 1996.

SILVA, José Afonso da

1976 Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: RT, 1991.

1994 Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Washington Peluso Albino de

1977 Direito Econômico do Planejamento. Enciclopédia Saraiva do Direito n. 27. São Paulo: Saraiva, p. 15/72, 1977.

1994 Primeiras linhas de direito econômico. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1994, sem data. da primeira edição.

STEPHEN, Frank H.

1993 Teoria Econômica do Direito. São Paulo: Makron Books, 1993.

STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E.

2003/1 Introdução à microeconomia. Tradução da 3ª ed. original (americana). Rio de Janeiro: Campus, 2003.

2003/2 Introdução à macroeconomia. Tradução da 3ª ed. original (americana). Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STRENGER, Irineu

1996 Direito do Comércio Internacional e *Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

SZTAJN, Rachel

2004 Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos

2003 Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2003.

TOURAINÉ, Alain

1999 Como sair do liberalismo? Lisboa: Terramar, 1999.

TURCZYN, Sidnei

2005 O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária. São Paulo: RT, 2005.

VARELLA BRUNA, Sérgio

1997 O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício. São Paulo: RT, 1997.

VAZ, Isabel

1992 Direito Econômico das Propriedades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

1993 Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto

1968 A Intervenção do Estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo

1977 Teoria geral do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.



Gabarito

I. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO ECONÔMICO

1 – D	2 – A	3 – A
4 – D	5 – C	6 – D
7 – B	8 – A	9 – A
10 – E		

II. ORDEM ECONÔMICA: PRINCÍPIOS

1 – C	2 – B	3 – B
4 – E	5 – E	6 – C
7 – E	8 – B	9 – D
10 – B	11 – Correto	

III. ORDEM ECONÔMICA: ATUAÇÃO (INTERVENÇÃO) DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

1 – E	2 – E	3 – 3.1. Correto; 3.2. Errado
4 – D	5 – A	6 – 6.1. Errado; 6.2. Correto
7 – A	8 – D	9 – A
10 – B	11 – C	

IV. DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1 – E	2 – D	3 – B
4 – B	5 – D	6 – B
7 – D	8 – C	9 – B

V. LAW & ECONOMICS: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Parâmetros para a resposta: o candidato, após identificar que o Direito representa um custo para a produção econômica, no que diz respeito apenas à aplicação do raciocínio econômico, que visa a eficiência e não a segurança nas relações sociais, deverá analisar de forma específica a atuação do Ministério Público sobre os seus limites e possibilidades no exercício de sua atividade institucional. Como a atuação resolutiva do Ministério Público não envolve necessariamente o Poder Judiciário, na medida em que institucionalmente o próprio Ministério Público é suficiente para pôr fim as pendências jurídicas, tal condição parece ser mais eficiente. Por outro lado, o chamado Ministério Público demandista, no qual o comprometimento do Poder Judiciário é de rigor, pois a resolução dos conflitos de interesses necessariamente lá deve ser terminada. Por fim, a resposta merece um posicionamento crítico do candidato que deve fundamentar na impossibilidade, em alguns casos, da resolução ser diretamente encerrada pelo Ministério Público, de forma que a aplicação da análise econômica do Direito merece condicionamentos frequentes, uma vez que pode comprometer o exercício de direitos, mas a criação de instrumentos legais para o funcionamento do Ministério Público resolutivo, como, por exemplo: o inquérito civil, os procedimentos administrativos em geral, os termos de ajustamento de condutas são legítimos para que se alcance a pretendida eficiência na resolução de conflitos.

VI. DIREITO PENAL ECONÔMICO

1 – A	2 – C	3 – E
4 – C	5 – A	6 – A
7 – A	8 – A	9 – E
10 – C	11 – B	12 – B
13 – A		

**VII. ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E AS RELAÇÕES
ECONÔMICAS INTERNACIONAIS (COMÉRCIO INTERNACIONAL)**

1 - A	2 - C	3 - D
4 - E	5 - C	6 - C

VIII. DIREITO ECONÔMICO E ATIVIDADE FINANCEIRA

1 – B	2 – C	3 – A
-------	-------	-------