

INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA: A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA¹

Eleonai Naara Batista e Silva dos Passos ²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA; 2.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO; 2.1.1 A ordem econômica constitucional; 2.1.2 A tutela da livre concorrência; 2.2 AÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA; 2.2.1 Intervenção direta e indireta do Estado no domínio econômico; 2.2.2 Ação civil pública na proteção da ordem econômica; 2.2.3 A concorrência praticada com abuso de poder econômico; 2.2.4 A concorrência desleal; 2.3 DA INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA; 2.3.1 As diversas formas de infração à ordem econômica. Lei nº 12529/11; 2.3.2 CADE e SDE; 2.3.3 Sanções em decorrência da infração da ordem econômica; 2.3.4 Do processo administrativo; 3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: A necessária intervenção do Estado na economia se observa em tempos de crise, quando o sistema da livre concorrência se torna insuficiente para sua manutenção como modelo ideal a ser seguido por todos. O objetivo deste trabalho consiste em compreender e analisar os tipos e motivos de infrações à ordem econômica, a intervenção do Estado no domínio econômico e um pouco mais sobre a concorrência desleal. Analisar as diferentes espécies de infrações à ordem econômica e o meio pelo qual se pode combatê-las à luz da Constituição Federal e resguardar os princípios do ordenamento jurídico conforme exposto no art. 3º da Constituição Federal. É sob a ótica da disciplina de Direito Comercial que se desenvolverá este trabalho sobre o tema de Defesa da Ordem Econômica. Nesta proposta, traremos uma breve análise de como é tratada a referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência, Intervenção, CADE, Infração, Economia.

ABSTRACT: The required state intervention in the economy observed in times of crisis, when the free competition system becomes insufficient for its maintenance as an ideal model to be followed by all. The objective of this work is to understand and analyze the types and reasons for restraint of trade, government intervention in the economic domain and a little more on unfair competition. Analyze the different species of restraint of trade and the means by which to combat them in the light of the Constitution and protect the principles of law as set out in art. 3 of the Federal Constitution. It is from the perspective of commercial law discipline that will develop this work on the theme of Defense Economic Order. In this proposal, we will bring a brief analysis of how this law is treated.

KEY-WORDS: Competition, Intervention, CADE, Restraint, Economy.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Ms. Wildemar Roberto Estraliotto.

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. Email para contato: eleonaithenia@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Estado tomou a tutela da ordem econômica, para resguardar o interesse coletivo da prática da livre concorrência e a livre iniciativa. A livre iniciativa na ordem econômica brasileira não é absoluta, mas é relevada pelos princípios limitadores, como a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, também condicionada aos ditames da justiça social.

Neste contexto, a Constituição Federal resguardou os valores da ordem econômica colocando a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios regentes do Estado Democrático de Direito, porém alguns contribuem para a proliferação de uma nova categoria de delinquência: a criminalidade econômica.

O papel de exercer controle na seara econômica é dever do Estado, não apenas orientando a atuação dos seus atores, mas também aplicando normas mais eficazes sem deixar de observar o sistema de garantias e direitos fundamentais.

Diante disto, as leis que tratam das infrações à ordem econômica, surgiram para delimitar as práticas abusivas dos agentes econômicos, reprimindo e punindo aqueles que venham causar dano ao sistema econômico nacional.

A Lei nº 12529/11 em seu artigo 36, vigora com a seguinte redação: “constituem infração da ordem econômica [...] 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”.³

O art. 173, § 4º, da Constituição Federal dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A Lei 12529/2011 estabeleceu o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a repressão e a prevenção às infrações contra a ordem econômica.

³ CASA CIVIL. Lei nº. 12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 25 de Abril de 2014.

As normas jurídicas estão inseridas e vinculadas num ordenamento jurídico que se inter-relacionam e influem como comandos no meio social.

Tendo um sistema sob a égide de uma Constituição Federal, todos os outros ramos do sistema estão a ela subordinados e devem a ela obediência, assim, todos os ramos em que o direito se divide submetem-se à Carta Maior – Constituição Federal.

Não é diferente com o direito empresarial. Ele existe a partir da Constituição Federal e não o contrário. Assim, se sujeita às suas disposições.

Conforme disposto no art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica é fundada na valorização social do trabalho humano e na livre iniciativa, o que demonstra que a ordem econômica contemplada na Constituição Federal é de natureza capitalista, uma vez que a livre iniciativa significa a garantia da iniciativa privada, que é um princípio básico do capitalismo⁴.

A livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, conforme disposto no art. 1º, inciso IV, além de ser um princípio da atividade econômica, ou seja, é imutável. A ordem econômica tem como prioridade a valorização do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, embora seja capitalista.

O avanço tecnológico e das relações comerciais e financeiras causaram um impacto na atividade econômica, e essas mudanças contribuíram para a disseminação de comportamentos abusivos que comprometem o equilíbrio da ordem econômica brasileira.

O poder econômico é fenômeno estranho ao modelo de concorrência perfeita. Tal fenômeno não constitui ilícito mas seu abuso sim, que é objeto de repressão por disciplinas como do Direito do Consumidor.

A lei 12.529/2011 estabelece a responsabilização da pessoa jurídica pelos atos de infração à ordem econômica. A repressão às infrações à ordem econômica é condição fundamental para o pleno desenvolvimento da economia brasileira.

Enfim, este estudo se enquadra na linha de pesquisa sobre “Infrações à Ordem Econômica”, onde o Estado torna-se regulador das atividades econômicas, e é sob a ótica da disciplina de Direito Comercial que se desenvolverá

⁴ Cf. José Afonso da Silva, **Comentário contextual à Constituição**, p. 709.

este trabalho sobre o tema de Defesa da Ordem Econômica.

2 INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica visa regular as normas jurídicas que, por sua vez, regulam a economia. Para discorrer sobre as Infrações à Ordem Econômica é preciso, antes, analisar o conceito de ordem. Ordem é uma “seleção direcionada dos elementos que integram um conjunto. Essa seleção se faz [...] com um objetivo, com uma finalidade. Toda organização tem um direcionamento para uma meta, um encaminhamento de elementos para um futuro.”⁵. Grau discorre dizendo que “a ordem econômica é usada para referir-se uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social”.⁶

Após, definir a ordem econômica como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.”⁷

Lendo os preceitos constitucionais que instituem a Ordem Econômica brasileira permite-se delinear princípios norteadores da ordem jurídica brasileira. O *caput* do artigo 170 da Constituição Federal afirma que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”⁸. E a partir daí, inicia-se a abordagem do Direito econômico.

2.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83.

⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. p. 81.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2014.

Vários são os princípios constitucionais reitores da ordem econômica que estão previstos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo único diz que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.⁹

. Fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para que se possa assegurar o livre exercício da atividade econômica. Conceitua-se o Direito Econômico como sendo:

[...] o ramo de direito público que disciplina as formas de interferência do Estado no processo de geração de rendas e riquezas da nação, com o fim de direcionar e conduzir a economia à realização e ao atingimento de objetivos e metas socialmente desejáveis.¹⁰

O Direito Econômico brasileiro define e organiza as relações entre os sujeitos de mercado, objetivando o equilíbrio da relação jurídica e econômica entre o Estado e o poder econômico privado, garantindo que os interesses de uma ou ambas as partes não se sobreponham aos valores expostos no texto constitucional. Bruno Mattos discorre sobre o direito econômico como:

O estudo do direito econômico consiste na análise, sob o aspecto jurídico, dos atos realizados pelo Estado que repercutem diretamente na economia. Devemos enfocar a abrangência desse regime jurídico (direito econômico), o objeto da ação estatal na economia, a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal e os meios utilizados pelo Estado para a proteção dessa ordem econômica.¹¹

Neste íterim, a intervenção do Estado na Ordem Econômica somente se legitima quando há a realização do interesse público, com a finalidade de garantir o bem estar social. Ressalvadas as hipóteses previstas constitucionalmente, o Estado não deve intervir na atividade econômica – apesar de estar legitimado para tal, também está limitado nos termos da própria lei.

Igualmente, a intervenção estatal direta, como disciplina o art. 173 da Constituição Federal, somente ocorrerá no caso de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional, excetuando esses casos o Estado somente poderá interferir na ordem econômica nos termos do artigo 174 da Constituição Federal.

⁹ BRASIL, *loc. cit.*

¹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 15.

¹¹ SILVA, Bruno Mattos. **Direito econômico para concursos**. p. 05

Para a produção da norma jurídica é necessária o fato social. O objetivo da criação das normas é dar respostas de conduta à sociedade, face aos fatos que produzem consequências nem sempre desejáveis, seguindo uma delimitação razoável do necessário e proporcional exigido do indivíduo para a vida da coletividade. A criação das normas tem por objetivo tornar a justiça efetiva.

Os princípios, diferentemente, são comandos que orientam o legislador na hora de criar as leis do direito positivo. Os princípios da Ordem Econômica se subdividem em nove, e são estes os seguintes:

a) Princípio da soberania nacional:

Soberania é o pressuposto fundamental para a existência do Estado; é a característica acerca do Poder do Estado, ou seja, é a capacidade de o Estado ser reconhecido internacionalmente como pessoa jurídica de direito público.

Mas para o Estado ser soberano este terá que alcançar uma independência econômica, assim, as normas de direito econômico devem primar pela garantia de desenvolvimento socioeconômico da Nação a fim de que haja o crescimento sustentável do país. Para Figueiredo a soberania

Traduz-se na mais alta autoridade governamental de uma nação, representando a última instância do poder decisório, caracterizada pela supremacia interna e independência externa. Ressalte-se que a Soberania Política é assegurada na medida em que o Estado goza e desfruta de Soberania Econômica. Isto porque 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.¹²

b) Princípio da propriedade privada:

Também eleito como uma das garantias fundamentais da Constituição Federal traduz-se como a prerrogativa de usar como melhor lhe aprouver, gozar (ou auferir lucro), dispor (ou a possibilidade de alienação) e acossar (direito de perseguir-lo aonde quer que ele esteja) um bem em caráter exclusivo e perpétuo. Portanto, a propriedade privada é um direito real que um titular detém em face de determinado bem.

No Direito Econômico, este princípio “assegura aos agentes econômicos o direito à propriedade dos fatores de produção e circulação de bens

¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* pg. 65.

em seus respectivos ciclos econômicos, sendo instrumento garantidor da livre iniciativa de empreendimentos privados”¹³.

c) Princípio da função social da propriedade:

Em conformidade com o art. 5º, XXIII da Constituição Federal, a função social da propriedade está ligada ao que o proprietário desta é obrigado a dar ao seu imóvel uma função socialmente útil. Sendo que a propriedade compreende um complexo de normas jurídicas de direito privado e de direito público, cujo conteúdo é determinado pelo direito positivo.¹⁴

A União está autorizada a intervir no domínio econômico para que esta venha assegurar a livre distribuição de produtos necessários para o consumo e uso do povo, ou seja, a União poderá fazer por compra ou desapropriação de bens e requisição de serviços. Para Figueiredo

Consiste no condicionamento racional do uso da propriedade privada imposto por força de lei, sob pena de expropriação, no qual o Poder Público interfere na manifestação volitiva do titular da propriedade, garantindo que a fruição desta atinja fins sociais mais amplos de interesse da coletividade, tais como o bem-estar social e a justiça distributiva. Constitui um meio para a consecução de um fim comum: bem-estar para todos. Como não é um fim em si mesmo, não sofrerá intervenção estatal enquanto estiver sendo utilizada de acordo com a finalidade social.¹⁵

d) Princípio da livre concorrência:

Este princípio está ligado ao dever que o Estado tem de repelir o uso inadequado do poder econômico, isto é, aquele que seja danoso aos princípios da ordem econômica. Em outras palavras, segundo Nascimento

Na organização da economia de mercado, sempre presente no regime capitalista, deve haver liberdade de iniciativa, se desenvolvendo, a partir daí, com a presença impositiva da competitividade, tanto na conquista dos clientes como na opção dos consumidores. A regra concorrencial é salutar nesta área de atividade econômica, a fim de se conseguir, sem prejuízo de outros, espaços do mercado.¹⁶

e) Princípio da defesa do consumidor:

¹³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* pg. 66.

¹⁴ *cf.* Silva, 1991: 240, apud Vladimir da Rocha França, 1999.

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *loc cit.*

¹⁶ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Comentários à constituição federal: ordem econômica e financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1977. pg. 23, 24.

O art. 173 da Constituição Federal tratou de distinguir estritamente as possibilidades de o Estado atuar como empresário, que será permitida apenas quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Quando o Estado interfere acessoriamente na exploração da atividade econômica estará diante de serviços governamentais, e não mais serviços públicos. Amorim discorre sobre a defesa do consumidor na ordem econômica:

Surge então o conflito de interesses. De um lado o grande comerciante ou industrial, munido de capacidade financeira e tecnológica, enquanto de outro fica o consumidor munido de pouco poder e quase nenhuma capacidade econômica. A luta é desigual e inglória para o consumidor, que se não for protegido pela legislação, fatalmente sucumbirá na querela judicial em face da sua condição de hipossuficiente.¹⁷

f) Princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação:

Este princípio busca promover a proteção do meio ambiente em face dos agentes poluidores que causa a degradação da fauna e da flora. A atual política de meio ambiente busca aumentar o custo da poluição nos fatores de produção, buscando inviabilizar as atividades econômicas que decorrem de fatores de produção que poluam ao meio ambiente. Nascimento destaca que

A expressão *meio ambiente*, sem qualquer explicitação, pouco diz, porque o meio ambiente sempre existe, com boa ou má qualidade. Entende-lo, porém, elipticamente, deixa evidenciado que se pretende um meio ambiente adequado à existência do homem e dos animais, com respeito à flora e à fauna. Nos termos constitucionais, meio ambiente é o “ecologicamente equilibrado” (art. 225). Assim, quando se fala em *defesa do meio ambiente* se está pensando no meio ambiente qualitativamente qualificado, protegido por medidas administrativas de qualquer dos entes federativos e, identicamente, por todos da coletividade. Este é o meio ambiente que interessa ser anotado.¹⁸

g) Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais:

Consiste na divisão igualitária de desenvolvimento social que provém de atividade econômica, em todas as regiões do país. Consiste, também, num

¹⁷ AMORIM, Aureliano Albuquerque. **A defesa do consumidor e o abuso do poder econômico**. pg. 5.

¹⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *op cit.* pg. 29.

conceito de justiça distributiva no qual a perspectiva de desenvolvimento nacional seja compartilhada por todos, adotando-se políticas efetivas que repartam rendas e receitas a fim de que favoreçam as regiões e classe sociais hipossuficientes.

Continua Figueiredo

Isto porque, em que pese o Brasil ser um país de grandes paradoxos sócio regionais, a Constituição da República traz como um de seus objetivos fundamentais (art. 3o) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a necessidade de se promover o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.¹⁹

h) Princípio da busca do pleno emprego:

Garante que a população economicamente ativa exerça atividades geradoras de renda para si e para o país, ou seja, trata-se da expansão das oportunidades de emprego, trata-se do aumento da produção de mão-de-obra humana, pois quando se têm um cidadão trabalhando de forma rentável maior será a renda *per capita* do país, advindo maior arrecadação de tributos, diminuição de gastos com a seguridade social, já que poderá focar seus gastos com aqueles notadamente necessitados, além de os gastos se focarem mais em atividades que promovam o desenvolvimento tecnológico, científico, cultural, entre outros.

Nascimento discorre sobre este princípio afirmando que

O princípio da *busca do pleno emprego* deve ser entendido como medidas tomadas para reduzir a taxa do desemprego e, como consequência, aumentar a do emprego. O pleno emprego sempre será a meta, embora difícil de ser alcançada. Esta norma norteadora é aplicável, pelo fato de ser princípio, diretamente na política do governo. Indiretamente atua no exercício da atividade econômica. Assim, toda a atividade econômica que vier a importar, via de consequência, em aumento das taxas de desemprego, é exercício de atividade não permitida, por ofensa constitucional. O poder de polícia do Estado, através do direito à fiscalização, deve agir.²⁰

i) Princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país:

Deve o Estado proteger as empresas de pequeno porte das medidas abusivas que estas sofram por parte das grandes empresas, sendo esta, também, uma exigência imposta pelo Estado, a fim de que este garanta a participação e

¹⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* pg. 69.

existência destas empresas no mercado. De acordo com Figueiredo:

Trata-se, portanto, da proteção conferida à parcela dos agentes privados que participam do ciclo econômico de produção e circulação, sem, todavia, deter parcela substancial de mercado, tampouco poderio econômico, sendo, corolário lógico da defesa da concorrência.²¹

A Constituição Federal não entrega a organização da vida econômica e social a uma suposta eficiência de mercado. Em vez disso declara que o Estado tem deveres explicitados nos valores destes princípios supracitados, obrigando, assim, que a ordem econômica realize os objetivos citados.

2.1.1 A Ordem Econômica Constitucional

A Constituição Federal indica caminhos, a serem considerados, para implementar ações que concretizem os planejamentos e planos econômicos do Estado brasileiro. A Administração Pública não têm o direito de reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito que estes têm em desempenhar a atividade econômica, nem, também, o poder para fixar o *quantum* de produção ou comercialização que os particulares pretendam efetuar.

Segundo o princípio da liberdade de iniciativa, um dos princípios implícitos à Ordem Econômica, esta atividade resulta da decisão dos agentes econômicos, que, portanto, detém o direito para tal. A ordem econômica brasileira é disciplinada por um conjunto de princípios na redação do art. 170 da Constituição Federal, preconiza que:

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; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; 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; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de

²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* pg. 71.

qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.²²

Neste sentido, pode-se resumir, atendo-se aos princípios constitucionais, que, dentro da ordem econômica, existem certos valores éticos dirigidos à coletividade econômica e que devem ser preservados nas relações humanas. Subdivide-se em valor liberdade, valor justiça, valor igualdade e valor dignidade.

Assim sendo, traduz-se que a regra é a liberdade de exercício da atividade econômica, sendo baseado no princípio da livre iniciativa, não podendo, o Estado, interferir na manifestação de vontade de seus cidadãos. Porém não significa que o Estado não possa regular a atividade econômica, pois este atua impondo requisitos para o exercício racional da atividade econômica, inclusive utilizando o poder de polícia administrativa para que se possa fazer valer suas medidas.

Por fim, vale ressaltar que é defeso ao Estado explorar atividade econômica atuando somente como agente regulador, normatizador e fiscalizador da economia, tendo caráter alusivo para a iniciativa privada, porém decisivo para o setor público.

Sobre ordem econômica pode-se obter três definições distintas. A primeira surge de um conceito de fato, caracterizando uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, não regras ou normas reguladoras. Neste sentido, expõe a realidade de uma inerente junção do econômico como fato. Na segunda definição a ordem econômica expressa o conjunto de normas jurídicas que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, ou seja, é o sujeito normativo (no sentido sociológico) da ação econômica. E por fim a terceira definição de ordem econômica conceitua esta como ordem jurídica da economia.²³

É importante observar essas três distinções do conceito de ordem econômica para que se possa entender melhor o exposto neste trabalho, para que possamos distinguir, para melhor esclarecimento, o conteúdo no contexto exposto.

Os agentes econômicos atuam no mercado de forma livre, sem o empecilho do Estado, entretanto este pode intervir de forma complementar e

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2014.

²³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**. São Paulo: MP Ed., 2006.

excepcional. Os valores supracitados irradiam seus efeitos para a Ordem Econômica. Segundo José Afonso da Silva:

As normas integrantes da ordem constitucional econômica adquiriram grande importância, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica conferiu-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.²⁴

Tais princípios expostos significam que são mais relevantes que a própria norma ou regra jurídica, mostrando-se como sendo a própria razão de existir das normas jurídicas. Significa que são a base, o ponto de partida de elementos vitais do próprio Direito.²⁵

Sendo assim, todos têm o direito de desenvolver qualquer atividade econômica, desde que observe os ditames legais, deixando para que o Estado intervenha quando houver justo motivo.

A esse propósito, convém mencionar que o Estado pode interferir de forma direta e indireta. Conforme o art. 174 da Constituição Federal, o Estado intervém de forma indireta, “como agente normativo e regulador a 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”²⁶, ou seja, o Estado atuará de forma fiscalizatória como sendo sua função típica e essencial.

Diretamente, o Estado atua de forma atípica, já que esse papel cabe ao particular, e subdivide-se na forma de monopólio e de concorrência. No sistema de monopólio objetiva-se o bem comum, porém o rol é bem taxativo, conforme dita o art. 177 da Constituição Federal. No sistema de concorrência este faz parte da atividade econômica através de suas empresas públicas, entidades estatais e paraestatais e de economia mista, onde não há privilégios por ser Estado, e concorre com outras empresas de forma igual.

Em resumo, o Estado atua de forma indireta como agente regulador e normativo, e de forma direta como agente econômico.

²⁴ SILVA, 1995 *apud* Ricardo M. F. Soares, *op. cit.*, p. 5.

²⁵ SILVA, *op. cit.* p. 877.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, p. 115.

2.1.1.1 A tutela da livre concorrência

Para qualquer atividade econômica deve-se observar o dever de servir à coletividade, não ao Estado como um ente autônomo. Os princípios que regem o art. 170 da Constituição Federal implicam tanto em liberdade como também em dever. “A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa)”, segundo afirma Canotilho.²⁷

A livre concorrência é garantida pela Constituição Federal e configura-se como um dos parâmetros estruturais da economia nacional. Com base neste princípio, todos que atuam na atividade econômica têm seu direito de livre concorrência, que visa alcançar um lugar no mercado. Sendo assim, o Estado não pode intervir, ou proibir, em determinada atividade econômica sem estar fundamentado para isto.

Comprova a função da atividade econômica, por exemplo, o simples fato de que um empresário tenha que se adaptar a esses princípios, fundamentos e objetivos. Sem observar estes princípios ele não poderá exercer a livre iniciativa que lhe é garantida. Logo, é considerado inconstitucional o exercício da livre iniciativa que desrespeite a tais fundamentos. Em outras palavras, toda atividade econômica é, ao mesmo tempo, livre e limitada pelos princípios constitucionais.

No modelo de economia brasileira as micro e pequenas empresas tendem a sucumbir ante a infração à ordem econômica praticada no mercado. Daí a necessidade de o Estado intervir.

A ordem econômica brasileira tem sua base em dois fundamentos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. O primeiro fundamento que afirma o caput do art. 170 da Constituição Federal coloca limites à livre iniciativa e traz deveres ao Estado. Não se pode negar, entretanto, que o segundo fundamento deixa explícita que a Constituição Federal seria favorável ao capitalismo, e não se pode admitir que estes objetivos – sejam econômicos, sociais ou políticos -, afastem os valores intangíveis assegurados pela Constituição Federal. Bastos afirma que:

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., ampl. Coimbra: Almedina, 1992, p. 66.

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. [...] Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.²⁸

A redação do art. 173, §4º da Constituição Federal diz que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”²⁹ Ao atingir o princípio da livre concorrência, o ator prejudica seus concorrentes procurando retirar as fatias de mercado que estes já haviam conquistado, ocasionando perdas aos concorrentes.

2.2 AÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

O Estado atua num sistema de livre concorrência como agente econômico. A atividade econômica é própria da iniciativa privada que têm por finalidade o lucro. Em algumas situações a atividade econômica será explorada pelo Estado, como é o caso das empresas públicas, sociedade de economia mista, razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Estas situações são consideradas excepcionais, ou seja, fora estas o Estado sempre terá uma atuação específica diante da atividade econômica, fazendo valer sua presença em todos os atos como agente disciplinante. Pereira discorre sobre Direito Econômico como sendo:

[...] o instrumento capaz de dosar o intervencionismo sem a submissão exagerada do indivíduo ao poder central ocorrida nos tempos do Mercantilismo e sem os exageros do Estado liberal absoluto, ambos capazes de colocar em perigo o meio econômico social.³⁰

Genericamente, o Estado atua como normalizador e regulamentador. O ente estatal, como agente normalizador e regulador, qualifica-se editando leis pertinentes que têm duplo caráter sendo que, em primeiro lugar, estas normas disciplinam a atividade econômica, impondo limites e, em segundo lugar,

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 807.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, p. 116.

³⁰ PEREIRA, Afonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*, p. 142

estas, editadas, limitam e condicionam a atuação do Estado em seus termos, ou seja, serve de freio à atuação estatal. Como exposto no art. 174, caput, Constituição Federal, “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.”³¹

Sendo assim, os agentes econômicos privados, além dos públicos devem cumprir todos os princípios da ordem econômica e outras determinações legais. Exige-se, desta maneira, a vigilância estatal para que se possa garantir o exercício regular da atividade econômica.

A atuação de fiscalização do Estado pode ser considerada preventiva ou repressiva, prevenindo de forma a evitar a irregularidades e práticas anormais ou infringentes à lei, atuando o Estado como simples conselheiro, e na forma de repressão detectando falhas e as punindo.

O capitalismo surgiu logo após o feudalismo, como algo novo e revolucionário. O liberalismo surgiu junto com o feudalismo, contribuindo para que este viesse a ruir, já que este veio a se tornar a ideologia da burguesia e do capitalismo. O liberalismo era calcado no individualismo, defendendo, assim, o interesse próprio, a propriedade privada, e a liberdade plena, fazendo com que o ponto de equilíbrio desse sistema fosse a felicidade de todos (capitalistas e trabalhadores). O pensamento neoliberal surgiu após a 2ª Guerra mundial, se opondo ao pensamento Keynesiano (intervencionista), onde contra-atacava qualquer intervenção do governo na economia. Os neoliberais pregavam um estado mínimo e um governo forte, porém com uma diminuição significativa da intervenção do Estado na Economia.³²

Existem, hoje, quatro tipos de Estado quanto à sua intervenção. Há o Estado liberal, Estado total, Estado neoliberal e Estado necessário. No primeiro, também conhecido como Estado mínimo, praticamente não interfere na economia. No Estado total, também chamado de Estado pesado ou Estado intervencionista em que se procura levar tudo para dentro do Estado, interfere também de forma mediata e imediata nas relações econômicas. E existe ainda o modelo neoliberal onde há um

³¹ BRASIL, *loc. cit.*

³² PEREIRA, William E. Nunes. Do estado liberal ao neoliberal. INTERFACE. Pg. 15-19.) Disponível em: <www.spell.org.br/documentos/download/21331> Acesso em: 16/12/15.

encolhimento do Estado, porém este ainda permeia nas relações econômicas, mas este garante um rol de direitos mínimos para a parte mais fraca na relação.

O Brasil adota o modelo de Estado necessário que basicamente é o regulador das atividades econômicas classificadas como atividade pública. Barroso explica que o Estado

Interfere na atividade econômica, em primeiro lugar, traçando-lhe a *disciplina*, o e faz mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. [...] De outra parte, o Estado interfere no domínio econômico por via do *fomento*, isto é, apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos. Assim, por exemplo, através de incentivos fiscais, o Poder Público promove a instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região. Do mesmo modo, a elevação ou redução da alíquota de impostos [...]. Por fim, o Estado interfere, ainda, na ordem econômica, mediante *atuação direta*. [...] Basta o registro de que os serviços públicos podem ser prestados *diretamente*, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou *indiretamente*, por entidades com personalidade jurídica própria.³³

2.2.1 Intervenção direta e indireta do Estado no domínio econômico

O Estado intervém no domínio social quando da prestação de serviços públicos – saúde, educação, previdência e assistência social – ou pelo fomento da atividade privada mediante o trespasse de recursos a particulares a serem aplicados em fins sociais. Já no domínio econômico, o Estado intervém, vale lembrar, de duas formas:

- a) Diretamente, como agente econômico. Nesses casos, o Estado desenvolve uma função atípica, visto que este é o campo livre e típico da iniciativa privada.
- b) Indiretamente, quando o Estado funciona como regulador, seja fomentando determinada atividade econômica, mediante incentivos, isenções, empréstimos; seja fixando regras para o funcionamento do mercado; seja evitando a concentração de mercado.³⁴

A intervenção direta do Estado no domínio econômico ocorre quando o Estado pressiona a economia estabelecendo normas de comportamento e mecanismos para os sujeitos da atividade econômica.

Uma norma típica de intervenção direta é aquela que instrumenta o

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, ordem econômica e agências reguladoras**. Salvador: **Redae**, 2005. pg. 6.

³⁴ FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. Intervenção do Estado no domínio econômico. Artigo.

controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los. Aqui, fica-se diante de comandos imperativos que precisam ser necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica, inclusive as próprias empresas estatais que exploram a atividade econômica. Assim, segundo Souza “cabe ao Estado o dever de regular a economia quer determinando estruturas ou normas de comportamentos obrigatórios ou manuseando os instrumentos já existentes de acordo com interesse coletivo, ou seja, aplicando regras de condutas à atividade econômica.”³⁵

Para garantir um regime de livre concorrência, surge a intervenção indireta, na atividade econômica, ou seja, como pressão do Estado sobre a economia para pô-la na normalidade, a fim de evitar que práticas abusivas atuem no mercado, tendo como consequência, o detrimento, também, da sociedade. Figueiredo denomina Economia como “a ciência que estuda a forma pela qual os indivíduos e a sociedade interagem com os fatores de produção, integrando-os em um ciclo econômico (produção, circulação e consumo). Trata dos fenômenos relativos a produção, distribuição e consumo de bens.”³⁶

Na intervenção estatal de forma indireta, o Estado assume a forma de encorajamento, ou seja, manipula os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados. Um exemplo que se pode obter está no fato de que, quando o Estado onera o imposto, elevando-o, quanto ao exercício de determinado comportamento, nesse exemplo, a importação de certos bens. Esta forma de indução é negativa, pois a norma não proíbe o consumo ou importação desses bens, mas a onera de modo que, economicamente, esta se torna proibitiva. Por exemplo, no caso do cigarro, sendo que o imposto deste é de 45%³⁷, sobre o preço de venda a varejo, enquanto o valor do imposto de outros produtos, como por exemplo alimentícios, são bem menores.

Outra forma de intervenção indireta ocorre da execução de obras e serviços públicos de infraestrutura, pelo Estado, que otimizam o exercício da atividade econômica em certas regiões, que, por sua vez, esta prática permite ao Estado pôr-se a serviço de interesses privados.

Verifica-se que o Estado não intervém quando regula a prestação de

³⁵ SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. **A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE). pg. 9.

³⁶ FIGUEIREDO, Lenardo Vizeu. **direito econômico**. São Paulo: MP. Ed., 2006. pg. 22.

³⁷ Receita Federal.

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/destinacaomercadorias/programanacombcigarroilegal/tribcigarro.htm>> Acesso em: 25 abril de 2014.

serviço público ou presta serviço público. “A Constituição fez a previsão da possibilidade de intervenção do Estado na economia, para cobrir os aspectos “impossíveis” de serem tratados pelo setor privado”.³⁸

Há diversos tipos de intervenção do Estado na Ordem Econômica, dentre estas há a intervenção concorrencial que advém quando o Estado atua em regime de igualdade com o particular explorando a atividade econômica, nos casos expressos em lei.

Existe a denominada intervenção regulatória em que, nesta, o Estado geralmente, por meio de leis e normas, atua disciplinando a ordem econômica.

Quando o Estado guarda para si a exploração exclusiva de determinada atividade econômica, se dá o nome de intervenção monopolista.

A intervenção sancionatória visa conter e punir abusos econômicos, assim o Estado usa, no exercício de suas atividades administrativas na ordem econômica, o poder de polícia.

Existem duas formas de o Estado interferir no processo de geração de riquezas da nação. No domínio econômico, o qual incide nas atividades lucrativas das empresas e reincide no produto do trabalho humano, e na propriedade privada, onde recai sobre os bens que estão localizados no território Nacional e ocorre por meio de requisição, tombamento, ocupação, limitação e servidão administrativa, parcelamento e edificação compulsórios e desapropriação.

2.2.2 Ação civil pública na proteção da Ordem Econômica

Somente haverá motivo para promover a regulação de algum setor da economia se existir uma das chamadas falhas de mercado, fundamentando o modelo econômico estatal no princípio da subsidiariedade. Essas falhas se materializam em todas as situações que fogem à normalidade do ciclo econômico, “gerando deficiências alocativas, restrição de acesso ao mercado e aos bens nele já produzidos, bem como injustificável concentração de poderio econômico e renda”.³⁹

³⁸ MARTINS, José Celso; SILVA, Roberto Crespo. *Op cit.* pg. 15.

³⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico para concursos.* Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 66.

O instituto da ação civil pública apresenta-se como instrumento de tutela do mercado sadio, e este bem jurídico sendo preservado representa importante elemento para que haja um equilíbrio na ordem econômica.

O artigo 170, inc. IV, da Constituição Federal, como já mencionado, têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Ainda no art. 173, §4, dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.⁴⁰ Assim, a ação civil pública revela-se como instrumento protetor contra o abuso do poder econômico.

A lei nº 12529/11, dispõe sobre a prevenção e às infrações a Ordem Econômica. Em seu art. 1º diz

[...] 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.⁴¹

Ainda no parágrafo único “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”⁴². Entretanto a lei nº 7347/85 dispõe sobre ação civil pública, artigo 1º, inc. V, “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] V - por infração da ordem econômica [...]”⁴³. O parágrafo único deste mesmo artigo confirma que os valores protegidos legalmente, compete a toda coletividade, restando a legitimação extraordinária do Ministério Público.

Não existe dúvidas quanto à utilização da ação civil pública na proteção da ordem econômica. A ação civil pública é conceituada como

[...] instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares

⁴⁰ BRASIL, *loc. cit.*

⁴¹ CASA CIVIL. Lei nº. 12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 25 de Abril de 2014.

⁴² CASA CIVIL. *loc. Cit.*

⁴³ CASA CIVIL. Lei nº. 7.347, de 24 jul. 1985. **Disciplina da ação civil pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acesso em: 25 de Abril de 2014.

pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.⁴⁴

Vale ressaltar que uma das finalidades da ação civil pública é direcionada à proteção dos valores protegidos pela Lei nº 12529/11, e à preservação da livre concorrência e da livre iniciativa. “O papel da ação civil pública como instrumento de tutela coletiva de combate às infrações à ordem econômica ganha destaque e se revela como elemento fundamental para garantir o equilíbrio no mercado.”⁴⁵

2.2.3 A concorrência praticada com abuso de poder econômico

A Constituição Federal resguardou os valores da ordem econômica, colocando a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios regentes do Estado Democrático de Direito, garantindo sua contribuição para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, alguns dos agentes econômicos aproveitando-se das especificidades do setor atuam para a proliferação de uma outra categoria de delinquência: a criminalidade econômica. Coelho discorre sobre atividade econômica organizada como sendo

Se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços. [...] A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora. Note-se que o lucro pode ser o objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços, ou apenas o instrumento para alcançar outras finalidades. [...] A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores.⁴⁶

A concorrência praticada com abuso do poder econômico compromete as estruturas da livre concorrência. É denominada de infração da ordem econômica. Nos termos do parágrafo 4º, do art. 173, da Constituição Federal, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Malheiros, 2000. pág.152.

⁴⁵ CHACUR, Demetrius Ferreira. **Ação civil pública como instrumento de tutela do direito fundamental econômico ao mercado sadio**. Artigo. Revista do curso de direito da FACHA. pg. 19.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. rev. atual. pg. 12, 13.

eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁴⁷.

A ordem econômica citada no texto constitucional tem, na livre concorrência, um dos pilares da organização econômica. Isto se mostra evidente a partir do momento em que a repressão instituída em lei, serve como defesa da concorrência.

O abuso do poder econômico traduz-se como o exercício de atividade empresarial, por parte de seu titular que tenha a posição dominante, que seja contrária à sua função. Com esta prática o titular obtém, mediante a restrição da liberdade de iniciativa e a livre concorrência, a obtenção de parcela de renda que venha ser superior àquela merecida pelo titular na qual a legitimidade lhe caberia se este estivesse praticando normalmente a prática concorrencial.

Aquele que abusa do poder econômico excede os meios estritamente necessários à obtenção da eficiência econômica, esta prática representa indevida violação dos valores da ordem jurídica.

Ao disciplinar o exercício do poder econômico, o Direito intervém para suprimir qualquer iniciativa inviabilize a livre concorrência, fazendo com que se elimine a concorrência, que haja a dominação de mercado e o aumento arbitrário dos lucros.

2.2.4 A concorrência desleal

O objetivo da concorrência é a retirada de fatias do mercado das pessoas jurídicas que exerçam a mesma atividade econômica, porém com isto causa-se o prejuízo às empresas concorrentes. Diante disto, diferencia-se a concorrência leal da desleal.

A concorrência desleal é disciplinada pela Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96, e envolve os interesses particulares dos empresários concorrentes. Em seu art. 195, a referida lei descreve as condutas que tipificam a concorrência desleal.⁴⁸

Enquanto que na concorrência leal as empresas buscam conquistar sua própria clientela, seja com a qualidade do produto, da opção de pagamento ou

⁴⁷ BRASIL, *loc. cit.*

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de Maio de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm> Acesso em: 07 mar. 2014.

do atendimento, a concorrência desleal busca meios inidôneos para atrair, ou melhor, se apropriar da clientela alheia e fatias do mercado de outras empresas, não observando, assim, o disposto na Constituição Federal no que se refere à livre concorrência.

Outrossim, “no caso de repressão civil com fundamento contratual, o concorrente desleal deve indenizar o empresário prejudicado, por ter descumprido a obrigação decorrente de contrato entre eles”⁴⁹, afirma Ulhoa Coelho.

2.3 DA INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

No dia 1º de dezembro de 2011 a nova Lei Brasileira da Defesa da Concorrência foi publicada no Diário Oficial. Esta Lei busca reestruturar a defesa da concorrência e trazer maior eficiência e eficácia ao SBDC.

Os bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/2011 são de titularidade de toda a coletividade, como dita o art. 1º, parágrafo único da mesma.

A lei presume que o poder econômico que vise à dominação de mercado, o aumento arbitrário dos lucros e à eliminação da concorrência é abusivo. O legislador faz um alerta quanto ao exercício abusivo desse poder, assim, o próprio cria condições no sentido de puni-lo ou regrá-lo. Quando se trata de abuso e culpa, torna-se desnecessária a sua discussão, já que a própria Lei admite a infração “independentemente de culpa”. O legislador afirma que não é por culpa do agente, mas os resultados obtidos que configuram o abuso.

Por abuso entende-se todo ato ou conduta do agente que, fazendo-se valer de sua condição de superioridade econômica, age prejudicando a concorrência, o funcionamento do mercado ou aumentando arbitrariamente seus lucros, cerceando a liberdade do mercado ou a livre iniciativa. Observa-se que esta conduta não prejudica somente a ordem econômica, mas também, não menos importante, os consumidores.

Enfim, para se caracterizar a abusividade não há de se levar em conta a intenção de lesar. Tércio Sampaio Ferraz Jr descreve o abuso do poder econômico:

⁴⁹ 49 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. rev. atual. pg. 30

[...] para o direito concorrencial brasileiro, a abusividade do poder econômico não é caracterizada em termos de certos atos que subjetivamente tenham determinadas finalidades, mas considera a abusividade do poder econômico como determinados estados ou modos estruturais e/ou comportamentais objetivos daquele poder, quando alcançadas por meio de ou que possam ser alcançadas por certos atos exemplificadamente discriminados em lei. Ou seja, abusivo não é o ato em si, mas o poder que o pratica de modo desviante. Assim, o ato configurará infração contra a ordem econômica se configurar ou puder provocar (potencialidade) um poder abusivo (aquele que vise a dominar mercados, a eliminar a concorrência, a aumentar arbitrariamente os lucros)⁵⁰

2.3.1 As diversas formas de infração à ordem econômica. Lei nº 12.529/2011

As condutas que se traduzem em infrações à ordem econômica são as mais diversas possíveis, basta para sua caracterização a existência de potencial efeito danoso para o mercado, independente da vontade do agente.

Chama-se a Infração à Ordem Econômica de abuso de poder. Abuso de poder é desvio de finalidade que, por sua vez, a Constituição Federal define pela dominação dos mercados, pelo aumento arbitrário dos lucros e pela eliminação da concorrência.

A atual lei repete a maior parte do rol exemplificativo, incluindo algumas hipóteses relevantes, como a exploração ou exercício abusivo de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca, e a supressão de outras de definição ambígua, que acabava por dificultar a aplicação prática da norma e, conseguinte, acarretava insegurança jurídica, como ocorre com a imposição de preços excessivos. A Lei 12.529/2011 discorre em seu art. 36 sobre as diversas formas de infração à ordem econômica.⁵¹

O art. 88 trata sobre o controle preventivo dos atos de concentração. O parágrafo 6º, do mesmo artigo permite ao CADE autorizar determinados atos de concentração, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos, os quais são, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, e sejam

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Poder Econômico**. 2012 p.

⁵¹ CASA CIVIL. Lei nº 12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 01 de Junho de 2014.

repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

O controle repressivo dos atos de concentração é tratado no art. 36 da referida Lei. Já no art. 90 da mesma, enumera-se quais são os tipos de atos de concentração, entretanto, o próprio parágrafo único do mesmo artigo isenta alguns atos de concentração, destinando essa isenção a qualquer setor da economia.

Em sentido *lato*, têm-se as infrações à Ordem Econômica sendo limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Figueiredo discorre sobre esta infração como sendo

Toda e qualquer prática que impeça ou dificulte a entrada ou permanência de agentes econômicos em seus respectivos mercados. Pode ser caracterizada das mais diversas formas possíveis, bastando que reste provada a materialidade de qualquer conduta que se traduza em empeco à disputa saudável de espaço em determinado nicho mercadológico de nossa economia.⁵²

Outrossim, é qualquer conduta praticada que viole ou atente ao devido processo competitivo em determinado nicho da ordem econômica.

Em sentido estrito tem-se, entre outros⁵³:

- a) A formação de cartel, que surge como sendo um acordo feito entre agentes econômicos onde estes combinam preços, com a finalidade de restringir a variedade de produtos e dividir o mercado. Entretanto, para o consumidor, que é a parte mais frágil, tal conduta traduz-se como imposição de preços abusivos, ou seja, o valor oferecido é muito maior que o valor real do produto. Em semelhante definição, para os demais concorrentes significa a depreciação do direito de concorrência e de permanência no mercado.
- b) Venda casada, esta ocorre quando o agente econômico condiciona uma compra ou venda, significa que para adquirir um bem é necessário obter outro, ou seja, trata-se de repressão à liberdade contratual, sendo que esta venda se traduz como repressiva e coativa, uma vez que vincula a venda de um produto à outro, mesmo esta compra não trazendo nenhum benefício ao consumidor.
- c) Sistemas seletivos de distribuição são barreiras limitativas impostas, sem justa causa, pelo produtor ao distribuidor dentro do ciclo econômico. Tais práticas são utilizadas como instrumentos de que distinguem os distribuidores, vendedores e consumidores, traduzindo-se em práticas prejudiciais à livre concorrência.

⁵² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* p. 235, 236.

⁵³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *op cit.* p. 237-239.

d) Preços predatórios. Ocorre quando, por exemplo, uma empresa aplica a estratégia de mercado baixando seus preços a valores inferiores a seu preço de custo. Com isto, esta empresa elimina a concorrente, já que esta não poderá manter seus preços no mesmo patamar. Inicialmente pode parecer que esta estratégia ira beneficiar o consumidor, porém posteriormente, com a eliminação da concorrência, o consumidor ficará sujeito aos preços arbitrários deste, ante a criação de monopólio e oligopólio.

2.3.2 CADE e SDE

A livre concorrência no Brasil é fiscalizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado por três órgãos para que se analisem os atos de concentração e processos administrativos, estes com atribuições distintas, sendo o (1) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao qual cabe a responsabilidade de investigar e tomar decisões nas fusões e aquisições e condutas anticompetitivas, a (2) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, onde sua função consta de emitir pareceres técnicos sobre os aspectos econômicos daqueles que estão envolvidos nos processos administrativos por infração à ordem econômica, e, também, a (3) Secretaria de Direito Econômico – SDE, que monitora os mercados, instaurando e instruindo os processos administrativos.

Em suma, enquanto o CADE é o órgão que, administrativamente, tem a função de julgar as infrações à Ordem Econômica, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), é legalmente o encarregado de zelar pelo cumprimento dessa lei.

Apesar de a SEAE permanecer na composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, os seus poderes são limitados à advocacia da concorrência.

O Decreto-Lei nº 7.666 de 1945 criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica -, tendo com atribuição o poder de notificar, fiscalizar e intervir nas empresas que infringirem a ordem econômica, esta lei, também, prevenia o monopólio, discorrendo sobre as diversas formas de infração à ordem econômica, o ajuste entre empresas e o cerceamento da liberdade econômica. O CADE não está lá para prejudicar as empresas, mas para defender o mercado.

Na Constituição Federal a defesa da concorrência foi tratada como

princípio da atividade econômica. A Lei do CADE (Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011) estrutura o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.⁵⁴ O CADE sendo um órgão administrativamente independente ligado ao Ministério da Justiça, possui a tarefa de proferir decisões definitivas no âmbito administrativo, reprimindo práticas econômicas irregulares que venham a repercutir de forma negativa no mercado.

Além do apoio do Ministério Público e da Procuradoria Federal (ProCADE), a nova estrutura do CADE compreende três órgãos: (1) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (2) a Superintendência Geral e (3) o Departamento de Estudos Econômicos.

O CADE é o órgão encarregado da defesa e manutenção dos direitos ligados à macroeconomia destacados na Constituição Federal e atua de três formas, a saber, preventivamente, ou seja, busca e pesquisa sobre atos de concentração entre empresas, repressivamente, ou seja, punindo as práticas nocivas ao mercado e os atos de concentração, e educativamente, difundindo a cultura da livre concorrência. Sobre a competência administrativa do CADE, vale ressaltar a seguinte jurisprudência:

[...] Pouco importa se as empresas envolvidas têm filial no Brasil, ou se o contrato preliminar foi avençado em território brasileiro. Basta que, em tese, o concerto de concentração possa, sob qualquer perspectiva, impactar o mercado nacional. Frise-se: basta que, em tese, o ato de concentração ou o ato de cooperação possam causar prejuízos à higidez concorrencial. Na verdade, só o Cade pode dizer concretamente se o ato deve ou não ser submetido ao seu controle. Os interessados devem sempre observar os prazos pontuados na lei e nas resoluções respectivas, sem que eles próprios façam esse juízo de adequação entre a lei e os atos por ela ajustados, sob pena de incidir a multa do art. 54, §5º da Lei n. 8.884/1994. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao recurso para denegar a segurança. **REsp 615.628-DF, Rel. Herman Benjamin, julgado em 8/6/2010.**⁵⁵

A maior alteração decorrente da Lei Antitruste diz respeito ao momento de atuação do órgão de controle. O dispositivo estabelece que o controle preventivo do CADE seja feito *a priori*, ou seja, antes de se ter consumado o ato de

⁵⁴ CASA CIVIL. Lei nº. 12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 01 de Junho de 2014.

⁵⁵ **REsp 615.628-DF, Rel. Herman Benjamin, julgado em 8/6/2010.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099815/recurso-especial-resp-615628-df-2003-0215979-3/inteiro-teor-19099816>> Acesso em 17/12/15.

concentração, assim sendo, passa-se às empresas o interesse em agilizar o processo de análise do CADE, dando o máximo possível de informações para que a decisão seja tomada rapidamente.

2.3.3 Sanções em decorrência da infração da ordem econômica

As infrações à Ordem Econômica são consideradas ilícitos administrativos, em se tratando que a Lei 12.529/2011 é de natureza administrativa. As multas previstas nesta Lei estão enunciadas no art. 37, sendo:

[...] 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) e 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 o 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.⁵⁶

2.3.4 Do processo administrativo

Define-se o processo administrativo como sendo o conjunto de atos coordenados para a solução de debate no âmbito administrativo. Segundo Di Pietro, o processo administrativo:

⁵⁶ CASA CIVIL. Lei n°.12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 01 de Junho de 2014.

[...] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.⁵⁷

A instauração do processo administrativo inicia-se por meio de denúncia, que poderá ser oferecida por qualquer pessoa, dirigida à Superintendência-Geral.

Se houver indícios suficientes para a instauração do processo administrativo então não há necessidade do inquérito administrativo. Este é instaurado de ofício ou por meio de representação fundamentada por qualquer interessado, sendo que as diligências tomadas para a apuração das infrações deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 dias.

Ao inquérito administrativo e ao procedimento preparatório pode, ou não, ser dado um tratamento sigiloso. Cabe ao Plenário do Tribunal, se estiver sob a análise deste, ou à Superintendência-Geral decidir.

3 CONCLUSÃO

Com a crescente mudança no cenário político e econômico brasileiro denotava-se a necessidade de um aparelhamento estatal mais apto a dar ao Estado respostas mais rápidas e eficazes diante de nosso atual cenário econômico. Assim surge a Lei Antitruste, que tornou mais célere o processo que trata de infrações à ordem econômica. Tendo como titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei, a coletividade.

O abuso de poder econômico surge compreendendo tudo que ultrapassa a regularidade e a normalidade, ou seja, em linhas gerais, a infringência aos princípios citados no art. 170 da Constituição Federal é vulnerante da própria ordem econômica. Daí da intervenção do Estado na Ordem Econômica que ocorre de três formas: a) através de seu poder de polícia, ou seja, através dos atos administrativos expedidos para executa-las, atuando como agente normativo e

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. pg. 623.

regulador da atividade econômica, exercendo, assim, funções de fiscalização, como dispõe o art. 174 da Constituição Federal; b) em casos excepcionais, empresarialmente, mediante pessoas que criam com tal objetivo; e c) mediante incentivos à iniciativa privada estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos.

Em todos os casos a interferência do Estado terá que estar voltada a satisfação dos fins que já foram mencionados, como sendo os que caracterizam o Estado brasileiro; e jamais poderá expressar tendência ou diretriz que não condiz ou gravosas aos valores mencionados, sob pena de nulidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aureliano Albuquerque. **A defesa do consumidor e o abuso do poder econômico**.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, ordem econômica e agências reguladoras**. Salvador: Redae, 2005.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Seminário de integração, de motivação e de pesquisa científica: O método Científico**. ESMEC: 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico**. São Paulo, Editora RT, 2001.

CASA CIVIL. Lei nº. 12.529, de 30 nov. 2011. **Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 25 de Abril de 2014.

CHACUR, Demetrius Ferreira. Ação civil pública como instrumento de tutela do direito fundamental econômico ao mercado sadio. Artigo. **Revista do curso de direito da FACHA**.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. rev. atual. pg 1-30.

FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. **Intervenção do estado no domínio econômico.** Artigo.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico.** São Paulo: MP Ed., 2006

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção à concorrência – comentários à legislação antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. Pg. 83.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2000. 5ª. Ed. rev. atual. pg. 123-161, 219-235.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Malheiros, 2000. pág.150-152.

MARTINS, José Celso; SILVA, Roberto Crespo. **Da intervenção do Estado na economia.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v.8, n. 8, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2005. 18ª ed. rev. atual. pg. 727-746.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Comentários à constituição federal: ordem econômica e financeira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1977. pg. 17-60.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pg. 37-42.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005. Pg 709.

SOUTO, Marcos Jurema Vilela. **Concorrência desleal nas licitações.** Revista eletrônica de direito administrativo econômico. Salvador, Instituto de Direito

Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em <
<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-juruena-villela-souto/concorrencia-desleal-nas-licitacoes>