



NATAN BATISTA

Direito
Econômico I

Legislação e Teoria



Sumário:

Capítulo 1 – Introdução ao Direito Econômico	Página 1
1. Monarquia Absolutista	Página 1
2. Estado Liberal	Página 2
3. Estado Intervencionista (Social)	Página 12
4. Estado Regulador	Página 16
Capítulo 2 – Teoria Geral do Direito Econômico	Página 19
1. Introdução	Página 19
2. Conceito	Página 19
3. Funções do Direito Econômico e da Ordem Econômica	Página 20
4. Fundamentos da Ordem Econômica	Página 23
5. Finalidade da Ordem Econômica	Página 26
6. Princípios Explícitos da Ordem Econômica	Página 27
6.1. Princípio da Soberania Nacional	Página 27
6.2. Princípio da Propriedade Privada	Página 28
6.3. Princípio da Função Social da Propriedade	Página 29
6.4. Princípio da Livre Concorrência	Página 32
6.5. Princípio da Defesa do Consumidor	Página 33
6.6. Princípio da Defesa do Meio Ambiente	Página 34
6.7. Princípio da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais	Página 35
6.8. Princípio da Busca do Pleno Emprego	Página 36
6.9. Princípio do Tratamento Favorecido às Empresas Nacionais de Pequeno Porte	Página 37
7. Outros elementos que merecem destaque	Página 39
7.1. Investimentos Estrangeiros na Economia Brasileira	Página 39
7.2. Promoção e Incentivo ao Turismo	Página 40
Capítulo 3 – Defesa da Concorrência	Página 42
1. Introdução	Página 42
2. Evolução da Defesa da Concorrência	Página 43
3. Sistema Atual de Defesa da Concorrência	Página 45
4. Dos Atos de Concentração	Página 46
5. Repressão a Condutas Anticompetitivas (Desleais)	Página 54
6. Atos de Concentração ≠ Infrações à Ordem Econômica	Página 64
7. Prescrição	Página 64
8. Institutos Benéficos aos Infratores	Página 65
9. Titulares dos Bens Jurídicos Tutelados	Página 71
10. Características do CADE	Página 73

11. Estrutura do CADE	Página 73
11.1. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica	Página 73
11.2. Superintendência-Geral	Página 78
11.3. Procuradoria-Geral Junto ao CADE	Página 82
11.4. Departamento de Estudos Econômicos	Página 83
12. O CADE e o Poder Judiciário	Página 84



Capítulo 1 – Introdução ao Direito Econômico

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo:

O estudo deste ramo jurídico há que partir, necessariamente, de análise dos principais fatos históricos que tiveram repercussão econômica dentro da ordem interna de cada Nação, bem como na ordem externa em escala mundial. Isto porque um dos traços característicos do Direito Econômico é exatamente o concretismo que o leva a disciplinar os fatos socioeconômicos materializados no plano fático.

1. Monarquia Absolutista

Modelo de Estado em que o poder se concentra na mão de um só indivíduo: o rei.

Tal concentração era justificada pela via religiosa, ou seja, a *confirmação divina* de que o rei era o indivíduo escolhido por Deus para exercer tal cargo, bem como esta era a justificativa para a posição em que todos os demais indivíduos se encontravam. Não havia contrariedade quanto a esta situação, visto que este período é marcado pela dominação da Igreja Católica e seus castigos, fato que condicionava os indivíduos a permanecerem direitos.

Neste período, vigorava a máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem*, ou seja, *aquilo que o príncipe pretende tem força de lei para vigorar*. Tal afirmação ficou mais conhecida através das palavras do rei Luís XIV, nomeado *Rei Sol*: *L'État c'est moi*, isto é, *O Estado sou eu*.

O poder concentrado nas mãos do rei o fazia ser, ao mesmo tempo, a autoridade que criava as leis e governava acima delas. Este contexto fez com que inúmeros abusos fossem cometidos contra a população, como, por exemplo, a alta tributação por meio do confisco de produção e propriedade.

A falta de representação e a falta de direitos dos indivíduos fez com que eclodisse no mundo inteiro um movimento denominado *Iluminismo*. Esta foi a corrente filosófica responsável pela Revolução Francesa, movimento gerado pela necessidade de proteger o cidadão contra os abusos do soberano, inspirada pelo lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, sendo o primeiro grande evento responsável pela queda do absolutismo.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo:

Em que pese a distribuição de bens, rendas, riquezas e prestação de serviços fazer parte e estar presente em todos os períodos da história humana, a partir da necessidade de se organizar juridicamente a Nação em torno de funções especializadas, dada ao aumento de complexidade das relações sociais, passou-se a estudar a economia com métodos de

observação científicas. Consequentemente, as normas jurídicas, ainda que de forma incipiente, passaram a regular as novas formas de interação entre os indivíduos e entre estes e os detentores dos fatores de produção.

Devido às marcas da falta de liberdade deixadas por esse modelo de Estado, criou-se um novo modelo:

2. Estado Liberal

Este modelo de Estado, criador dos chamados Direitos de Primeira Geração – voltados para a garantia das liberdades individuais, tinha como objetivo a menor interferência possível do Estado em relação à vida privada dos indivíduos. Por esse motivo, setores ligados ao coletivo e ao social tinham menor atenção.

Laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer – deixai fazer, deixai ir, deixai passar

Esta expressão é a marca do liberalismo econômico, tendo surgido, provavelmente, de uma reunião que Colbert – ministro das finanças francês e criador de um dos modelos de mercantilismo – teria feito com os comerciantes. Ao perguntar: *Que faut-il faire pour vous aider?* (O que é preciso para ajudá-lo?), respondeu-lhe Legendre, um comerciante: *Nous laisser faire* (Nos deixe agir livremente).

Este modelo de Estado tinha como princípios a livre iniciativa e a predominância das vontades individuais, prezando, como dissemos, pela mínima intervenção estatal. O Estado teria somente dois objetivos efetivos: (1) manter a ordem interna; (2) manter a segurança externa.

Adam Smith. Segundo o livro *História da Filosofia de Giovanni Reale e Dario Antiseri*:

Na *Pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações* (1776), Smith sustentara três teses de fundo:

- 1) *Só é produtivo o trabalho manual, que cria bens materiais que têm valor objetivo de troca;*
- 2) *Os cientistas, os políticos, os governantes, os professores, em suma, todos os produtores de bens materiais, quae tangere non possumus, contribuem apenas indiretamente para a formação da riqueza nacional, razão por que a riqueza de uma nação será tanto maior quanto menor for o mundo dos ociosos;*
- 3) *Alcança-se o ápice da sabedoria quando o Estado deixando cada indivíduo livre para alcançar o máximo bem-estar pessoal, assegurar automaticamente o máximo bem-estar a todos os indivíduos.*

Esta é a essência do liberalismo de Smith: “O estudo da vantagem pessoal leva cada indivíduo a preferir a ocupação mais vantajosa também para a coletividade. Sua intenção não é a de contribuir para o interesse geral; ele só está olhando para sua vantagem. Mas, nesse caso, como em muitos outros, ele é conduzido por ‘mão invisível’ para a realização de um objetivo estranho às suas intenções”. Em suma existe “harmonia natural”, “ordem natural”, no sentido de que a consequência não intencional do

egoísmo de cada um é o bem-estar de todos. Com efeito, quando há possibilidade de lucro, os empreendedores se apressam a tirar vantagem disso, produzindo os bens requisitados pelo mercado. De início, somente uns poucos ganharão muito, mas logo outros se apressarão a produzir os mesmos bens e assim, aumentando a oferta, os preços igualarão os custos.

Na teoria, o liberalismo parecia ser um bom modelo. A liberdade dos indivíduos, marcada no texto de Smith, porém, sobrepôs à ideia de *mão invisível*. A não intenção de contribuir com a coletividade, mas, sim, em obter exclusividade lucrativa culminou no aparecimento de graves problemas econômicos, dentre eles os *monopólios*.

Os monopólios se davam quando uma única ou poucas empresas dominavam o mercado de determinado setor econômico, não possibilitando a criação de novas empresas, visto a impossibilidade de concorrer com a grandiosidade das já instaladas.

Este fato leva à liberdade das empresas monopolistas em produzir de acordo com a qualidade e preço que bem entenderem. Esta liberdade fez com que os monopólios fixassem preços abusivos para produtos de ínfima qualidade.

Além desse fato, sendo as únicas empresas de determinados ramos, eram as únicas oportunidades de emprego que existiam. A falta de atuação do Estado na economia, fez com que abusos aos trabalhadores fossem cometidos, sem que houvesse qualquer mecanismo de proteção aos indivíduos lesados.

Monopólios. Citemos alguns dos mais famosos monopólios:

1) *General Eletric (GE)*:

Este monopólio inicia-se com duas disputas. A primeira entre John Pierpont Morgan e John Davison Rockefeller (fundador da *Standart Oil*) em relação à produção de luz. Aquele tinha a pretensão de expandir a iluminação via eletricidade; enquanto este, porém, lutava para a continuidade da iluminação à base de querosene. A segunda entre Thomas Edison (fundador da *Edison General Eletric* – financiada por Morgan) e Nikola Testa (financiado por George Westinghouse). Aquele com a criação da corrente contínua e este com a criação da corrente alternada.

No meio dessas disputas, surge um projeto para a construção de uma usina hidrelétrica nas Cataratas do Niágara (*Niagara Falls Power Project*). Este projeto era ambicioso, pois pretendia estender a iluminação por corrente elétrica para todos os Estados Unidos. Portanto, aquele que possuísse os direitos da produção de energia elétrica nas Cataratas do Niágara comandaria o mercado elétrico.

As empresas de Westinghouse, após sofrerem uma crise devido aos altos custos do financiamento do projeto de Tesla, voltam a se reerguer mediante a compra das patentes referentes aos projetos de corrente alternada. A partir deste ponto, novos investidores passam a injetar dinheiro nessas empresas.

Este fator fez com que Morgan e Edison não conseguissem a vitória no contrato, sendo Westinghouse o vencedor.

Morgan, porém, age sabiamente: ameaça processar Westinghouse pelo uso indevido das patentes de corrente alternada (processo este que custaria milhões às empresas de Westinghouse, culminando em sua falência). Sem alternativa, Westinghouse foi obrigado a transmitir os direitos das patentes da corrente alternada para Morgan.

Com as patentes, Morgan adquire a maioria da empresa de energia elétrica de Edison (*Edison General Electric*), alterando o seu nome para *General Electric Company* e incorporando a ela a corrente alternada.

Com isso, a *General Electric Company* se torna a maior empresa americana, expandindo sua área de atuação para as ferrovias. Além disso, Morgan cria uma estratégia que ficou conhecida como *morganization*. Tal técnica se dava pela compra de empresas menores que lutavam entre si, unindo-as e comandando-as ao crescimento, diminuindo a concorrência.

Foi essa estratégia que priorizou o corte de ineficiências no mercado, bem como o aumento desregulado da produção, fato que levou ao abuso dos trabalhadores – baixos salários e altas horas de trabalho em condições insalubres e desumanas.

2) *Standart Oil*

Antes, convém que falemos acerca da trajetória de Rockefeller, fundador e controlador da *Standart Oil*.

Rockefeller inicia sua vida na extração de petróleo como tentativa de oferecer à população uma alternativa em relação à queima de óleo de baleia para a produção de luz, visto que este método estava se tornando cada vez mais caro. A partir da extração, passa a expandir a utilização do querosene como combustível para a iluminação.

Sua empresa já era a maior do mundo no refino de petróleo quando criou a *Standart Oil*, em 1870.

Devido à grande circulação de petróleo e querosene pelas ferrovias dos Estados Unidos, Rockefeller criou a Companhia de Melhoramento do Sul, ramificação da *Standart Oil*, passando a ter subsídios para o transporte de seus produtos.

Influenciado pelo *morganization* (acima descrito), Rockefeller chegou a comprar, em 1872, no episódio que ficou conhecido como *Conquista/Massacre de Cleveland*, 22 de seus 26 concorrentes, expandindo para 41 posteriormente (no âmbito nacional), formando o monopólio da extração de petróleo. Nesta época, a *Standart Oil Trust* chegou a ser responsável pelo refinamento de 90% do petróleo dos Estados Unidos.

Deparando-se com o crescimento da *General Electric Company* e tendo que se contentar com o fim da iluminação por meio do querosene, Rockefeller foi obrigado a se mover.

Uma substância que até então era descartada, visto a sua alta volatilidade, passou a ser produzida em maior quantidade e utilizada: a *gasolina*.

Criou-se o motor à combustão, sendo este implementado nas indústrias Rockefeller, aumentando ainda mais seu poder de mercado e, conseqüentemente, a força do monopólio, ultrapassando o valor da *General Electric Company*, tornando-se a empresa de maior valor de sua época.

Queda dos monopólios e do Estado Liberal. Devido aos abusos e impossibilidade da continuidade do mercado como se encontrava, começaram a eclodir revoltas pedindo a normatização da economia, criando-se dispositivos para dificultar a formação de trustes (antitrustes) para que não houvesse mais monopólios.

Os até então rivais de mercado (Rockefeller, Morgan e Carnegie – dono do império do aço nos Estados Unidos, *Carnegie Steel Company*) passam a trabalhar juntos contra a implementação das leis antitruste. Para isso, subornam políticos e membros da Casa Branca.

Estas normas chegam ao seu ápice com o denominado *Sherman Act* (1890). Esta lei tinha como objetivo (1) garantir a concorrência, (2) combater o abuso dos preços, (3) evitar a exploração de trabalhadores e (4) preservar o consumidor.

Como exemplo dessas leis, em 1911 o tribunal dos Estados Unidos desfez a *Standard Oil*, dividindo-a em 34 novas empresas, dentre elas a *Exxon*, *Chevron*, *Atlantic*, *Mobil* e *Amoco*.

Inicia-se um movimento global contra a criação de trustes e a proteção do mercado através da atuação do Estado, visto que a sua ausência e a predominância da liberdade individual não se autorregulavam, como previa a teoria liberalista.

Surgem aqui, portanto, os denominados *direitos de segunda geração/dimensão*, voltados ao atendimento das matérias sociais indispensáveis, como o trabalho, a saúde, a educação etc.

Foi pioneira a Constituição Mexicana de 1917 na relação dos direitos sociais e trabalhistas em seu texto – passou a regular matérias como a jornada de trabalho e idade mínima para iniciar as atividades laborais.

Afirma Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro¹ acerca das reivindicações da Revolução Mexicana iniciada em 1910:

Torna-se claro perceber, portanto, desde logo, que as principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República, no retorno dos “ejidos” e devolução das respectivas terras às comunidades indígenas, na nacionalização das grandes

¹ Texto disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf>

empresas e bancos, na consolidação de direitos trabalhistas à classe média emergente e na separação radical entre Igreja e Estado.

Dispunha a *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917:

Artículo 4º. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. (...).

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, (...).

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

[...]

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedran prohibidos los monopolios, la (**sic FOD 03-02-1983**) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuesto en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las (**sic DOF 03-02-1983**) prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

[...]

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

- A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:
 - I. La duración de la jornada máxima será de ocho horas.
 - II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de 7 horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años.
 - III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.
 - IV. Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos.
 - V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

[...]

Porém, ficou mais conhecida por adotar esses direitos a denominada *Constituição de Weimar Alemã*, pós-Primeira Guerra Mundial (1919).

Esta Constituição ficou marcada por reformar o até então Império Alemão em um formato democrático (República de Weimar). Afirmava a atuação do Estado como sendo positiva, responsável pela criação de políticas públicas, intervindo na livre iniciativa e na redistribuição de rendas. Além disso, ficou marcada por ter caráter econômico, diferentemente da anteriormente destacada.

Afirma Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro:

Desse modo, apesar de a Constituição de Weimar possuir, como característica, a organização e sistematização de seus preceitos (ao contrário do que se verifica na Constituição Mexicana), ainda assim as diversas espécies de direitos fundamentais encontram-se dispersas no corpo do texto constitucional, devendo-se, portanto, para identificá-las, proceder a um exame de cada um dos 165 artigos da referida Carta Política.

[...]

Entre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar –, devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (art. 119, §2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência; (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção dos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim

de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, §2º); função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, §1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, §1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).

Não efetivação da Constituição de Weimar. Com o fim da Primeira Guerra e consequente derrota Alemã, foi assinado, também em 1919, o chamado Tratado de Versalhes.

Este Tratado foi responsável por exigir da Alemanha, derrotada na Primeira Guerra, uma série de indenizações e reivindicações punitivas, dentre elas:

- 1) Retirada de sua soberania sobre os territórios da Bélgica, Luxemburgo e toda região à oeste do Reno;
- 2) Indenização pela destruição das minas de carvão no norte da França;
- 3) Desanexo dos territórios referentes à Bacia do Sarre (e consequente cessação da atividade mineradora na região por parte da Alemanha), passando este ao governo da Comissão que representava a Liga das Nações;
- 4) Reconhecimento da soberania da França sobre Alsácia e Lorena;
- 5) Reconhecimento da independência da Checoslováquia, da Polônia, da Prússia, da Rússia e seus Estados e da Áustria;
- 6) Renúncia de todos os direitos e privilégios internacionais, bem como suas colônias;
- 7) Desmobilização e redução das forças militares (exército, marinha e aeronáutica) alemãs e suas fortificações, bem como a extinção do serviço militar obrigatório;
- 8) Submissão às sanções e reparações dispostas no documento em questão;
- 9) Isenção de impostos e taxas a todo e qualquer produto importado dos e pelos países vencedores da Primeira Guerra;
- 10) Entre outros.

Todas estas punições e exigências fizeram com que fosse impossível adotar as medidas dispostas na Constituição de Weimar, visto que a incorporação e aplicação de medidas sociais e econômicas exigem disponibilidade monetária, fato este que foi esgotado ou extremamente reduzido com o Tratado.

Afirma Gilberto Berovici, citado por Vicente Bagnoli:

... a experiência histórica da República de Weimar (1918-1933) é marcada por um sistema político que perde sua legitimidade e capacidade

de funcionamento à medida em que é confrontado com crises profundas no tocante à modernização econômica, social e cultural. A situação socioeconômica de estagnação do período de Weimar, marcada por estas inúmeras crises, impossibilitou a existência de uma conjuntura que permitisse a realização dos compromissos constitucionais sociais com o crescimento econômico. O questionamento da legitimidade política da Constituição foi agravado, portanto, com a crise econômica.

Com essa crise, a população, a burguesia e o exército reivindicavam mudanças. O sentimento antissemita, devido à disseminação da culpa dos judeus e marxistas em relação à derrota na Primeira Guerra aumentava.

Neste contexto, ganha força o *Partido Nacional-Socialista Trabalhador Alemão*, o Partido Nazista, liderado por Adolf Hitler.

Grande depressão de 1929². A ascensão dos Estados Unidos como grande potência se deu no decorrer da Primeira Guerra Mundial.

Adotando uma posição neutra, o país lucrava exacerbadamente com a exportação de armas, munições e alimentos para os países da Europa, principalmente França e Inglaterra, devido ao laço histórico que possuíam.

A entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra somente se daria, segundo o Presidente Woodrow Wilson, por um motivo de relevante valor ético. Esse motivo se deu em 1917, quando a Alemanha promete ao México alguns territórios dos Estados Unidos caso vencessem a Guerra.

Incentivados pelo ideal *tornar o mundo seguro para a democracia*, iniciam sua participação, sendo o ponto decisivo para o seu final, em 1918.

O então Presidente Wilson apresenta uma proposta de acordo que ficou conhecida como *Os 14 Pontos de Wilson*, cujo conteúdo dispunha³:

- 1) *Convenção de paz, preparadas “às claras”, após as quais não haverá mais acordos particulares e secretos; (...) a democracia agirá sempre francamente e à vista de todos.*
- 2) *Liberdade absoluta de navegação nos mares, fora das águas territoriais, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra (...).*
- 3) *Supressão de todas as barreiras econômicas e estabelecimento de condições comerciais iguais para todas as nações (...).*
- 4) *Troca de garantias suficientes de que os armamentos serão reduzidos ao mínimo compatível com a segurança interna.*
- 5) *Uma concentração livremente debatida de todas as reivindicações coloniais, baseada na estrita observação do princípio segundo o qual, na regulação destas questões de soberania, os interesses das populações em jogo terão o mesmo peso que as reivindicações equitativas do governo.*

² <<https://www.youtube.com/watch?v=msxfuH56wXE>> - Filme A Crise de 1929 – A Grande Depressão

³ Texto: <<http://srec.azores.gov.pt/dre/sd/115152010600/depart/dcsh/h12ano/1918.pdf>>

- 6) *Evacuação integral do território russo e regulação de todas as questões envolvendo a Rússia (...) com a finalidade de dar à Rússia toda latitude para decidir, em plena independência, sobre o seu desenvolvimento político e a sua organização nacional (...).*
- 7) *É imprescindível que a Bélgica seja evacuada e restaurada (...).*
- 8) *Todo o território francês deve ser liberado e as regiões invadidas devem ser restauradas; o prejuízo causado à França pela Prússia em 1971, no que respeita à Alsácia-Lorena (...) deverá ser reparado (...).*
- 9) *Deve concretizar-se uma retificação das fronteiras italianas, conformemente os dados claramente perceptíveis do princípio das nacionalidades.*
- 10) *Aos povos da Áustria-Hungria (...) deve ser garantida, o mais cedo possível, a possibilidade de um desenvolvimento autônomo.*
- 11) *A Romênia, a Sérvia e o Montenegro devem ser evacuados; à Sérvia deve ser assegurado um livre acesso ao mar (...).*
- 12) *Às regiões turcas do atual império otomano devem ser garantidas a soberania e a segurança; mas às outras nações atualmente sob domínio turco deve ser garantida uma segurança absoluta de existência (...). Os Dardanelos devem permanecer abertos como passagem livre para os navios e comércio de todas as nações.*
- 13) *Deve formar-se um Estado polaco, abrangendo os territórios habitados pelas populações indiscutivelmente polacas, às quais se deve garantir um livre acesso ao mar (...).*
- 14) *É necessário que a organização geral das nações seja constituída (...) tendo como objetivo assegurar garantias mútuas de independência política e integridade territorial tanto aos pequenos como aos grandes estados.*

As ideias de Wilson eram claramente pacíficas, porém, como vimos anteriormente, adotaram-se as medidas tratadas no Tratado de Versalhes.

Devido a este fato, a aceitabilidade de Wilson perdeu força nos Estados Unidos, sendo vitoriosa a chapa Republicana com Warren G. Harding. Esta chapa ergueu-se sobre a promessa de reduzir os impostos dos comerciantes e empresas, coincidindo com o desejo da população na época (uma medida liberalista). Mesmo com a morte de Harding em 1923, o governo de seu vice e futuro reeleito, Calvin Coolidge, continuou com as mesmas ações, tendo como lema: *O maior negócio dos Estados Unidos são os negócios*. Era contra todas as formas de regulação e defendia o livre comércio e a livre iniciativa.

Com essas medidas, os Estados Unidos cresciam economicamente de forma acelerada, interna (com o crescimento do comércio, cinema, eletrônicos, automobilismo, aviação, desportos e indústria em geral – impulsionada pelo modelo fordista) e externamente (com o pagamento das dívidas dos países europeus).

Em 1927, já era comum as compras e vendas feitas a partir do crédito. Todas as novidades passavam a ser desejo de todos os cidadãos americanos, fazendo com que o endividamento, devido às compras por crédito, aumentasse cada vez mais.

Além disso, o mercado de ações dos Estados Unidos era cada vez mais utilizado. As ações se movimentavam cada vez mais. Havia cada vez mais investidores. Os americanos estavam se tornando cada vez mais ricos, fato este que resultou na reeleição do atual presidente Calvin Coolidge.

Afirma resumidamente Vicente Bagnoli:

Após um grande crescimento econômico norte-americano, a Europa não conseguia absorver os elevados estoques americanos de produtos e mercadorias, o que resultou na profunda Depressão de 1920 a 1921. Em meio a esse cenário econômico, o republicano Warren Harding é eleito presidente dos EUA, e, ligado ao grande empresariado (*big business*), abstém-se de qualquer intervenção no domínio econômico, e receosa da concorrência das indústrias europeias e japonesas e do Canadá na área agrícola, eleva as tarifas protecionistas. Nos anos seguintes, de 1923 a 1929, o crescimento da produção industrial norte-americana atingiu 64%, com destaque também para a indústria de bens de consumo e a implantação do *the american way of life*, cujo símbolo era o automóvel. A indústria adotava como regra a produção em massa, pois a padronização dos produtos, além de facilitar a fabricação em série, proporcionava o aumento da produtividade, com o emprego sistemático da mecanização.

É dito no filme *A Crise de 1929 – A Grande Depressão*:

Mas enquanto a economia continuava em ascensão, uma perturbadora corrente se escondia debaixo da prosperidade. O crédito instantâneo e o fato de o governo se recusar a regular a Bolsa de Valores, que estava fora de controle, anunciavam um desastre iminente.

E muitos países europeus enfrentavam dificuldade para pagar as dívidas de guerra com os Estados Unidos.

Em 1929, já com o novo presidente Herbert Hoover, continua o incentivo à menor atuação do Estado na economia, valorizando-se cada vez mais a individualidade.

No dia 24 de outubro de 1929, porém, a bolsa de valores estourou.

Os investidores tentavam a todo o custo vender suas ações, resultando numa crise econômica terrível.

Muitos corretores tentavam vender suas ações na margem, haviam feito empréstimos nos bancos. Os bancos começaram a exigir o pagamento dos empréstimos. Para pagar os bancos, os corretores cobraram as dívidas de seus clientes e a única forma de os clientes conseguirem pagar os corretores era vendendo suas ações a qualquer preço.

Corretores e investidores tomados pelo pânico venderam mais de 16 milhões de ações em um dia, que ficou conhecido como *Terça-feira negra*. A queda das ações gerou um prejuízo de US\$ 14 bi.

[...]

Como consequência imediata da quebra da bolsa, aqueles que tinham economias depositadas em bancos correram para sacar seu dinheiro com medo de que ele se perdesse.

Diante da corrida pelo dinheiro em espécie, incapazes de recuperar os empréstimos de especuladores falidos, os bancos foram obrigados a fechar as portas e declarar falência.

Muitos perderam as reservas de toda uma vida e não tinham outra fonte de recursos para enfrentar a crise.

Sem conseguir os empréstimos bancários necessários para fugir da tormenta, as empresas foram forçadas a fechar e milhares de trabalhadores ficaram desempregados.

A crise foi sentida no mundo inteiro, pois os bancos americanos, numa tentativa de se manterem, passaram a cobrar as dívidas dos países europeus endividados. A cobrança gerou uma crise financeira mundial.

Nos Estados Unidos, a própria população passou a se mobilizar para garantir o mínimo existencial para a população norte americana, através de programas de alimentação não apoiados pelo governo.

No geral, 9.000 bancos fecharam e 100.000 empresas faliram. O PIB foi reduzido de US\$ 80 bi em 1929 para US\$ 40 bi em 1932. O desemprego aumentou de 3,2% para 25%. A violência cresceu. A popularidade de Hoover despencou, sendo eleito em 1932 o 32º Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt.

Novas propostas de Estado. Fica claro os pontos negativos do Estado Liberal. A quebra da economia mundial e o acontecimento da Segunda Guerra Mundial mostraram o declínio deste modelo de Estado. Surgem, porém, outros modelos:

3. Estado Intervencionista (Social)

Afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

Assim, com a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte, diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder, conforme adiante explicitado.

Surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua Ordem Econômica, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar Social, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

Criação do Direito Econômico. É aqui que se dará a efetivação do Direito Econômico. Já previsto nas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), o Direito Econômico volta a emergir nas novas Constituições pós-Segunda Guerra Mundial. Segundo palavras de Fábio Konder Comparato, a união entre os direitos civis e

políticos com os direitos econômicos e sociais eram, na época, o modelo que melhor atenderia à dignidade da pessoa humana, tão atingida pelos recentes acontecimentos bélicos e econômicos.

Modelos. Como vimos no texto, foram dois os modelos criados neste período: (1) Estado Socialista e o (2) Estado do Bem-Estar Social.

Estado Socialista. Este modelo foi fundamentalmente pensado por Karl Marx e Friedrich Engels.

Disse o primeiro acerca do capitalismo liberal:

Cada capitalista destrói muitos outros (...). Com a diminuição constante do número de magnatas do capital que usurpam e monopolizam todas as vantagens desse processo de transformação, cresce a massa da miséria, da pressão, da subjugação, da degeneração e da exploração, mas também cresce a revolta da classe operária, que aumenta cada vez mais e é disciplinada, unida e organizada pelo próprio mecanismo do processo de produção capitalista. *O monopólio do capital torna-se vínculo do modo de produção.* A centralização dos meios de produção e a socialização do trabalho alcançam um ponto em que se tornam incompatíveis com seu envoltório capitalista. E ele se rompe. *Soa então a última hora da propriedade privada capitalista. Os expropriadores serão expropriados.*

Neste modelo de Estado, o próprio Estado seria responsável por regular o mercado, os preços, os salários, acabando com a concorrência, sendo todos os fatores igualmente divididos entre os indivíduos.

Não haveria mais propriedade privada, fato este que acabaria com as classes sociais e, conseqüentemente, com os conflitos.

Toda estrutura pertenceria ao Estado: empresas, comércio, indústrias, terras agrícolas, dentre outras.

Segundo Karl Marx, seriam os passos para se alcançar o modelo perfeito:

- 1) Expropriação da propriedade fundiária e emprego da renda fundiária para as despesas do Estado;
- 2) Impostos fortemente progressivos;
- 3) Abolição do direito de sucessão;
- 4) Confisco da propriedade de todos os emigrados e rebeldes;
- 5) Concentração do crédito nas mãos do Estado, mediante um banco nacional com capital do Estado e monopólio exclusivo;
- 6) Concentração de todos os meios de transporte nas mãos do Estado;
- 7) Multiplicação das fábricas nacionais e dos instrumentos de produção, desbravamento e melhoria das terras segundo um plano coletivo;
- 8) Obrigação de trabalho igual para todos; constituição de exércitos industriais, especialmente para a agricultura;
- 9) Unificação do exército da agricultura e da indústria, medidas adequadas para eliminar gradualmente o antagonismo entre *cidade* e *campo*;

- 10) Instrução pública e gratuita de todas as crianças. Eliminação do trabalho das crianças nas fábricas em sua forma atual. Combinação de instrução com a produção material e assim por diante.

Estado do Bem-Estar Social. Teoria derivada do pensamento elaborado por John Maynard Keynes.

Afirma Keynes acerca da criação de um novo partido:

Para começar, tal partido deveria se libertar das quinquilharias do passado. A meu ver, não há espaço hoje (a não ser na esquerda do partido conservador) para os que permanecem ligados ao individualismo no velho estilo e ao *laissez-faire* integral, apesar da grande contribuição que eles deram ao progresso do século XIX. Digo isso não porque considere que tais doutrinas fossem erradas nas condições que as geraram (gostaria de ter pertencido àquele partido, se tivesse nascido cem anos antes!), mas porque não são mais aplicáveis às condições modernas. Seu programa não deve ocupar-se dos problemas históricos do liberalismo, mas das questões (mesmo que ainda não tenham tornado problemas de partido) que têm um interesse vivo, uma grande importância, hoje. Devemos aceitar o risco da impopularidade e da zombaria. Apenas então nossos debates atrairão as multidões, e forças novas entrarão em nosso organismo.

[...]

Passo aos problemas de governo, matéria enfadonha, mas importante. Creio que no futuro o governo deverá assumir muitas responsabilidades que no passado evitou. E, para resolvê-las, não servirão nem os ministros nem o parlamento. Nossas tarefas devem ser a descentralização e a devolução de responsabilidades onde possível, e particularmente a instituição de entidades semi-autônomas e de organismos administrativos aos quais confiar tarefas de governo velhas e novas, sem, todavia, prejudicar o princípio democrático ou a soberania última do parlamento.

[...]

Devemos inventar uma nova sabedoria para uma nova época. E, entretanto, se quisermos fazer alguma coisa de bom, devemos agitar-nos, mostrar-nos heterodoxos, perigosos, desobedientes a nossos progenitores.

No campo econômico isso significa, em primeiro lugar, que devemos encontrar novos instrumentos e novos critérios políticos para controlar e intervir no funcionamento das forças econômicas, de modo que não interfiram além da medida nos critérios válidos hoje em matéria de estabilidade social e de justiça social.

A teoria de Keynes baseia-se na seguinte premissa: *a ocupação é determinada pela soma dos consumos e dos investimentos.*

Keynes faz um simples silogismo:

É necessário que se tenha um equilíbrio no consumo e no investimento para que se mantenha a máquina funcionando. Se há pouco ou muito consumo ou investimento, a máquina colapsa.

Segundo Keynes, esse foi o fator que causou a quebra do Estado Liberal. A *virtude individual* exacerbada fez com que ocorresse a queda dos preços dos produtos agrícolas (não havendo o autopagamento de sua produção), o acúmulo de produtos pela produção em série e sem regulação, a interrupção do trabalho fabril, o aumento do desemprego, a incapacidade dos indivíduos em pagar os débitos contraídos, a quebra da economia.

É um raciocínio lógico. A dose equilibrada de consumo e investimento faz com que a produção corra proporcionalmente ao consumo, não havendo rupturas na atividade econômica.

Contudo, não há um equilíbrio entre consumo e investimento. É aí que entra o Estado.

Aqui, Keynes se põe contrário à teoria marxista. Afirma:

Consideramos por isso que uma socialização bastante ampla do investimento se revelará como o único meio capaz de garantir, pelo menos aproximadamente, o pleno emprego. O que não quer dizer que se deva excluir todos aqueles compromissos e as diversas fórmulas de vários tipos que permitem ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não parece haver nenhuma razão evidente para justificar um socialismo de Estado que assuma maior parte da vida econômica da comunidade. Se for capaz de determinar o volume global de recursos consagrados ao aumento dos meios de produção e de garantir o mínimo básico de remuneração aos seus detentores, o Estado certamente já terá realizado todo o necessário.

Concluimos, portanto, que o sistema elaborado por Keynes não abolia o liberalismo, mas lhe exigia alterações severas. Concorde com a propriedade privada e a continuidade dos meios de produção, porém afirma ser necessárias drásticas intervenções diretas do Estado na economia, de modo a lhe dar estabilidade.

Alguns doutrinadores denominam o sistema criado por Keynes de sistema misto, visto que andam em harmonia intervenção do Estado e liberdade individual.

A ideia do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*, Estado Providência, Estado Assistencial), porém, nasce em resposta à situação vivida na Europa no pós-Segunda Guerra Mundial. Além do Estado ter como função garantir o bom funcionamento da economia (segundo os preceitos de Adam Smith), deveria, igualmente, defender os direitos e garantir o mínimo existencial aos cidadãos.

Surgem aqui os denominados direitos de terceira geração – direitos transindividuais, ligados à solidariedade ou fraternidade, ao desenvolvimento e ao progresso equilibrados.

Afirma Fábio Konder Comparato:

Ao cessarem as hostilidades em agosto de 1945, a humanidade tomou consciência de que passara a formar um todo único e solidário, para o bem e para o mal.

Por exemplo, segundo a prof. Camila Paula de Barros Gomes, *uma economia fundada apenas no mercado terá muitos carros e poucas linhas de metrô; terá muitas fábricas e pouco controle da poluição, ou seja, priorizará o individual em detrimento do coletivo*. Por esse motivo, cabe ao Estado agir como mediador dos demais setores. Controlar a economia, claro, mas reafirmar, por exemplo, os direitos de segunda dimensão, garantindo aos indivíduos educação, saúde, lazer dignos.

Ficou muito clara a intervenção do Estado na economia através das denominadas companhias de economia mista. Sociedade que possuem investimento privado, porém maioria de capital público.

Ainda hoje há esse tipo de intervenção estatal, porém ela será estudada brevemente.

Crise do Estado Intervencionista. A grande intervenção do Estado nas economias e em assuntos sociais não tardaram a demonstrar colapsos.

O *superdimensionamento* da máquina estatal fez com que houvesse déficit público, ou seja, as despesas do Estado eram maiores que a arrecadação. Não era mais possível sustentar essa multiplicidade de ações diretas estatais.

Voltaram à tona reivindicações acerca do retorno do Estado Liberal, visto que a intervenção exacerbada do Estado na economia fez com que o livre mercado, a livre iniciativa e a livre concorrência fossem suprimidas, desregulando novamente as atividades econômicas.

Afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

O Estado intervencionista, em virtude do superdimensionamento da máquina estatal, gerando déficit no orçamento público, uma vez que as despesas a serem realizadas pelo Poder Público ultrapassaram o volume de receitas arrecadadas, cedeu lugar ao Estado neoliberal, ou, como preferem diversos autores nacionais, ao Estado regulador, fortemente inspirado no ideário político da social-democracia.

4. Estado Regulador (Neoliberal)

Por fim, chegamos ou último e mais atual modelo de Estado: o Estado Regulador.

Este modelo se mostra medianamente como a junção entre os critérios essenciais do modelo Liberal e Social.

Aqui, convém que o Estado aja minimamente. Procura a prevalência do livre comércio, com ações meramente reguladoras por parte do Estado (leis e normas que

procurem evitar o abuso por parte das empresas), não podendo haver omissão quanto às necessidades sociais.

Esse é o modelo adotado pela atual Constituição Federal. Vejamos alguns artigos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

[...]

Art. 5º, XIII. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

[...]

Art. 5º, XXII. É garantido o direito de propriedade.

Art. 5º, XXIII. A propriedade atenderá a sua função social.

[...]

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

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

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência.

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Tal modelo de Estado baseia-se na *subsidiariedade*, isto é, tem-se como objetivo do Estado agir nas áreas em que a iniciativa privada não consegue ou não demonstre interesse, mantendo uma harmonia social mediante o atendimento do interesse coletivo.

Uma ação que ficou marcada por esse modelo de Estado, visando, inclusive, amenizar a crise econômica gerada pelo déficit do modelo anterior foram as *desestatizações*. Buscou-se diminuir a atuação do Estado em áreas cuja iniciativa privada era capaz de gerar a satisfação coletiva, tendendo ao equilíbrio das contas públicas.

Capítulo 2 – Teoria Geral do Direito Econômico

1. Introdução

Agora que já estudamos acerca da origem e evolução da economia, partamos para o estudo do Direito Econômico em si.

Como vimos, o Direito Econômico surge como grande ramo do Direito no pós-Segunda Guerra Mundial. Com os inúmeros problemas causados pela má gestão da economia, o Estado, neoliberal, regulador, tinha como função a adequação do mercado aos ditames dignos, sem que houvesse, porém, a supressão da livre iniciativa e do livre comércio.

Antes de iniciarmos, devemos nos perguntar: qual é a ligação entre Direito e Economia?

Por serem matérias extremamente distintas, é comum que se identifique o afastamento de ambas, até mesmo causado pelo comportamento de estudiosos das duas áreas.

Convém, porém, que entendamos a ligação entre essas duas matérias. No Direito, por exemplo, há vários direitos sociais, principalmente defendidos pela atual Constituição Federal, como a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social etc. Todos direitos extremamente importantes e imprescindíveis para a vida digna do indivíduo, certo? Contudo, não há o que se falar na aplicação desses direitos sem, antes, ser realizada uma avaliação econômica e a criação de planos que dividam a capacidade do Estado entre essas exigências.

Por outro lado, não há o que se falar na aplicação de medidas econômicas sem, antes, analisar os direitos. Por exemplo, dever-se-á analisar as seguintes relações anteriormente à aplicação de qualquer medida econômica: (1) Necessidade x Possibilidade; (2) Indivíduo x Coletividade; (3) Liberdade x Autoridade.

2. Conceito

Primeiro, devemos informar que o Direito Econômico anda, sempre, acompanhado e agindo por meio da *ordem econômica*, não sendo possível definir um sem que se defina o outro.

Em geral, ambos podem ser definidos como: *ramo do direito responsável por analisar e, através de um conjunto de normas, disciplinar o processo de interferência do Estado na vida econômica da nação, em especial nas atividades geradoras de renda e riquezas* (Prof. Camila P. B. Gomes).

Pelos vários âmbitos de atuação do Direito Econômico, ele é chamado de inúmeras formas, quais sejam a de (1) direito do planejamento, (2) direito da concorrência, (3) direito da intervenção, (4) direito da regulação do mercado etc., como veremos em suas funções.

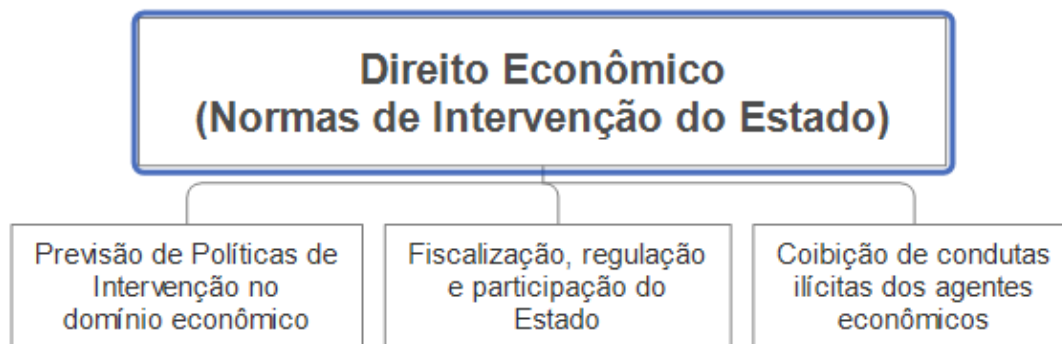
3. Funções do Direito Econômico e da Ordem Econômica

Segundo o art. 174 da atual Constituição Federal, são as funções do Estado:

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

§1º. 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.

É nesse sentido o esquema feito por Fabiano del Masso:



Podemos notar três funções que se destacam: (1) fiscalização; (2) incentivo e (3) planejamento.

Fiscalização. Esta se dará através da edição de atos normativos, aplicação de sanções e até por meio da realização de mediações e composições extrajudiciais que visem a resolução de conflitos no âmbito econômico.

Incentivo. Cabe ao Estado, também, incentivar a atividade econômica, seja pela concessão de subvenções, diminuição de tributos etc.

Planejamento. Planejamento é a criação de um plano, de uma meta a ser alcançada, obrigando ao Estado criar esquemas de desenvolvimento que visem atingir estas metas. Deverão as ações serem determinantes para o setor público e indicativas para o setor privado.

Na história do Brasil, foi somente em 1934 que tal elemento foi incorporado. Segundo o art. 115 daquela Constituição Federal:

Art. 115 da Constituição Federal de 1934. A ordem econômica deve ser organizada conforme princípios da Justiça e as necessidades da vida

nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Nesta Constituição, já se dispunha da possibilidade de a União criar monopólios, previa como dever do Estado o fomento da economia popular, proteção ao trabalho etc.

Na atual Constituição também é possível visualizar os modelos de intervenção do Estado na economia. Partamos para eles, portanto:

Formas de intervenção do Estado na economia. São duas as formas de atuação estatal na ordem econômica: (1) intervenção direta e (2) intervenção indireta.

Intervenção direta. De modo geral, é vedada a intervenção direta do Estado na economia, visto a prevalência do *princípio da subsidiariedade*, salvo as exceções constantes na Constituição Federal.

São as exceções:

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

§1º. 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 tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, comprar 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.

§2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§4º. A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a reponsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

[...]

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 de 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 e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal;

§1º. 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.

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

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o Território Nacional;

II – as condições de contratação;

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

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

§4º. A lei 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 artigo 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.

Analisando o art. 173, o Estado poderá atuar diretamente na economia através da criação das denominadas Sociedades de Economia Mista, da compra da maioria das ações em empresas já constituídas (empresas sob controle acionário do Estado) ou através das empresas públicas somente quando houver necessidade em relação à segurança nacional ou quando for de relevante interesse nacional.

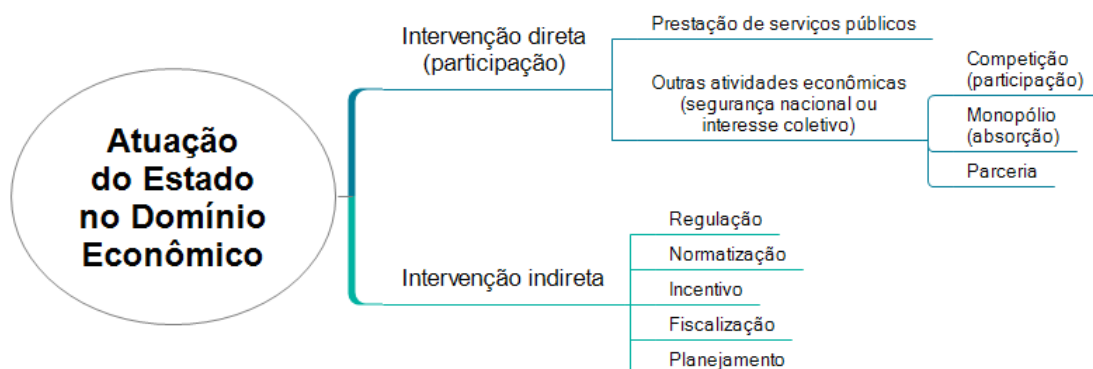
Segurança nacional. Este elemento caracteriza-se por apresentar um conceito *jurídico indeterminado*, visto ser um elemento político, o que faz a sua avaliação depender da época e do contexto social em que está inserido.

Relevante interesse coletivo. Outro elemento cujo conceito é amplo, de interpretação variada. Necessita que se analise, igualmente ao elemento anterior, o contexto em que está inserido, visto que o interesse da população varia de acordo com a época e os acontecimentos.

Passando a analisar, agora, o art. 177, notamos um outro modo pelo qual a União exerce intervenção direta na economia, os monopólios. Em suma, serão monopólios do Estado as atividades referentes às matrizes energéticas: petróleo, minerais, gás natural e materiais radioativos.

Intervenção indireta. Para finalizar tal estudo, convém identificarmos que se tratando de intervenção indireta, caberá ao Estado a criação de tributos, conceder subvenções e regulamentar normativamente as atividades econômicas, presando o desenvolvimento dos particulares, edição de atos normativos, fiscalização sobre a atividade econômica, fomento da realização da atividade econômica, mediação e composição extrajudicial de conflitos etc.

Segue o esquema feito por Fabiano del Masso:



4. Fundamentos da Ordem Econômica

Fundamentos. Os fundamentos da Ordem Econômica encontram-se dispostos no art. 170 da Constituição Federal:

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

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No mesmo sentido é a Constituição Federal no inciso IV do art. 1º e no inciso XIII do art. 5º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Municípios e dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

[...]

Art. 5º, XIII. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

São dois, portanto, os fundamentos da ordem econômica: (1) valorização do trabalho; (2) livre iniciativa.

Valorização do trabalho. A valorização do trabalho na Constituição é imprescindível, visto que nem sempre foi uma situação comum a atividade laboral geral. Como bem sabemos, por muitos anos o Brasil regeu-se sobre o desenvolvimento gerado pelo trabalho escravo.

Afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

Durante muito tempo, na história do homem, o trabalho foi considerado uma atividade indigna para os homens da nobreza, sendo fruição típica da mão de obra escrava.

Hoje, porém, trabalho é sinônimo de dignidade, de liberdade do indivíduo, de autossuficiência.

São as palavras de alguns pensadores:

Benjamin Franklin – “O trabalho dignifica o homem”;

Voltaire – “O trabalho espanta os três grandes males: o vício, a pobreza e o tédio”;

Gonzaginha – “Um homem se humilha se castram seu sonho. Seu sonho é sua vida e a vida é o trabalho. Sem o seu trabalho, um homem não tem honra. Sem a sua honra, se morre, se mata. Não dá pra ser feliz, não dá pra ser feliz.”

No sistema (capitalista) como nós conhecemos hoje, o trabalho é o que move a sociedade, gera riqueza para o país.

De que forma, portanto, o Estado valorizará o trabalho humano?

Afirma Fabiano del Masso que o *Estado cria para si uma obrigação imediata de criação de possibilidades de trabalho, pois é assim que o valoriza*. Não somente a possibilidade de emprego, mas também os momentos anteriores e posteriores à aquisição desta atividade.

Num momento anterior, deverá qualificar seus trabalhadores. Num momento posterior, deverá dar-lhes amparo, direitos.

Afirma Vicente Bagnoli:

O Estado, portanto, atuando junto á economia deve criar as condições para a geração de trabalho, de modo que o indivíduo esteja inserido no mercado e o seu trabalho valorizado; afinal é por meio do trabalho que o indivíduo de forma digna participará da repartição das riquezas dentro do mercado. O trabalhador também é consumidor, fazendo a riqueza circular.

Finaliza Leonardo Vizeu Figueiredo, mostrando os mecanismos segundo os quais será valorizado o trabalho:

A valorização do trabalho humano significa que o Poder Público deve garantir que o homem possa sobreviver dignamente, tão somente, com o produto da remuneração de seu labor, garantindo-lhe, para tanto, uma gama de direitos sociais, dentre os quais destacamos renda mínima, repouso semanal remunerado, seguro desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, jornada de trabalho diária e semanal máxima, gozo de férias anuais remuneradas etc.

É o que prevê o art. 7º da nossa Constituição Federal.

Iniciativa privada. O simples conceito de livre iniciativa se dá por: qualquer indivíduo pode, por livre e espontânea vontade, iniciar atividade econômica sem que haja interferência externa abusiva por parte do Estado, permitindo a autorregulação do mercado, salvo na existência de fatos que justifiquem a intervenção, como a defesa do consumidor e da sociedade em geral.

É o que afirmam o art. 5º, XIII e o art. 170, parágrafo único.

Aqui, porém, cabe fazermos um comentário. Estas normas, principalmente a segunda, caracteriza-se por ser uma *norma constitucional de eficácia contida*, isto é, apesar de, num primeiro momento, apresentar geração autônoma de efeitos, poderá ser disciplinada e regulada por outras leis. Isto significa que o Estado tem autoridade para intervir no mercado, de modo a garantir, por exemplo, a atividade de profissionais qualificados.

Lembremos, para concluir, que se deve prezar pela autorregulação do mercado, sob as normas estatais que garantam uma atividade harmônica e não abusiva por parte das empresas.

Façamos um adendo: a liberdade para realizar atividade econômica não coincide com a possibilidade de fazê-la.

Afirma Fabiano del Masso:

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 de atividade empresária, da política de concessão de crédito, entre outros, são os responsáveis para garantir o nível de empreendedorismo.

Portanto, além da não intervenção abusiva do Estado, é necessário a criação de um ambiente que possibilite a ocorrência da livre iniciativa, através, por exemplo, da criação de uma infraestrutura adequada, da concessão de subsídios e diminuição de impostos, da diminuição da burocracia para que se crie uma empresa etc.

5. Finalidade da Ordem Econômica

Ainda analisando o *caput* do art. 170 da Constituição Federal, é possível que identifiquemos duas finalidades da Ordem Econômica: (1) a existência digna e a (2) justiça social. Além disso:

Art. 3º da Constituição Federal. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Existência digna e justiça social. Seguindo os objetivos da República, a existência digna e a justiça social são atingidas quando o Estado usa a economia com o objetivo de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais, fornecendo os indivíduos o mínimo existencial.

Tratando-se do âmbito econômico, dever-se-á oferecer a todo cidadão a mesma oportunidade de ingressar no mercado de trabalho, bem como de se qualificar.

Sabemos, porém, que não é assim que acontece, visto que o desenvolvimento econômico nem sempre leva ao desenvolvimento. Cabe ao Estado, neste caso, criar programas para diminuir as desigualdades e incentivar o desenvolvimento dos cidadãos, ou seja, fomentar a justiça social distributiva. À título de exemplo, podemos citar o programa *Bolsa Família*.

6. Princípios Explícitos da Ordem Social

São nove os princípios:

- 1) Princípio da soberania nacional;
- 2) Princípio da propriedade privada;
- 3) Princípio da função social da propriedade;
- 4) Princípio da livre-concorrência;
- 5) Princípio da defesa do consumidor;
- 6) Princípio da defesa do meio ambiente;
- 7) Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais;
- 8) Princípio da busca do pleno emprego;
- 9) Princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

6.1. Princípio da Soberania Nacional

Afirmam os arts. 1º, I, e 170, I, da Constituição Federal:

Art. 1º da Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania.

[...]

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

I – soberania nacional.

Primeiramente, como podemos notar, tal princípio é previsto em dois momentos na Constituição: como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e como princípio da Ordem Econômica, dada a sua suma importância.

Sendo um elemento contemporâneo, datado do século XIX e provindo de uma alteração feita por Jean-Jacques Rousseau do conceito de soberania monárquica de Jean Bodin, tem como significado simplificado:

Supremacia interna e independência externa

A soberania, portanto, como princípio fundamental, é o poder do Estado de autossuficiência, agindo com suprema autoridade dentro de seu território e com independência externa, isto é, sem que os outros países possam interferir na sua escolha.

Levando em consideração a dominação capitalista dos movimentos políticos internacionais, é interessante destacar que somente alcançará a soberania política o país que obtiver soberania econômica, ou seja, a soberania política tem como

pressuposto a soberania econômica. A soberania econômica dá-se pela independência econômica. *Status* adquirido pelo país ao se desvencilhar de qualquer outro economicamente.

Sobre essa matéria, afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

... a Soberania Nacional somente se efetiva, tanto interna quanto externamente, quando a Nação alcança patamares de desenvolvimento econômico e social que lhe garantam a plena independência nas suas decisões políticas, sem a necessidade de auxílios internacionais. Em outras palavras, somente existirá Estado soberano onde houver independência econômica.

6.2. Princípio da Propriedade Privada

Como dissemos anteriormente, a grande maioria dos movimentos políticos internacionais baseiam-se na economia, prevalecendo o sistema econômico capitalista. Esse princípio mostra claramente esta dominação, visto que defende como elemento imprescindível para a manutenção de uma economia harmônica a *propriedade privada*, elemento indispensável a este sistema.

É a sua disposição:

Art. 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

[...]

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

[...]

II – propriedade privada.

Este princípio garante ao proprietário o direito de usar, fruir, dispor e perseguir (sequela) da propriedade, além de garantir-lhe a posse dos fatores de produção e de circulação de bens produzidos na propriedade.

Convém destacar, porém, que tal princípio não é absoluto e perpétuo, visto que é possível a desapropriação, sempre mediante indenização. Além disso, para que

haja a manutenção da propriedade, é necessário que o proprietário dê uso à propriedade, respeitando a denominada *função social da propriedade*.

6.3. Princípio da Função Social da Propriedade

São as disposições:

Art. 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

[...]

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

[...]

III – função social da propriedade.

Este princípio parte da ideia de que é necessário que a propriedade não se baseie somente na realização de satisfações particulares, mas que ela apresente um objetivo maior, qual seja a utilidade social, o avanço do desenvolvimento social.

Afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

Vale destacar que os institutos de direito privado têm por finalidade imediata a realização de interesses particulares. Todavia, o limite da persecução dos interesses particulares se encontra nos interesses da sociedade. Observe-se que o Estado respeita a vontade dos particulares e a liberdade de contratar. Todavia, estabelece limites e regras para garantir o equilíbrio nos negócios jurídicos, pautados na ética e na boa-fé, fazendo com que os seres humanos não caiam em um utilitarismo egoístico, quando da conjugação mútua de vontades.

Não atendida a função social da propriedade, poderá o Estado tomar as devidas providências:

Art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. 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.

Desapropriação de propriedade urbana. Em relação às propriedades urbanas, seguir-se-á o seguinte:

Art. 182 da Constituição Federal. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§3º. As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização.

§4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovado pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Portanto, não respeitando à função social expressa no plano diretor, poderá o Estado agir de três formas sucessivas:

- 1) Exigência do parcelamento do terreno ou da construção de edifício que atenda à função social.

Não havendo manifestação por parte do proprietário:

- 2) Implementar-se-á o denominado IPTU progressivo no tempo⁴.

Por fim, respeitado o que se segue:

Art. 8º do Estatuto da Cidade. 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.

- 3) Desapropriação com indenização em títulos da dívida pública com resgate em até 10 anos.

Esta desapropriação é claramente punitiva, devido a não manifestação do proprietário em relação às medidas que são tomadas anteriormente a esta última.

⁴ **Art. 7º, §1º, do Estatuto da Cidade.** O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

Acerca da indenização:

Art. 8º, §2º, do Estatuto da Cidade. O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontando 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 §2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Desapropriação de propriedade rural. Afirma a legislação:

Art. 184 da Constituição Federal. 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 do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...]

Art. 185 da Constituição Federal⁵. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva⁶.

Parágrafo único. A lei garantia tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Art. 186 da Constituição Federal. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

⁵ **Art. 5º, XXVI, da Constituição Federal.** A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Art. 4º da Lei 8.629/93. Para os efeitos desta lei, conceituam-se: (...) II – Pequena Propriedade – o imóvel rural: **a)** de área de até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento. (...) III – Média Propriedade – o imóvel rural: **a)** de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais.

O que é módulo fiscal? Unidade de medida expressa em hectares, fixada para cada município, considerando os seguintes fatores: Tipo de exploração predominante no município; Renda obtida com a exploração predominante; Outras explorações existentes no município que, embora não predominantes, sejam significativas em função da renda ou da área utilizada; Conceito de propriedade familiar. O Módulo Fiscal procura refletir a área mediana dos Módulos Rurais dos imóveis rurais do município. Texto disponível em: <<http://www.incra.gov.br/content/perguntas-frequentes-0>>

⁶ **Art. 6º da Lei 8.629/93.** Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

O que é propriedade produtiva? (...) O Grau de Utilização da Terra (GUT), deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento) e o Grau de Eficiência na Exploração da terra (GEE), deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento). Texto disponível em: <<http://www.incra.gov.br/o-que-e-propriedade-produtiva>>

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

[...]

Art. 189 da Constituição Federal. 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.

Portanto, não atingida a função social da propriedade rural, qual seja (1) o aproveitamento racional e adequado, (2) a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, (3) a aplicação das leis do trabalho, (4) exploração favorável aos proprietários e trabalhadores, poder-se-á haver a desapropriação para a reforma agrária.

A desapropriação se dará mediante indenização por títulos da dívida agrária, resgatável em 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

São insuscetíveis de desapropriação rural. Não poderão ser alvo de desapropriação as seguintes propriedades:

- 1) Propriedade familiar – art. 5º, XXVI, da Constituição Federal;
- 2) A pequena e média propriedade rural, uma vez que o proprietário não possua outra – art. 185, I, da Constituição Federal;
- 3) A propriedade produtiva – Art. 185, II, da Constituição Federal.

Recebimento das propriedades rurais da Reforma Agrária. Antes, convém informarmos que a Reforma Agrária segue a seguinte disposição:

Art. 3º da Constituição Federal. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O recebimento se dará mediante entrega de título de domínio ou concessão de uso, não sendo possível a sua alienação no prazo de dez anos do recebimento.

6.4. Princípio da Livre Concorrência

É o que dispõe a legislação:

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

[...]

IV – livre concorrência.

Como já ficou bem claro nas ideias esboçadas até aqui neste material, a livre concorrência se dá pela competitividade saudável e harmônica entre os agentes que participam das movimentações econômicas no mercado em geral – produção/circulação/consumo.

A livre concorrência, como sabemos, estimula o aumento na qualidade dos produtos, bem como na redução dos preços, beneficiando os consumidores e auxiliando para o bom funcionamento da economia em geral.

Para que isso aconteça, é dever do Estado agir de modo a oferecer mecanismos que primem pela permanência desta situação. No Brasil, tal fiscalização e regulamentação é feita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Por último, não havendo a devida atuação do Estado para a manutenção do mercado saudável, resultará, como vimos no estudo do Estado Liberal, na criação de monopólios, oligopólios, trustes, carteis etc., gerando o aumento dos preços e diminuição das qualidades dos produtos.

6.5. Princípio da Defesa do Consumidor

É a legislação:

Art. 5º, XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

[...]

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

[...]

V – defesa do consumidor.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, *é o corolário do princípio da livre-iniciativa, sendo, juntamente com este, princípios de integração e de defesa de mercado, uma vez que se compõe de fornecedores e consumidores.*

Como dito anteriormente, é necessário que o Estado preze pela manutenção de um mercado saudável e harmônico. Para tanto, convém que forneça regulamentação e proteção às três etapas do mercado, quais sejam:

- 1) Produção;
- 2) Circulação;
- 3) Consumo.

As duas primeiras são protegidas pelos princípios da *propriedade privada*, *livre iniciativa*, *livre concorrência* etc. O consumo, porém, é objeto de proteção deste princípio.

Convenhamos que a sociedade em que vivemos baseia-se na economia, visto seu caráter capitalista. Inúmeros produtos e propagandas induzem os indivíduos a consumirem cada vez mais. Com tamanha oferta, é natural que o consumidor, polo mais fraco da relação comercial, venha a ser vítima de omissões por parte do polo mais forte, o fabricante. É por esse motivo que se faz necessária a existência da defesa do consumidor, refletida em nosso ordenamento pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

6.6. Princípio da Defesa do Meio Ambiente

É a legislação:

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

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

[...]

Art. 225 da Constituição Federal. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se do Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presentes e futuras gerações.

Baseado no que dispõe o art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por esse motivo, mesmo na esfera econômica, é dever do Estado a regulamentação e fiscalização das ações mercantis, visando a efetivação da exploração sustentável e harmônica em relação ao meio ambiente. Convém que os fabricantes ajam de modo a reduzir ao máximo a degradação da natureza, bem como visar a utilização racional dos recursos e das riquezas naturais.

Infelizmente no que tange à aplicação da sustentabilidade o Brasil se encontra extremamente atrasado. É comum que nos deparemos com o descarte irregular de produtos fabris, bem como a destinação inadequada dos produtos finais em si.

À título de exemplo, podemos citar o ramo eletroeletrônico. Materiais que podem conter componentes cujo processo de decomposição é longo são descartados irregularmente. Como foi dito no princípio da defesa do consumidor, as inúmeras propagandas e intermináveis atualizações de aparelhos celulares, por exemplo, causa um incalculável número de inutilizações dos aparelhos obsoletos. O

que agrava tal situação é a denominada *obsolescência programada*, isto é, hoje é comum que os aparelhos já venham pré-programados para, em determinado período, apresentarem problemas comprometedores ou até mesmo causar a própria inutilização.

Para que tal situação fosse revertida, seria conveniente que o Estado agisse contra tal *obsolescência*, incentivando a *logística reversa*, isto é, a devolução dos aparelhos obsoletos ao próprio fabricante, sendo dever destes o descarte regular dos produtos.

Outro exemplo de atraso no quesito sustentabilidade é o fato de o Brasil permitir a importação de pneus recauchutados para o descarte que, muitas vezes, é irregular e realizado através da queima desse material, o que causa uma emissão muito grande de gás carbônico ou até mesmo o abandono deste em depósitos à céu aberto.

6.7. Princípio da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais

É a legislação:

Art. 3º da Constituição Federal. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

[...]

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

[...]

VII – redução das desigualdades regionais e sociais.

Vivemos, como diz Leonardo Vizeu Figueiredo, em uma país de *regiões privilegiadas e marginalizadas*. Esta situação se dá pela diferença generalizada que se pode notar entre as regiões Norte e Nordeste em relação as demais regiões do País.

Como está demonstrado acima nos dois artigos expostos, é objetivo fundamento da República Federativa do Brasil, bem como da Ordem Econômica, reduzir as desigualdades regionais e sociais no país. É fácil de se notar que tal princípio se baseia na denominada *Justiça Distributiva* cuja máxima, desenvolvida por Aristóteles, defende, originalmente, que a repartição das honras e posses da comunidade tenha como preceito fundamento que cada um receba a proporção de acordo com o mérito individual. Atualizando-a:

É necessário que se trate os iguais de maneira igual, bem como desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades

Isto é, é necessário que haja um maior investimento nas regiões cuja economia não apresenta tamanha pujança, vigor.

Para tanto, cabe ao Poder Público (competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) criar políticas públicas de modo a incentivar o desenvolvimento econômicos nas regiões menos favorecidas.

É o que afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

Consiste no compartilhamento equânime, em todas as regiões do país, do desenvolvimento social advindo da exploração de atividade econômica. Fundamenta-se no princípio geral de direito do solidarismo que consubstancia todo o intervencionismo social, bem como num conceito de justiça distributiva, visto sob uma perspectiva macro, no qual o desenvolvimento da Nação deve ser por todos compartilhado, adotando-se políticas efetivas de repartição de rendas e receitas, com o fito de favorecer as regiões e as classes sociais que se encontram em desnível e em posição de hipossuficiência em relação às demais.

Como exemplo de política pública voltada à redução das desigualdades regionais e sociais podemos mencionar os incentivos fiscais.

6.8. Princípio da Busca do Pleno Emprego

É a legislação:

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

[...]

VIII – busca do pleno emprego.

Primeiramente, convém que nós identifiquemos o que é, de fato, o pleno emprego.

Pleno emprego. Segundo José Octávio Campos Moreira e Jorge Timaco, no livro *Economia: Notas Introdutórias*, pleno emprego se dá pela situação em que há a utilização de todos os recursos e fatores de produção, ou seja, há um aproveitamento total dos recursos naturais, da mão de obra e o do capital nacional. Além disso, para que haja efetivamente o pleno emprego, é necessário que haja a extinção do desemprego no que se refere à PEA – População Economicamente Ativa.

Nota-se, portanto, que é um sistema ideal, servindo como norte para as ações estatais, porém impossível de se alcançar devido à *elasticidade* do mercado.

Convenhamos que uma economia bem estruturada e geradora de riquezas para o país e para os indivíduos está intrinsecamente ligada à atividade laborativa da população. Portanto, convém que o Estado, valendo-se do objetivo da Ordem Econômica que é a valorização do trabalho humano, aja de modo a incentivar uma fluidez econômica, a permanência de um mercado saudável e pouco abusivo,

estimulando que as empresas efetuem suas funções sociais, gerando empregos e, em consequência, evitando a redução deste, “fazendo a máquina girar”, movimentando a economia, gerando riquezas. É o que move o sistema capitalista.

Convém informar, também, que tal princípio apresenta natureza programática, isto é, é dever do Estado criar mecanismos que, de fato, ajam de modo a regular a economia e, portanto, os agentes privados, visando a aproximação quanto a situação acima descrita.

6.9. Princípio do Tratamento Favorecido às Empresas Nacionais de Pequeno Porte

É a legislação:

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

[...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[...]

Art. 179 da Constituição Federal. 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.

Art. 1º da Lei Complementar 123/2006. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III – 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;

IV – ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal⁷.

Microempresa e empresa de pequeno porte. Primeiramente, convém que identifiquemos o que é uma empresa de pequeno porte ou microempresa.

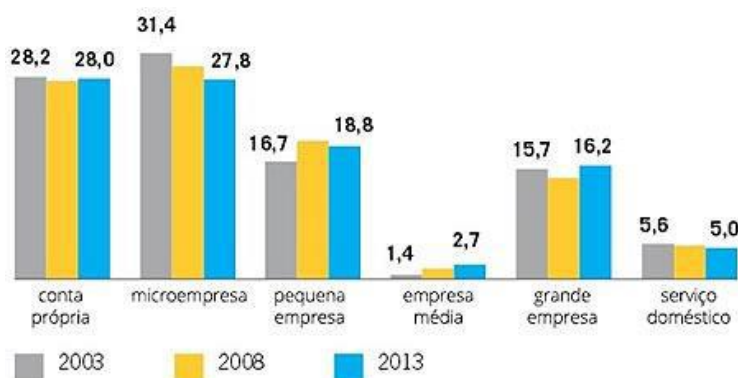
Estão reguladas as definições no art. 3º da Lei Complementar acima referida:

Art. 3º da Lei Complementar 123/2006. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso de microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Não se deve dizer em favorecimento, mas em tratamento diferenciado. O tratamento diferenciado do Estado em relação às micro e pequenas empresas é justificado pela impossibilidade e incapacidade destas concorrerem igualmente em relação às médias e grandes empresas, sendo dever do Estado a manutenção de um mercado nivelado. Além disso, convém visualizarmos que são aquelas empresas responsáveis pela geração de, aproximadamente, 50% dos empregos no Brasil, conforme informa o gráfico:



⁷ **Art. 146 da Constituição Federal.** Cabe à lei complementar: (...) **III** – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) **d**) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 12, e da contribuição a que se refere o art. 239. **Parágrafo único.** A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (...) **IV** – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

7. Outros elementos que merecem destaque

7.1. Investimentos Estrangeiros na Economia Brasileira

É comum, hoje, com o avanço das relações internacionais, o acontecimento de trocas comerciais neste âmbito. É o denominado *Comércio Exterior*.

Façamos, porém, uma pergunta: sendo dever do Estado agir de modo a objetivar a efetivação dos fundamentos, finalidade e princípios da Ordem Econômica, até que ponto os investimentos de empresas estrangeiras podem influenciar a economia brasileira?

Afirma Leonardo Vizeu Figueiredo:

... se denominam investimentos estrangeiros a compra de empresas, equipamentos, instalações, estoques ou interesses financeiros de um país por empresa, governos, ou indivíduos de outras Nações.

Primeiramente, convém esclarecer que o investimento estrangeiro é de suma importância para a movimentação da economia brasileira, além da criação de relações internacionais sólidas.

Num segundo ponto, porém, é importante frisar que cabe ao próprio Estado definir até que ponto as empresas estrangeiras poderão atuar no Brasil, indicando setores cuja atividade é de exclusividade das empresas nacionais. A este respeito, segue a legislação:

Art. 172 da Constituição Federal. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

[...]

Art. 192 da Constituição Federal. 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.

[...]

Art. 199 da Constituição Federal. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§3º. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do País, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

Art. 222 da Constituição Federal. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e de imagens é privativa de

brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§1º. Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

[...]

§4º. Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o §1º.

[...]

Art. 237 da Constituição Federal. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais á defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.

7.2. Promoção e Incentivo ao Turismo

Turismo. Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, *por turismo entende-se o conjunto de atividades que as pessoas realizam durante suas viagens e permanência em lugares distintos dos que vivem, por um período de tempo inferior a um ano consecutivo, com fins de lazer, negócios, dentre outros, sendo um dos setores que mais deveriam movimentar a economia, levando em consideração a hotelaria, gastronomia, comércio e, concomitante a estes, indústria e transporte do nosso país.*

Como sabemos, o Brasil apresenta um potencial enorme no que pese ao ramo turístico, porém, como também sabemos, este recurso não é devidamente explorado pelo Estado. E pior, cada vez mais a atividade turística é reduzida no Brasil, visto a redução da segurança pública e a degradação dos ambientes externos do nosso país, devido à falta de preservação ambiental, fatores que desencorajam os turistas fruírem desta atividade.

Apesar disso, é o que a legislação:

Art. 180 da Constituição Federal. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 1º da Lei 11.771/11. Esta lei estabelece normas sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico e disciplina a prestação de serviços turísticos, o cadastro, a classificação e a fiscalização dos prestadores de serviços turísticos.

Art. 1º da Lei 8.181/91. A Empresa Brasileira de Turismo (Embratur), autarquia especial, criada nos termos do art. 11 do Decreto-Lei nº 55, de 18

de novembro de 1966, passa a denominar-se Embratur – Instituto Brasileiro de Turismo, vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Regional da Presidência da República.

Art. 2º da Lei 8.181/91. A EMBRATUR, autarquia vinculada ao Ministério do Esporte e Turismo, tem por finalidade a formulação e coordenar a implementação da política nacional do turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico.

Capítulo 3 – Defesa da Concorrência

1. Introdução

Introduz Vicente Bagnoli:

Quando o Direito relaciona-se com a Economia, de modo que o conteúdo jurídico interage com o econômico, a concorrência passa a ser tratada como princípio constitucional da ordem econômica das economias capitalistas, justificado pela possibilidade de se obter lucros dentro de uma economia de mercado, cujos institutos básicos são a liberdade de iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção e, naturalmente, a livre concorrência.

Como dito no estudo do Princípio da Livre Concorrência, a pluralidade de entes empresariais em determinado setor é, em regra, benéfico para o mercado como um todo, afinal, a pluralidade de concorrentes leva à movimentação dos *players* em relação ao desenvolvimento de produtos de maior qualidade e menor preço, além, é claro, da maior variedade de produtos de um mesmo ramo mercantil.

Como vimos, também, é dever do Estado agir nas ocasiões em que o Princípio da Livre Concorrência é ameaçado, por exemplo, pelas concentrações de empresa, situação esta que leva à redução da concorrência, podendo resultar na formação de monopólios, aumento dos preços, redução da variedade e qualidade dos produtos.

Por outro lado, não poderá o Estado suprimir o Princípio da Livre Iniciativa, atuando de forma excessivamente intrusiva. Não é proibido que as empresas tenham poder econômico. É proibido que o poder econômico das empresas seja convertido em esforços para que se suprima a concorrência, para que se domine o mercado ou para que se tenha lucros exorbitantes, ou seja, é proibido que haja uso abusivo de poder, acarretando na violação de direitos do consumidor e do mercado. É nessa situação que o Estado deve agir. É neste ponto que se encontra o estudo acerca da *Defesa da Concorrência*.

A este respeito, afirma Fabiano Del Masso:

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 de disciplina jurídica da concorrência é impedir que o sucesso dos agentes econômicos decorra de práticas de **abuso de poder** ou de atos de **deslealdade**.

Completa Vicente Bagnoli:

A concorrência desleal diz respeito às práticas adotadas em prejuízo a determinada empresa concorrente, como o desvio de clientela, aproveitamento parasitário e até a contrafação, e que podem também trazer prejuízos ao consumidor.

A Livre Concorrência, a pluralidade de concorrência evita a concentração de poder das empresas, visto pulverizá-la, isto é, dividi-la entre os *players* de determinado setor.

Acerca da intervenção do Estado, afirma o art. 173, §4º, da Constituição Federal:

Art. 173, §4º, da Constituição Federal. A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

2. Evolução da Defesa da Concorrência

É a evolução da defesa da concorrência, através dos dispositivos, dos Acts (atos), das Constituições Federais Brasileiras e leis ordinárias:

Purpose of act (Canadian Competition Act, 1889)⁸:

1.1. The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices⁹.

Sherman Antitrust Act, §1¹⁰. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by

⁸ Texto disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/page-1.html>>

⁹ A proposta deste Ato é de manter e encorajar a concorrência a fim de promover a eficiência e adaptabilidade da economia canadense, visando expandir as oportunidades no que se refere à participação canadense nos mercados mundiais ao mesmo tempo em que reconhece o papel da concorrência estrangeira no Canadá, visa, também, garantir às pequenas e médias empresas igualdade de oportunidades em participar da economia canadense e, por fim, garantir aos consumidores pluralidade de preços e de produtos a serem escolhidos (tradução livre).

¹⁰ Texto disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>>

imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court¹¹.

Art. 115 da Constituição Federal de 1934. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art. 148 da Constituição Federal de 1946. 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. 1º da Lei 4.137/1962. A repressão ao abuso do poder econômico, a que se refere o art. 148 da Constituição Federal, regular-se-á pelas disposições desta lei.

[...]

Art. 8º da Lei 4.137/1962. É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta Lei.

~~**Art. 1º da Lei 8.884/1994.** Esta lei 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.~~

Art. 1º da Lei 9.279/1996. Esta Lei regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Art. 2º da Lei 9.279/1996. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

[...]

¹¹ Qualquer contrato, combinação em forma de trust ou qualquer outra combinação, ou conspiração, em limitação de mercado ou comércio entre alguns Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ser ilegal. Qualquer pessoa que tiver a intenção de criar qualquer contrato ou acordo que incida em combinação ou conspiração considerada ilegal será considerada culpada pelo crime, e, como condenação, será punido com multa não superior a \$100.000.000 se se tratar de corporação, ou, tratando-se de outra pessoa, \$1.000.000, ou por pena privativa de liberdade que não exceda 10 anos, ou em ambas as punições mencionadas, cabendo a decisão à corte (tradução livre).

V – repressão à concorrência desleal.

Art. 1º da Lei 12.529/2011¹². 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.

[...]

Art. 3º da Lei 12.529/2011. 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.

Façamos comentários mais aprofundados acerca da evolução da defesa da concorrência no que pese às Leis 4.137/1962, 8.884/1994 e 12.529/2011.

Em relação à Lei 4.137/1962, afirma a Prof. Camila Paula de Barros Gomes no artigo intitulado *O controle estatal dos atos de concentração*¹³:

Em 1962, o dispositivo constitucional foi regulamentado, por meio da Lei 4.137, que definiu as condutas que infringiam o regramento constitucional e criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), cuja função seria a apuração e repressão aos abusos de poder econômico.

A atuação inicial do CADE foi extremamente tímida, beirando a inexistência.

A Lei 8.884/1994 apresentava um problema: a realização dos trustes poderia ser feita anteriormente à notificação ao órgão regulador, ou seja, a análise seria feita posteriormente à concentração, fato este que, se negada, dificultava a sua reversão.

A Lei 12.529/2011 substituiu a Lei 8.884/1994, acabando com o problema anteriormente citado, como veremos adiante, sendo necessário, portanto, antes da realização da concentração, a avaliação e aprovação por parte do órgão regulador (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Esta legislação, porém, apresenta outro problema: excluiu o denominado *Market share*, como veremos a seguir.

3. Sistema Atual de Defesa da Concorrência

A legislação utilizada atualmente para que se faça a defesa da concorrência é a Lei 12.529/2011 que, como vimos, visa defender o mercado das ações que firmam a ordem econômica como um todo. Preza por manter, portanto, a concorrência do mercado por meio da prevenção e repressão de ações abusivas e ilícitas.

¹² Revogou e substituiu a Lei 8.884/1994.

¹³ Texto disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/142348/146132>>

Os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência são, como vimos na Lei que os criou, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Economia e da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico.

A Lei 12.529/2011 é dividida da seguinte maneira:

- 1) Controle das estruturas de mercado;
- 2) Repressão a condutas anticompetitivas;
- 3) Promoção da cultura de concorrência, através da educação do consumidor.

4. Dos Atos de Concentração

Primeiramente, convém que façamos uma pergunta: *todo ato de concentração tem efeitos negativos?*

A resposta é não. Por exemplo, quando duas empresas produzem o mesmo produto, porém uma delas é especializada em uma parte da produção enquanto a outra empresa é especializada em outra parte da produção. A união de ambas acarretará na elevação da qualidade do produto, beneficiando o mercado. Outro exemplo é o caso de uma empresa estar em processo de falência e outra comprá-la, mantendo o seu mercado consumidor ativo.

Portanto, para que haja o efetivo impedimento de determinada concentração, é necessário que seja feita uma análise minuciosa, visando sopesar pontos negativos e positivos da concentração, ou seja, concluindo se a união das empresas acarretará em benefícios ou malefícios para o mercado.

Afirma Fabiano Del Masso acerca da concorrência perfeita:

A concorrência perfeita pressupõe as seguintes características:

- tanto do lado da demanda quanto 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.

Espécies. São duas as possíveis classificações:

Quanto ao aspecto material. São as espécies de concentração:

- 1) Horizontal; e
- 2) Vertical.

Concentração horizontal. Ocorre quando há a concentração de empresas concorrentes, ou seja, que ofertam o mesmo produto ao mesmo mercado relevante.

Concentração vertical. Ocorre quando há a concentração de empresas complementares, ou seja, de empresas que são especializadas em determinada fase da produção de determinado produto, por exemplo, em relação ao setor têxtil, a existência de uma empresa que tem a plantação de algodão, a empresa que tem a fábrica de fios, a empresa que tem a fábrica de tecelagem etc.

Quanto ao aspecto formal. São três as espécies:

- 1) Figuras personificadas;
- 2) Figuras participativas;
- 3) Figuras temporárias.

Figuras personificadas. Da concentração há a extinção da personalidade de pelo menos uma das empresas envolvidas. Neste caso, tratar-se-á da ocorrência de *fusão* ou *incorporação*.

Figuras participativas. Da concentração permanece a personalidade jurídica de todas as empresas envolvidas, apenas havendo a participação de uma no capital da outra. Neste caso, podemos citar o *holding*.

Figuras temporárias. São concentrações efêmeras, com um objetivo específico que, se alcançado, resulta na separação das empresas. Podemos citar o *joint venture* e o *consórcio*.

Partamos, agora, para o estudo acerca dos atos de concentração mais corriqueiros e importantes, sendo eles, segundo a Lei 12.259/2011:

Art. 90 da Lei 12.259/2011. 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*.

São portanto, os atos de concentração:

- 1) Fusão;
- 2) Aquisição;
- 3) Incorporação;

- 4) Contrato associativo;
- 5) Consórcio;
- 6) Joint Venture.

Fusão. Afirma o art. 228 da Lei 6.404/1976:

Art. 228 da Lei 6.404/1976. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Portanto, a junção de duas ou mais empresas para a formação de uma nova empresa denomina-se *fusão*. Neste caso, as personalidades jurídicas das empresas envolvidas são extintas, criando-se uma nova e única personalidade jurídica.

$$A + B = C$$

Citemos alguns exemplos:

- 1) *Nestlé e Garoto*: neste caso, identificando uma concentração referente à 60% do mercado, negou o pedido de concentração o CADE;
- 2) *Króton e Estácio*: neste caso, identificando uma concentração referente à 46% do mercado de educação superior à distância e 17% em relação ao mercado de educação presencial, negou o pedido de concentração o CADE;
- 3) *Itaú e Unibanco*: neste caso, reconhecendo não haver prejuízos para o setor, aprovou a concentração o CADE:

É a decisão, segundo a Ata da 119ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE:

Decisão: O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e, no mérito, por maioria, aprovou-a condicionada a celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Vencidos os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt que se manifestaram pela reprovação da operação.

Incorporação. Afirma o art. 227 da Lei 6.404/1976:

Art. 227 da Lei 6.404/1976. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

A incorporação, portanto, ocorre quando uma empresa maior absorve uma menor, incorporando, também, todos seus direitos, obrigações, sócios e patrimônio, de modo que somente a personalidade jurídica da que incorpora permanece.

$$A + B = A$$

Aquisição. A aquisição ocorrerá quando uma empresa comprar a maioria ou grande parte das ações de outra empresa. Desta forma, a empresa que comprar as ações terá controle sob esta, permanecendo a personalidade jurídica das duas.

$$A \xrightarrow{\$} B = A e B$$

À título de exemplo, podemos citar a aprovação do CADE em relação à aquisição, sem restrições, da maioria das ações da *Car Rental Systems*, do Grupo Hertz, pela *Localiza*.

Foi o texto publicado no Diário Oficial da União de 27 de Julho de 2017:

DESPACHO DO SUPERINTENDENTE-GERAL

Em 26 de junho de 2017

Nº 886 – Ato de Concentração nº 08700.001347/2017-41. Requerentes: Localiza Rent a Car S.A., Localiza Fleet S.A., Car Rental Systems do Brasil Locação de Veículos Ltda. Advogados: Rodrigo Carneiro, Leonardo Duarte e outros. Terceiro interessado: Autogerai Locadora Ltda., Corac Locadora de Veículos Multimarcas Ltda., Locadoras de Veículos Sul Brasil Ltda., Rental Car LM Ltda., Santa Clara Comércio de Veículos Ltda., TI. Mnezes Barros Eireli, Via Mundi Serviços Ltda. Avogado: Tiago Gomes. Acolho a Nota Técnica 22/2017/CGAA4/SGAI/SG/CADE e, com fulcro no §1º do art. 50, da Lei nº 9.784/99, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Decido pela aprovação, sem restrições, do referido ato de concentração, nos termos do art. 13, inciso XII, da Lei nº 12.529/11.

Joint venture. É a associação de empresas sem caráter definitivo, com o objetivo de explorar atividade econômica específica por período determinado. Ocorre a junção de empresas com o interesse em superar determinada barreira que, sozinhas, não ultrapassariam.

À título de exemplo, podemos citar a *Newco*, *joint venture* criada entre SBT, Record e Rede TV no ano de 2016.

Foi aprovado pelo CADE, sob dever de atender a algumas ordens. É o que diz o site do CADE:

Para sanar eventuais problemas anticoncorrenciais que poderiam advir da atuação conjunto de três concorrentes, o ACC (Acordo em Controle de Concentrações) contemplou, entre outras, as seguintes medidas: obrigação de investimento na *joint venture*, subsídios a pequenos e médios operadores de tv por assinatura; e estabelecimento de um prazo tanto para a vigência do ACC quanto para a duração da companhia – seis anos a contar da assinatura do primeiro contrato com uma grande operadora.

Além disso, ficou definido que a Newco aplicará montante relevante de receitas no desenvolvimento de produtos e serviços para televisão por assinatura e outras mídias. “Essa obrigação pode gerar eficiências compensatórias e/ou mitigar problemas decorrentes da atuação das requerentes”, afirmou o conselheiro relator do voto-vista, Alexandre Cordeiro.

A + B = C (A e B)

Contratos associativos. Dá-se por qualquer contrato com duração igual ou superior a 2 anos feito por duas ou mais empresas que visem a exploração de atividade econômica específica. Para tanto, é necessário que as empresas contratantes sejam concorrentes do mesmo mercado relevante.

A + B → Atividade econômica específica

Consórcio. É o acordo feito entre duas ou mais empresas. Preserva-se a personalidade jurídica de cada uma e não há a criação de nova entidade. Cada uma responde e se obriga pela parte responsável do contrato, não havendo presunção de solidariedade.

A (função 1) + B (função 2) → Atividade

Estas últimas três categorias não serão consideradas *atos de concentração* quando contempladas diante de *licitação*.

Análise do CADE. Os elementos acima expostos serão analisados pelo CADE, caso incidam nos requisitos estipulados pela lei.

Requisitos. Portanto, vejamos quais são os requisitos que devem ser atendidos para que haja a incidência da análise do CADE:

Art. 88 da Lei 12.529/2011. 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).

Tal dispositivo foi alterado pela Portaria Interministerial nº 994/2012 do CADE, segundo disposição do §1º, do art. 88, da Lei 12.529/2011¹⁴, sendo o seu conteúdo:

Art. 1º da Portaria nº 944/2012. 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.

Portanto, são dois os requisitos para a submissão obrigatória à análise do CADE:

- 1) Uma das empresas apresentar no balanço geral do ano anterior faturamento igual ou superior a R\$ 750.000.000,00;
- 2) Alguma outra empresa que participe da concentração apresentar no balanço geral do ano anterior faturamento igual ou superior a R\$ 75.000.000,00.

Estes requisitos são denominados pela doutrina de *dupla trava cumulativa*, pois é necessário que se atenda, simultaneamente, aos dois requisitos, caso contrário a análise do CADE não se faz obrigatória.

Submissão obrigatória. Os atos de concentração que atenderem a estes requisitos deverão ser obrigatoriamente submetidos ao CADE anteriormente a sua consumação, sob pena de nulidade, segundo o §3º do artigo acima referido:

Art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011. Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciado, 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 de regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

Gun jumping. À não submissão dos atos de concentração ao CADE ou ao início das atividades de concentração anteriormente à análise do mesmo órgão denomina-se *gun jumping*.

Como exemplo, podemos citar o *gun jumping* realizado pela compra de 40% da Petrobras no Bloco BS-4 pela OGX.

É notícia veiculada pelo CADE:

¹⁴ **Art. 88, §1º, da Lei 12.529/2011.** 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.

A empresa OGX comprometeu-se perante o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, na sessão de julgamento desta quarta-feira (28), a pagar o montante de R\$ 3 milhões pela prática de “gun jumping” – quando ocorre consumação da operação sem autorização prévia do órgão antitruste.

Prazo. Afirma o art. 88, §2º, da Lei 12.529/2011:

Art. 88, §2º, da Lei 12.529/2011. 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.

Aspectos analisados pelo CADE. Segundo o próprio CADE, nas análises de um ato de concentração, são observadas, por exemplo, a participação de mercado das empresas envolvidas na operação; se há existência ou não de rivalidade por parte dos concorrentes; além de outros aspectos relacionados ao setor de análise. O Cade zela pela preservação da concorrência, objetivando, entre outros quesitos, diversidade e qualidade de produtos e serviços prestados ao consumidor.

Após a conclusão da análise do ato de concentração, o Cade decide pela aprovação, com restrições (quando há imposição ou negociação de medidas) ou sem restrições, ou pela reprovação da operação.

Podemos resumir este texto à três aspectos específicos, quais sejam:

- 1) Mercado relevante;
- 2) Nível de concentração no mercado;
- 3) Análise final.

Mercado relevante. Segundo texto disponibilizado pelo CADE, mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas.

A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto (material) e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substituto, seja porque não é possível obtê-lo.

Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento dos preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.

Ainda segundo o CADE, a definição de mercado relevante é de vital importância para a análise dos casos que chegam ao órgão, uma vez que ele é o

espaço onde o poder de mercado pode ser inserido. Só se pode falar em existência de poder de mercado se for definido previamente em qual espaço esse poder pode ser exercido. Assim, para se caracterizar a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é afetado por um ato de concentração ou por uma conduta para, em seguida, inferirmos se neste mercado existe probabilidade de exercício abusivo desse poder.

O poder de mercado, por sua vez, caracteriza-se pela capacidade de uma empresa manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. O abuso estará configurado se assim o fizer para prejudicar a livre concorrência.

Nível de concentração. Deve-se analisar o nível de concentração de mercado antes e depois do ato de concentração. Por exemplo, se após o ato de concentração as empresas envolvidas possuírem determinada porcentagem do mercado, a ponto de adquirirem poder de mercado, entender-se-á estarem sendo prejudicadas as demais empresas concorrentes. Neste caso, não se aceitará o ato de concentração.

Análise final. Afirma o art. 88, §§ 5º e 6º, da Lei 12.529/2011:

Art. 88, §5º, da Lei 12.529/2011. Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.

Art. 88, §6º, da Lei 12.529/2011. Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada e 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 – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

São três as possíveis decisões do CADE:

- 1) **Aprovação integral da concentração;**
- 2) **Aprovação com restrições;**
- 3) **Recusa da concentração.**

A decisão dependerá dos benefícios ou malefícios que o ato de concentração gerará para o mercado relevante. Se gerar malefícios, como o disposto no §5º, o ato de concentração será rejeitado; se gerar benefícios, como o disposto no §6º, o ato de concentração será aprovado. Se houver, porém, a existência de benefícios e malefícios, o CADE poderá impor restrições ou deveres às empresas constantes no ato, de modo a reduzir os efeitos negativos da concentração.

Revisão dos atos de concentração. Afirma o art. 91 da Lei 12.529/2011:

Art. 91 da Lei 12.529/2011. 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 enganosa 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.

Portanto, se a decisão for proferida com base em informações falsas ou enganosas ou se ocorrer o descumprimento das obrigações dadas pelo CADE, bem como não se alcançarem os objetivos visados, poderá o CADE aplicar multa de R\$ 60.000,00 a R\$ 6.000.000,00, além da abertura de processo administrativo pela Superintendência-Geral.

5. Repressão a Condutas Anticompetitivas (Desleais)

Maior desafio da defesa da concorrência. Além dos atos de concentração, há outras ações que prejudicam o mercado, infringindo a Ordem Econômica, como os acordos e demais infrações contra a Ordem Econômica. A repressão às condutas anticompetitivas, os atos de deslealdade, contra a livre concorrência, são os elementos mais difíceis de regulamentar e combater, sendo, portanto, o grande desafio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Neste tipo de conduta anticompetitiva, é difícil a percepção por parte do CADE, pois não se caracterizam por contratos visíveis, bem definidos, mas, sim, por contratos de termos amplos, indeterminados, muitas vezes não esboçado por parte das empresas envolvidas. O chamado acordo feito *embaixo dos panos*.

As ações que ocorrem no mercado não devem ser analisadas somente em si mesmas, mas devem ser analisados os fatos eventuais, os resultados posteriores, além do dano efetivo para o mercado. Por esse motivo, não se deve apenas olhar para o fato em si, mas para a intensidade e efeitos que resultará para o mercado. Esta é a denominada *regra da razão*. Segundo esta regra, o CADE deverá interpretar as ações que ocorrem no mercado, identificando possíveis danos à livre concorrência, sendo relevante, para tanto, o conceito de *mercado relevante*.

Trata-se de regra segundo a qual se diferenciará a atuação do Estado no combate às ações abusivas e a ação abusiva do Estado na economia, visto se tratarem de elementos tenuemente separados. Como sabemos, o Estado deve agir minimamente para manter o Estado harmônico.

Como vimos, são dois os elementos que caracterizam as ações desleais:

- 1) Acordo entre as empresas;
- 2) Infrações à ordem econômica.

Afirma o art. 36 da Lei 12.529/2011 e art. 195 da Lei de Propriedade Industrial (9.279/1996):

Art. 36 da Lei 12.259/2011. 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.

§1º. 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.

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

§3º. 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 no 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 prestações 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 e 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 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.

Art. 195 da Lei de Propriedade Industrial. 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;

XI – 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;

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.

§1º. 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.

§2º. 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.

Acordos horizontais. São aqueles realizados por empresas concorrentes do mesmo mercado relevante. Os acordos que causem prejuízo ao mercado são denominados cartéis e as concentrações horizontais.

Segundo definição do CADE, a concentração horizontal ocorre em operações que envolvem agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si.

Ainda segundo o CADE, o cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns desnecessariamente caros para outros.

É importante ressaltar que a mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos e serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes, etc.

Por isso, a conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço praticado em um mercado competitivo.

Acordos verticais. São aqueles realizados entre empresas que estejam em mercados distintos, porém participem de fases da produção do mesmo produto. Por exemplo, o acordo entre uma empresa e o seu distribuidor.

Normalmente não trazem prejuízos à ordem econômica e à defesa da concorrência, porém podem trazer prejuízos. Quando acordados com o objetivo de infringir à livre concorrência, denominar-se-á concentração vertical.

Segundo o CADE, a concentração vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva.

Ação culposa *lato sensu* e geração do dano. Como afirma o *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011, não é necessário que se haja com culpa ou dolo, nem que se atinja o resultado danoso, mas apenas que a ação tenha potencial para causar dano à Ordem Econômica.

É presente, aqui, portanto, a denominada *responsabilidade objetiva*, devendo as empresas zelarem pelo bom funcionamento do mercado e da concorrência saudável.

Exercer de forma abusiva posição dominante. É o que dispõe o inciso IV do artigo acima mencionado. Para que se entenda este inciso, é necessário que definamos o que é *abuso de posição dominante*. A definição desta ação nos é dada pelo próprio CADE, ocorrendo quando uma empresa que possui posição dominante, ou seja, segundo a Lei da Defesa da Concorrência, uma empresa ou grupo de empresas que controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado, adotar condutas anticompetitivas, como recusa de contratar ou acordo de exclusividade, com o objetivo de dominar o mercado de bens ou serviços em que atua.

É necessário informarmos que a definição de posição dominante e o seu uso abusivo deverão ser analisados caso a caso.

Espécies de infrações à ordem econômica. Seguem alguns tipos de infração:

Preços predatórios. Segundo o CADE, é a prática deliberada de preços abaixo do custo visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória.

Como a venda de produtos abaixo do custo significa prejuízo para a empresa que adota preços predatórios, do ponto de vista econômico essa prática só faz sentido se a empresa puder recuperar tal prejuízo em um segundo momento, ou seja, se ele tiver como obter lucros no médio/longo prazo. A conduta ocorre se essa obtenção de lucro decorrer da eliminação de seus concorrentes.

Assim, a prática de preços predatórios requer uma análise mais detalhada das situações de mercado e da conduta do agente, não se restringindo à verificação de um preço abaixo do custo médio variável da empresa, mas também se avaliando, dentre outras coisas, a possibilidade de recuperação do prejuízo decorrente da prática, num segundo momento, e a verificação de barreiras à entrada de novos agentes econômicos que possam restringir o exercício do poder de monopólio, após a eliminação dos concorrentes.

É recorrente a confusão entre preço predatório e *dumping*. Esse é um termo utilizado no comércio internacional, que ocorre quando um agente econômico pratica um preço internamente inferior ao praticado no país de origem do produto.

As investigações sobre a prática de *dumping* são conduzidas pelo DECOM/SECEX do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio Exterior – MDIC.

Por fim, convém informarmos que é possível que uma empresa coloque os preços de seus produtos abaixo da média, desde que o façam por tempo limitado e em local definido, objetivando a venda dos produtos no estoque para a reposição (as chamadas *queimas de estoque*).

Venda casada. Segundo o CADE, ocorre quando o ofertante de determinado bem ou serviço impõe, para a sua venda, que o comprador adquira um outro bem ou serviço. O efeito anticoncorrencial mais visível seria a tentativa de alavancar poder de mercado de um setor para dominar outro, eliminando concorrentes.

O exemplo mais conhecido de venda casada é o processo movido nos Estados Unidos pelo órgão de defesa da concorrência norte-americano, a *Federal Trade Commission* – FTC, contra a Microsoft, em razão de a empresa vender seu programa de acesso à internet, o Internet Explorer, incluído no pacote do Sistema Operacional da Microsoft, o chamado Windows, sem opção para que o consumidor adquirisse exclusivamente o Windows.

Outro caso conhecido, porém no Brasil, foi o processo contra o McDonalds, visto que o mesmo impossibilitava a compra dos brindes do McLancheFeliz, sendo necessário a compra de ambos os produtos. O processo foi deferido. Hoje, é possível que se compre somente o brinde de tal lanche.

No entanto, a venda casada pode envolver aspectos de eficiência e, da mesma forma que outras práticas, deve-se analisar a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

A prática de venda casada também é contemplada na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo a mesma definição:

Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

[...]

Nesses casos, por se tratar de uma relação de consumo e não existirem reflexos sobre o ambiente concorrencial de mercado, o assunto deve ser tratado no âmbito dos órgãos de defesa do consumidor, como os PROCON's e a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – Senacon do Ministério da Justiça.

Recusa de contratar. Segundo o CADE, a recusa de contratar ocorre quando um agente com posição dominante se recusa, injustificadamente, a vender um bem ou serviço dentro dos parâmetros comerciais usuais no mercado.

Será configurada infração à ordem econômica a empresa que, detentora de duas etapas seguidas da produção, por exemplo, plantio e colheita de algodão e tecelagem, recusar-se a vender algodão para os concorrentes do setor de tecelagem, visando a criação de monopólio.

Acordo de exclusividade. Segundo o CADE, ocorre quando os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando, assim, proibidos de comercializar os bens dos rivais. Tais acordos podem trazer efeitos nocivos à livre concorrência, devendo, novamente, ser analisados considerando-se a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

À título de exemplo podemos citar o plano de saúde que exige do médico contratado exclusividade em relação as suas atividades.

Manutenção de preço de revenda. Segundo o CADE, ocorre quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. A fixação de preços pode muitas vezes ser abusiva e limitar a concorrência entre esses agentes econômicos. Mais uma vez, a prática deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que tal prática pode gerar sobre a concorrência.

Aqui cabe um adendo, o produtor que exige a manutenção dos preços de revenda incidirá na *recusa de contratar*, e não da manutenção de preço de revenda. Segundo o CADE, embora envolva claro constrangimento sobre o revendedor, no Brasil a prática não é considerada um ilícito por si só, devendo ser avaliada caso a caso, de acordo com os efeitos potenciais que tal prática pode acarretar, sempre observando os efeitos previstos no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência. Não basta constatar a prática, mas também determinar suas consequências, o que depende do poder de mercado do agente econômico no mercado em análise.

Sanções à infração da ordem econômica. São os artigos:

Art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa

será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§1º. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§2º. No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Art. 38 da Lei de Defesa da Concorrência. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isoladas ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V – a cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Como podemos ver, são dois os tipos de sanções aplicadas às empresas que infringirem a ordem econômica, quais sejam: (1) penalidades pecuniárias – art. 37; e (2) penalidades voltadas para a cessação do ilícito – art. 38.

Penalidades pecuniárias. São três as penalidades pecuniárias, além dos casos especiais:

- 1) Tratando-se de empresa, a multa variará de 0,1% a 20% do faturamento bruto do ano anterior ao ilícito, não podendo ser inferior à vantagem auferida;
- 2) Tratando-se das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, associações de entidades ou pessoas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica, a multa variará de R\$ 50.000,00 a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
- 3) Tratando-se de administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, a multa será 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da multa aplicada à empresa infratora;
- 4) Tratando-se de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

Penalidades voltadas para a cessação do ilícito. Concomitante às penas acima dispostas, poderão ser aplicadas as seguintes penas:

- 1) Publicação da infração em jornal de grande circulação (indicado pelo CADE), por dois dias seguidos, de uma a três semanas;
- 2) Proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações públicas;
- 3) Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor:

Segundo o Procon, são as dez empresas mais infratores da ordem econômica:

EMPRESA	TOTAL DE MULTAS
VIVO/Telefônica	R\$ 156.367.448,25
Claro/NET/Embratel (América Móvil)	R\$ 133.565.469,25
Pão de Açúcar/Extra/Pontofrio.com/ Casasbahia.com/Casas Bahia/ Ponto Frio	R\$ 104.580.872,45
Bradesco	R\$ 101.239.929,32
Itaú Unibanco	R\$ 95.265.534,55
Santander	R\$ 86.459.542,70
TIM Celular S.A.	R\$ 81.315.075,52
LATAM	R\$ 55.978.384,99
BMG	R\$ 51.089.875,97
OI	R\$ 45.019.928,29

- 4) Concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, se relacionada à infração, bem como não parcelamento de tributos federais, a não concessão de incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- 5) Cisão da sociedade, transferência do controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

- 6) Proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante por 5 anos;
- 7) Qualquer outro ato penalizante.

Dosimetria/ análise da infração. Dispõe o art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 45 da Defesa da Concorrência. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I – a gravidade da infração;

II – a boa-fé do infrator;

III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – a consumação ou não da infração;

V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator; e

VIII – a reincidência.

6. Ato de Concentração ≠ Infração à Ordem Econômica

É a tabela:

ATO DE CONCENTRAÇÃO	INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA
Devem ser levados à análise do CADE anteriormente ao acontecimento	O CADE somente analisará através de denúncia ou qualquer outro meio pelo qual se faça ciente da infração
Podem resultar em rejeição, aprovação ou aprovação com restrições	Se visualizadas, geram às empresas envolvidas penalidades, como vimos anteriormente

7. Prescrição

Afirma o art. 46 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011):

Art. 46 da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

§1º. 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.

§2º. Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§3º. 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.

§4º. Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

Como podemos ver, em regra, as ações punitivas do CADE que visem a apuração das infrações à ordem econômica prescrevem em 5 anos, a contar da data do fato ilícito ou, se se tratar de ilícito continuado ou permanente, da data em que o ilícito cessar, ou seja, o CADE tem até 5 anos para propor ação que vise apurar as infrações cometidas.

Essa prescrição pode ser interrompida, isto é, suspensa, desde que ocorra um ato administrativo ou judicial apurador da infração, bem como se a pessoa, física ou jurídica, investigada for notificada ou intimada na investigação.

Em relação à prescrição, caso haja ilícito penal concomitante, utilizar-se-á como prazo prescricional o disposto na lei penal.

Como exceção, porém, existe a denominada *prescrição intercorrente*. Iniciado a ação apuradora, o réu poderá propor o arquivamento da investigação caso a mesma permaneça paralisada pelo período de 3 anos.

8. Institutos Benéficos aos Infratores

São dois os institutos aplicáveis:

- 1) Compromisso de cessação;
- 2) Acordo/Programa de leniência.

Compromisso de cessação. Afirma o art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48¹⁵ 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.

§1º. Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

¹⁵ **Art. 48 da Lei de Defesa da Concorrência.** 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...

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.

§2º. Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do §3º do art. 36 desta Lei¹⁶, entre as obrigações a que se refere o inciso I do §1º 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.

§3º. (VETADO)

§4º. A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§5º. A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§6º. A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§7º. 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.

§8º. O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§9º. 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 §9º 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

¹⁶ **Art. 36, §3º, da Lei de Defesa da Concorrência.** 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.

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 Lei¹⁷ ao Compromisso de Cessação da Prática.

A prova do cometimento de ilícitos por parte de empresas, como vimos anteriormente, é o maior desafio do CADE. Como sabemos, infrações à Ordem Econômica não são notificadas ao órgão, devendo este investigar sobre possíveis deslizes legais, sendo necessário que se prove a ocorrência e efetivo ou eventual prejuízo ao mercado.

Por esse motivo, poderá o CADE, por meio da Superintendência-Geral, em situações em que já há investigações, porém não provas concretas, propor à empresa investigada o denominado *compromisso de cessação da prática*.

Para tanto, é necessário que o documento conste os seguintes elementos:

- 1) Especificações das obrigações da empresa no que se refere à cessação da prática investigada ou de seus efeitos lesivos (elemento nuclear da proposta);
- 2) Fixação do valor da multa caso haja descumprimento;
- 3) Fixação do valor da contribuição pecuniária feita ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Esta arrecadação não será inferior à multa disposta no art. 37, anteriormente estudado.

Apresentada a proposta, cujo teor é confidencial, a empresa poderá aceitar ou não. Enquanto não houver manifestação por parte da empresa, não há impedimento para a continuidade da investigação.

Não havendo acordo entre as partes, estará indeferida a proposta.

Caso não aceite, de fato, não há a possibilidade de nova proposta, visto somente poder ser apresentada uma única vez, fato este que dá continuidade normal para as investigações anteriormente iniciadas.

¹⁷ **Art. 50 da Lei de Defesa da Concorrência.** 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 nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Case aceite, a empresa e o CADE devem criar um termo que, desta vez, será público, visto ser dever do CADE publicá-lo em seu site 5 dias após a celebração. Neste caso, há a suspensão do processo investigativo durante o cumprimento do compromisso, devendo ser arquivado caso haja o término do prazo estipulado pelas partes e não houver infrações ao termo. Cabe informar aqui, porém, ser a suspensão exclusiva para a parte que acordar com o CADE. Portanto, havendo outras empresas envolvidas na infração à ordem econômica, o processo investigatório continuará normalmente em relação a estas.

Se se constatar excessiva onerosidade da multa, poderá o CADE alterar as condições impostas à empresa investigada, desde que não implique prejuízo à terceiro ou à coletividade.

Havendo descumprimento do termo, será aplicada a multa estipulada no próprio termo de cessação da prática, dando prosseguimento ao processo administrativo do CADE para que se apure e investigue a infração outrora cessada.

Programa/Acordo de leniência. Afirmam os arts. 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

§1º. 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.

§2º. Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do §1º deste artigo.

§3º. 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.

§4º. 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 de acordo de leniência.

§5º. Na hipótese do inciso II do §4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fato 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.

§6º. 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.

§7º. 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.

§8º. Na hipótese do §7º 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 §4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§9º. 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 da Lei de Defesa da Concorrência. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art.

288 do Decreto-Lei nº 2.484, 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.

O primeiro ponto que devemos citar é o fato de, diferentemente do instituto anteriormente explicado, o acordo de leniência é proposto pela empresa infratora.

A proposta de leniência sempre resultará em dois benefícios à empresa proponente, quais sejam:

- 1) No caso de o CADE não ter conhecimento acerca da infração, poderá, preenchidos os requisitos que veremos a seguir, extinguir a ação punitiva da administração pública;
- 2) No caso de o CADE apresentar conhecimento sobre a infração, havendo andamento de processo investigativo, poderá haver, preenchidos os requisitos que veremos a seguir, a redução de 1 a 2/3 da pena aplicável. Neste caso, a pena da empresa delatora não poderá ser superior à menor pena aplicada a qualquer das demais empresas envolvidas.

Para que ocorram tais benefícios, é necessário que a colaboração da empresa proponente reflita em:

- 1) Identificação dos demais envolvidos na infração; e
- 2) Obtenção de documentos e informações que permitam a prova da infração notificada.

Para que a empresa possa, de fato, propor o acordo de leniência, é necessário que ela atenda a alguns requisitos prévios:

- 1) É necessário que seja a primeira empresa a propor acordo em relação à infração noticiada ou investigada;
- 2) É necessário que a empresa cesse a sua participação no ilícito;
- 3) É necessário que o CADE não apresente provas suficientes para a condenação da infração em questão;
- 4) É necessário que a empresa confesse a sua participação na infração, cooperando plena e permanentemente com o CADE até o encerramento do ato administrativo.

Em relação às pessoas físicas infratoras, basta que atendam aos 3 últimos requisitos.

Além destas ocasiões estabelecidas até aqui, poderá empresa que não atender aos requisitos acima dispostos, segundo o §7º do art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência, exigir o benefício em relação a esta infração, desde que informe infração diversa não conhecida pelo CADE. Neste caso, terá extinta a ação punitiva

em relação à infração desconhecida, obtendo redução de 1/3 da pena aplicável em relação à infração conhecida (§8º). É a denominada *Leniência Plus*.

Independente da espécie de leniência, no caso de descumprimento do acordo, a empresa fica impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos a partir da data de seu julgamento.

Tratando-se de crime contra a ordem econômica, punível pelo Código Penal, a realização de acordo de leniência suspende o curso do prazo prescricional, impedindo que o Ministério Público ofereça denúncia em relação ao agente infrator. Para que não haja colisão entre o CADE e o Ministério Público, é comum que o acordo de leniência seja realizado com a presença de representantes dos dois órgãos.

Por fim, cumprido o acordo de leniência, extingue-se a punibilidade dos crimes e infrações cometidas.

9. Titulares dos Bens Jurídicos Tutelados

Afirma o art. 1º, parágrafo único, da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 1º, parágrafo único, da Lei de Defesa da Concorrência. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Afirma Fabiano del Masso:

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 inconciabilidade 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.

[...]

... 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 (bens jurídicos tutelados)? O titular desses direitos protegidos é a pessoa que explora a atividade econômica.

Portanto, a doutrina entende como titular dos bens jurídicos tutelados na Lei de Defesa da Concorrência os agentes do mercado, sendo indiretamente favorecidos os consumidores e a coletividade em geral.

Sendo indiretamente titulares dos direitos, é possível que qualquer indivíduo ajuíze ação para a cessação de infração à ordem econômica efetuada no Brasil ou cujos efeitos atinjam o Brasil (necessitando, neste caso, da cooperação entre os Estados envolvidos), apesar de este mecanismo ser pouco utilizado no Brasil.

Afirma o art. 2º da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 2º da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

§1º. Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§2º. 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.

Infratores. Quem poderá, de fato, cometer uma infração à Ordem Econômica?

Apesar de a própria Lei de Defesa da Concorrência focar nas infrações cometidas por empresas (pessoas jurídicas), é possível que pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito público ou privado, associações de fato ou de direito etc. cometam infrações à Ordem Econômica.

Responsabilidade. Caso uma empresa cometa infração à Ordem econômica, serão responsabilizados solidariamente os dirigentes e administradores, podendo haver a desconsideração da personalidade jurídica nos moldes definidos pelo art. 50 do Código Civil e do art. 34 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 50 do Código Civil. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigação sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Art. 34 da Lei de Defesa da Concorrência. 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

10. Características do CADE

Afirmam os arts. 3º e 4º da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 3º da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

Art. 4º da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

Como podemos ver, o CADE, elemento do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trata-se de órgão judicante com capacidade para proferir resoluções de caráter administrativo, visto ser elemento da estrutura da administração pública federal, além de ser uma autarquia federal, possuindo, portanto, personalidade jurídica.

Convém destacar que as decisões do CADE não geram coisa julgada, ou seja, não gera decisões imutáveis e indiscutíveis, podendo as empresas provocarem o Judiciário quanto a sentença do órgão.

O CADE é órgão vinculado ao Ministério da Justiça, tendo sede e foro em Brasília.

11. Estrutura do CADE

Afirma o art. 5º da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 5º da Lei de Defesa da Concorrência. O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II – Superintendência-Geral; e

III – Departamento de Estudos Econômicos.

11.1. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

Composição e regras gerais. São as normas sobre a composição deste órgão:

Art. 6º da Lei de Defesa da Concorrência. O Tribunal Administrativo, órgão judicante, 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.

§1º. O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução.

§2º. Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§3º. 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.

§4º. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§5º. Se, nas hipóteses previstas no §4º deste artigo, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Tribunal ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no §1º do art. 9º 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 quórum.

Art. 7º da Lei de Defesa da Concorrência. 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 nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º 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. 8º da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

§1º. 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.

§2º. Durante o período mencionado no §1º deste artigo, o Presidente e os Conselheiros receberão a mesma remuneração do cargo que ocupavam.

§3º. Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se à pena prevista no art. 321 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o ex-presidente ou ex-conselheiro que violar impedimento previsto no §1º deste artigo.

§4º. É vedado, a qualquer tempo, ao Presidente e aos Conselheiros utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido.

Como podemos ver, o Tribunal Administrativo será composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal dentre homens maiores de 30 anos, com reputação ilibada e notório conhecimento jurídico ou econômico.

Trata-se de cargos exclusivos, ou seja, os membros do Tribunal Administrativo não poderão realizar atividade econômica diversa das atribuições existentes no cargo de Presidente ou Conselheiro do Tribunal Administrativo.

Cargos vagos. Veremos o que ocorre da vacância de um destes cargos:

Em relação à vacância do cargo de Presidente, assumirá o Conselheiro mais antigo ou, sucessivamente, o mais velho.

Em relação à vacância do cargo de Conselheiro, será escolhido outro indivíduo com mais de 30 anos, reputação ilibada e notável conhecimento jurídico e econômico para que permaneça no cargo até o término do mandato.

Os membros somente perderão seus cargos nas seguintes ocasiões:

- 1) Decisão do Senado (por provocação do Presidente da República);
- 2) Condenação penal por crime doloso em sentença irrecorrível;
- 3) Processo disciplinar por violação das normas estabelecidas aos servidores públicos civis da União;
- 4) Faltar por 5 vezes consecutivas ou 20 vezes intercaladas;
- 5) Desrespeito a qualquer uma das seguintes regras:
 - a. Receber honorários, porcentagens ou custas;
 - b. Exercer profissão liberal;
 - c. Participar de sociedade civil, comercial ou empresa de qualquer espécie;
 - d. Emitir parecer sobre matéria de sua especialização ou exercer função de consultor de qualquer tipo de empresa;

- e. Manifestar opinião sobre caso que será julgado ou que esteja sendo julgado pelo CADE.

Quarentena. A partir da data da saída do cargo, não poderão os ex-membros, num período de 120 dias, representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, salvo se relativo a direito próprio, sob pena de ser acusado por *advocacia administrativa*.

Caso incidam neste crime, receberão a pena estabelecida no art. 321 do Código Penal:

Art. 321 do Código Penal. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário.

Pena – detenção, de um a três meses, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é ilegítimo.

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Competência. A competência do Tribunal Administrativo do CADE, em si, é disposta no art. 9º da Lei de Defesa da Concorrência:

Seção II

[...]

Subseção I

Da Competência do Plenário do Tribunal

Art. 9º da Lei de Defesa de Concorrência. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I – zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III – decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

V – aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;

VI – apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;

VII – intimar os interessados de suas decisões;

VIII – requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

IX – contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

X – apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;

XI – determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;

XII – requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XIII – requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

XIV – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XV – elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; Vide Decreto nº 9.011. de 2017;

XVI – propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observando o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal¹⁸;

XVII – elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

XVIII – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

XIX – decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

§1º. As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quórum de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

§2º. As decisões do Tribunal não comportam revisão 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.

¹⁸ **Art. 37 da Constituição Federal.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] **II** – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

§3°. 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 assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

§4°. O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§5°. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no §4° deste artigo.

Convém que destaquemos alguns pontos.

Dentre as tarefas mais importantes, é dever do Tribunal Administrativo apreciar os casos previstos no já estudado art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, artigo onde se encontram os denominados *atos de concentração* e *infrações à Ordem Econômica*, bem como aprovar os também já estudados *acordo de leniência* e *compromisso de cessação*, determinando à Superintendência-Geral a fiscalização do cumprimento destes elementos.

Além destas funções, o Tribunal Administrativo poderá ser alvo de consultas, devendo os proponentes pagarem uma determinada taxa, apresentando os documentos ao Tribunal (portanto, não serão atendidas as demandas formuladas por parte não interessada, meramente hipotéticas ou carentes de elementos suficientes para a total compreensão da matéria). Como já vimos anteriormente, caso a consulta resulte em confirmação de infração à Ordem Econômica, deverá a empresa proponente cessar a atividade.

Como informa o §2°, não é possível a revisão das decisões do Tribunal Administrativo pelo Poder Executivo, não obstante a revisão por parte do Poder Judiciário, pois, como vimos anteriormente, o Cade é órgão administrativo e não judicial.

11.2. Superintendência-Geral

Composição e regras gerais. Afirma o art. 12 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 12 da Lei de Defesa da Concorrência. 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 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 aprovação pelo Senado Federal.

§2°. O Superintendente-Geral terá mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução para um único período subsequente.

§3°. Aplicam-se ao Superintendente-Geral as mesmas normas de impedimentos, perda de mandato, substituição e as vedações do art. 8° desta Lei, incluindo o disposto no §2° do art. 8° desta Lei, aplicáveis ao Presidente e aos Conselheiros do Tribunal.

§4°. Os cargos de Superintendente-Geral e de Superintendentes-Adjuntos são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§5°. 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° deste artigo.

§6°. Se, no caso de vacância prevista no §5° 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° deste artigo.

§7°. Os Superintendentes-Adjuntos serão indicados pelo Superintendente-Geral.

A Superintendência-Geral do Cade será composta por um Superintendente-Geral, escolhido pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado dentre homens maiores de 30 anos, reputação ilibada e notório conhecimento jurídico ou econômico, e por dois Superintendentes-Adjuntos escolhidos pelo Superintendente-Geral.

Vacância de cargos. São proibidos aos membros da Superintendência-Geral os mesmos elementos anteriormente atribuídos aos membros do Tribunal Administrativo.

No caso de vacância do cargo de Superintendente-Geral, será escolhido pelo Presidente do Tribunal Administrativo um dos Superintendentes-Adjuntos para permanecer no cargo até a nomeação de novo Superintendente-Geral.

No caso de vacância tanto do Superintendente-Geral e dos Superintendentes-Adjuntos, deverá o Presidente do Tribunal Administrativo nomear servidor do Cade que atenda aos requisitos para a ocupação deste cargo, devendo este indivíduo escolhido permanecer no cargo de Superintendente-Geral até a nomeação de novo Superintendente-Geral.

Competência. São as funções da Superintendência-Geral do CADE:

Art. 13 da Lei de Defesa da Concorrência. 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 autor 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 nº 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 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.

A Superintendência-Geral do CADE se dá por órgão executivo da defesa da concorrência. Dentre suas principais funções, é fácil de se visualizar sua proximidade em relação aos demais órgãos da Administração Pública, exercendo sua capacidade de requisitar os documentos e informações necessárias para o andamento dos processos, bem como instituir nestes órgãos elementos que garantam o respeito aos princípios da Ordem Econômica.

Além disso, a Superintendência-Geral tem como objetivo fiscalizar, prevenir e propor ações que visem o combate às infrações à Ordem Econômica, bem como o incentivo à manutenção do mercado equilibrado.

Por fim, compete à Superintendência a instrução do processo de análise de infração à Ordem Econômica, remetendo-o ao Tribunal, se necessário. Poderá, inclusive, propor *acordo de leniência* e *compromisso de cessação*, devendo submeter a aprovação destes atos ao Tribunal.

11.3. Procuradoria Federal Junto ao CADE

Composição e função. Afirmam os arts, 15 e 16 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 15 da Lei de Defesa da Concorrência. 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 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 da Lei de Defesa da Concorrência. 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.

§1º. O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período.

§2º. 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.

§3º. Aplicam-se ao Procurador-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões.

§4º. Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Chefe, o Plenário decidirá e o Presidente do Tribunal designará o substituto eventual dentre os integrantes da Procuradoria Federal Especializada.

A Procuradoria-Geral junto ao CADE, formada pelo Procurador-Geral, indivíduo escolhido pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal dentre brasileiros maiores de 30 anos, de reputação ilibada e notório saber jurídico, tem como objetivo executar judicialmente as decisões proferidas pelo CADE, assessorar o CADE junto à Justiça, isto é, representar a autarquia judicial e extrajudicialmente, informar, sempre que requerida, a situação dos procedimentos judiciais aos demais órgãos do CADE etc.

Além disso, poderá o CADE, através da Procuradoria-Geral, firmar acordos judiciais com os infratores, após o julgamento administrativo, já na fase de intervenção do Poder Judiciário.

A Procuradoria-Geral do CADE é composta por procuradores da Advocacia Geral da União.

11.4. Departamento de Estudos Econômicos

Composição e normas gerais. Afirmam os arts. 17 e 18 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 17 da Lei de Defesa da Concorrência. 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 da Lei de Defesa da Concorrência. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

§1º. O Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto.

§2º. 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, formado pelo Economista-Chefe, indivíduo nomeado pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal Administrativo dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico, tem como função elaborar estudos e pareceres econômicos, sendo responsável pelas análises técnicas e científicas das decisões do CADE.

É vedado ao Economista-Chefe os mesmos elementos destinados aos Conselheiros do Tribunal Administrativo.

12.O CADE e o Poder Judiciário

Ações propostas pelo CADE. O CADE, como vimos anteriormente, poderá requerer ao Poder Judiciário, através de seus órgãos o fornecimento de informações e documentos que sejam objeto das investigações e processos em andamento.

Além disso, proferida a decisão, caberá à Procuradoria-Geral promover a sua execução junto à Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE, como afirma o art. 97 da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 97 da Lei de Defesa da Concorrência. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cade.

As decisões do CADE são consideradas títulos executivos extrajudiciais, podendo ser, caso descumpridas, exigidas judicialmente pelos órgãos da autarquia.

Ações propostas contra o CADE. É o entendimento do STF¹⁹:

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu ontem (20/08/2014) que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) podem ser questionadas em qualquer lugar do país, e não apenas em Brasília, sede da autarquia. Os ministros negaram, por maioria, um recurso do Cade contra decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, que havia reconhecido a competência da Justiça Federal do Rio Grande do Sul para analisar o caso.

[...]

“Entendo que o critério de fixação de competência definido pelo artigo 109, §2º, da Carta Magna²⁰, deve ser estendido às autarquias federais. Não é difícil concluir que o aludido preceito não foi concebido para favorecer a União, mas sim para beneficiar o outro polo da demanda, que, dispondo da faculdade de escolha do foro, terá mais facilidade para obter a pretendida prestação jurisdicional”, disse o presidente eleito da Corte, o ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação.

¹⁹ Texto disponível em: <<https://alfonsin.com.br/stf-define-que-ao-contra-o-cade-pode-ser-proposta-em-qualquer-parte-do-pas/>>

²⁰ **Art. 109, §2º, da Constituição Federal.** As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.