

Fabio Guimarães Bensoussan
Marcus de Freitas Gouvêa
Reinaldo Diogo Luz

Manual de
Direito Econômico

7^a

Edição

revista
atualizada
ampliada

2023

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Título I
NOÇÕES
INTRODUTÓRIAS

CAPÍTULO 1

NOÇÕES ESSENCIAIS DE DIREITO ECONÔMICO

1. INTRODUÇÃO

Vamos iniciar este livro destacando a importância daquelas partes históricas ou introdutórias, muitas vezes chatas, dos livros de direito, mas que podem ajudar mais do que imaginamos.

Para reduzir o fator sorte nos concursos, precisamos substituir a memorização, de curto prazo, pela **compreensão e pela assimilação**, de longo prazo, e precisamos substituir o conhecimento fragmentado pelo conhecimento global e unitário.

E os elementos necessários para compreender e assimilar as matérias, inclusive as jurídicas, estão na introdução, no capítulo mais geral, às vezes um tanto abstrato.

É claro que não vamos estudar, aqui, história, filosofia ou política. Vamos estudar o direito! E, para isso, vamos procurar o que há de importante na história, na filosofia, na economia e na política para a compreensão desse direito, sempre que possível fazendo a ligação desses conhecimentos pré-jurídicos com as questões jurídicas positivas.

Queremos passar, aqui, a informação de que a introdução fornece o conhecimento básico para entender o restante do livro e as relações entre seus capítulos, os sub-ramos do direito econômico.

No nosso tema, vamos estudar a CIDE e agências reguladoras. As duas matérias, bastante distintas, tratam de intervenção do estado na economia. A CIDE atua basicamente por indução e as agências por regulação da atividade econômica. Fica muito mais fácil, pois, compreender a CIDE e as agências, se entendemos as regras gerais de intervenção do estado na economia. Esta intervenção, por sua vez, é definida e condicionada por fatores históricos, políticos, ideológicos etc. e positivada de maneira progressiva nas Constituições e nas leis. Dessa forma, seu eu compreendo bem essa história e essas ideologias, tendo a compreender melhor a própria intervenção do estado na economia.

Esse tipo de exercício é válido para qualquer ramo do direito. É muito mais fácil compreender as regras e os institutos jurídicos quando temos noção dos fatos sociais e das circunstâncias políticas que levaram a sua criação.

Contudo, no direito econômico, isso é especialmente importante. A realidade fática sobre a qual incide o direito econômico não é tão intuitiva quanto aquela do direito penal ou do direito civil. O fato econômico é, certamente, muito mais complexo – o que nos exige abordar, ainda que sem maiores aprofundamentos, noções essenciais de economia.

Não é possível estudar o direito econômico sem entender como surgiram as preocupações com a intervenção do estado na economia, qual era o pensamento econômico antes dessas preocupações interventivas, sem saber o que é o liberalismo e porque este pensamento deixou de explicar a realidade econômica, sem estudar como evoluiu a Constituição econômica.

Num nível mais específico, não podemos estudar o direito econômico sem entender as razões que tornam ilícitas, por exemplo, condutas anticoncorrenciais. Além de a concorrência ser, por si só, um valor jurídico, atrelado à livre-iniciativa e à liberdade de profissão, ela é um valor instrumental, pois a economia mostra que os mercados com baixa competitividade praticam preços elevados, limitam a oferta de bens e pagam salários mais baixos que os mercados competitivos – provocando, pois, perda na qualidade de vida da sociedade.

São essas questões básicas, necessárias à compreensão de todo o livro, que trataremos na introdução, o que torna este o capítulo mais importante do trabalho.

Mas não é só! Alguns conhecimentos introdutórios também podem ser cobrados diretamente em questões de concursos.

Passemos logo aos trabalhos!

2. DIREITO ECONÔMICO: ORIGENS HISTÓRICAS

O direito, como método de regulação de condutas, existe desde a antiguidade. Como ciência e como forma pela qual o estado e a sociedade se organizam, é fenômeno bem mais recente. Da mesma forma, pode-se falar de economia desde que o primeiro indivíduo superou a produção de subsistência e deu os primeiros passos geração de excedentes, destinados à troca. Por outro lado, é bem mais recente a economia no sentido de modo de produção de uma coletividade organizada e ainda mais moderna a concepção de economia como ciência.

Raciocínio similar se passa com o direito econômico. As regras que procuram disciplinar fenômenos relacionados à economia são bastante antigas, mas a preocupação de se regular sistematicamente a atividade econômica das nações e a política econômica dos estados existe a pouco mais de um século.

De fato, no transcorrer da história, no pensamento – ou ideologia dominante – não se concebia a intervenção do estado na economia, não fazendo sentido falar-se em um ramo do direito que cuidasse da matéria.

2.1. Evolução histórica relevante para o surgimento do direito econômico

Numa visão resumida, a história econômica de origem europeia, que resultou no modo de produção capitalista vigente, passou por etapas como a do mercantilismo, da fisiocracia, das corporações de ofício e do liberalismo, fases em que era o estado, personificado na figura do rei, que conduzia a economia ou em que o estado não era chamado para atender questões econômicas.

No **mercantilismo** (Portugal e Espanha) partia-se do pressuposto de que a riqueza estava na aquisição de metais preciosos, os reis e a nobreza financiavam as grandes navegações com vistas no comércio com o oriente e na exploração das colônias. Para os **fisiocratas** (França) a riqueza era decorrente da agricultura e vigorava o **princípio do laissez-faire** (deixar fazer), não se admitindo qualquer intervenção no processo produtivo. No regime das **corporações de ofício** (Alemanha, por exemplo), os grupos de produtores, notadamente urbanos (sapateiros, ferreiros, tecelões) se auto-organizavam, sem a interferência do estado. Por fim, o **liberalismo econômico capitalista** (surgido na Inglaterra no séc. XVIII e que se espalhou por outros países como França, Holanda e Alemanha), mantinha o mesmo princípio do laissez-faire e não admitia a intervenção do estado na economia, por entender que o mercado era capaz de se autorregular e de funcionar, sem qualquer intervenção, no grau máximo de eficiência.

É conveniente lembrar que o próprio liberalismo teve seu contexto histórico, tendo surgido como reação ao poder estatal, que não reconhecia direitos individuais. De fato, sob o ponto de vista da política e das liberdades individuais, os estados, em conjunto com a nobreza, concentravam todos os direitos, pouco restando para a classe emergente dos comerciantes e industriais.

Assim, a teoria que explicava e justificava o novo modo de produção capitalista, também procurava defender os direitos políticos e sociais de seus principais artífices, os empresários.

2.2. O liberalismo econômico

O primeiro grande pensador desta época foi Adam Smith, autor de “A riqueza das Nações”, que desenvolveu a ideia de mão-invisível que regula o mercado – vale dizer, a ideia de que as forças econômicas encontram por si o equilíbrio necessário –, e a teoria das vantagens absolutas, que recomendava a especialização do trabalho para que cada nação obtivesse o máximo de proveito econômico. Também merece destaque David Ricardo, autor de “Princípios de política econômica e tributação”, criador das teorias do valor trabalho e das vantagens competitivas, base teórica do comércio internacional.

O liberalismo partia de três postulados principais: 1) os agentes do mercado, produtores, fornecedores e consumidores seriam capazes de se autorregular (teoria da “**mão-invisível**” do mercado, de Adam Smith; 2) toda oferta geraria sua própria procura, situação em que o pleno emprego era naturalmente mantido (chamada “**lei de Say**”, em referência ao economista Jean Baptist Say; e 3) a especialização mundial do trabalho maximizaria o proveito econômico de todas as nações (**teoria das vantagens comparativas** de David Ricardo).

O liberalismo pode ser assim definido:

Liberalismo	Doutrina dos partidários da livre-empresa, que se opõe ao socialismo e ao dirigismo; mais particularmente, teoria segundo a qual o Estado não deve intervir nas relações econômicas que existem entre indivíduos, classes ou nações.	http://www.dicio.com.br/liberalismo/
	Ideologia que defende que o governo se deve abster da economia do país	http://www.lexico.pt/liberalismo/

Até finais do século XIX, o liberalismo serviu para explicar o funcionamento da economia e prever seus rumos, sem qualquer participação estatal. Deveras, o modelo liberal havia experimentado crescimento substancial, tornando os primeiros países capitalistas nas maiores economias do mundo (inicialmente Inglaterra e França e posteriormente as regiões da atual Alemanha, a Holanda, o Japão e os Estados Unidos), chegando ao estágio do capitalismo imperialista.

Neste modelo, a economia dos países, especialmente os europeus, se baseava na produção industrial local e na conquista constante de mercados: as colônias, que se espalhavam pelas Américas, pela África, pela Ásia e pela Oceania, enriquecendo cada vez mais países como a Inglaterra e a França, onde o papel do estado estava adstrito à conquista de novas colônias, não lhe cabendo intervir no processo produtivo interno.

2.3. Primeiras preocupações sistemáticas de intervenção do Estado na economia e o declínio do liberalismo econômico

As primeiras preocupações com a regulação sistemática da economia começaram a surgir no final do século XIX e no início do século XX, nos Estados Unidos, em virtude do **surgimento de grandes monopólios** (que tiveram como efeito negativo a exploração dos trabalhadores) e, mais tarde, em função do **colapso da economia americana** (quebra da bolsa de Nova Iorque) e na Europa, com a crise do sistema econômico (que viria a contribuir decisivamente com a deflagração da I Guerra Mundial).

No final do século XIX, nomes que se tornaram conhecidos e ainda estão presentes na política e na economia americana instituíram verdadeiros impérios. John Rockefeller dominava a extração de petróleo, a produção, a venda e a distribuição de querosene (*Standard Oil*), e posteriormente da gasolina. Andrew Carnegie fez fortuna com a produção de aço, material que passou a ser utilizado para a construção de todo o país, incluindo pontes e os arranha-céus de Nova Iorque. J.P. Morgan, a seu turno, se destacava no setor financeiro e passou a dominar, também, a produção de energia elétrica, com a empresa que veio a ser denominada General Electric.

Diante dos efeitos danosos dos monopólios, surgiu o *Sherman Act* de 1890, a lei antitruste, que visava garantir a concorrência, no sentido de combater elevação abusiva de preços, exploração dos trabalhadores e submissão dos fornecedores.

Na mesma época, a Europa via seu sistema produtivo cada vez mais dependente das colônias espalhadas por todo o mundo, como fornecedores de matéria prima barata

e especialmente como consumidores de produtos finais, para fazer face ao desemprego crescente. Contudo, não havia mais territórios a ser conquistados e o modelo chegava a seu limite.

Começava a ruir a teoria do liberalismo econômico.

A situação, contudo, iria se agravar. A dissolução dos monopólios nos Estados Unidos proporcionou a circulação de papéis representativos das empresas (ações) mediante oferta pública, fazendo surgir um grande mercado financeiro de captação da poupança popular, sem regulamentação, permitindo, assim, a realização de negócios temerários, dissociados da riqueza efetivamente gerada pelas empresas o que causou, por sua vez, crises econômicas sérias, sendo a mais conhecida delas a crise de 1929.

Na Europa, também surgia um mercado financeiro a pedir regulamentação, mas ainda se destacavam os defeitos do sistema de produção. Como não havia mais novos mercados a serem conquistados, países com elevada produção e que não possuíam colônias fornecedoras de matéria prima e consumidoras de produtos finais se viam na dependência dos países que as detinham. Esta situação gerava um delicado equilíbrio, que veio a se romper por duas vezes, causando a I e a II Grandes Guerras.

Após os colapsos, mostrou-se evidente que o mercado não era autorregulatório e que a intervenção do estado na economia, ainda que regulatória, era essencial.

2.4. A mudança no cenário econômico mundial

Começou-se a discutir a **intervenção do estado na economia**. Surgiram estudos e políticas econômicas sobre a **economia do bem-estar** (*welfare economy*), sobre a relação entre moeda e preços, sobre a estabilidade e o desenvolvimento econômicos.

Os países se uniram no sentido de erigir princípios e práticas que evitassem crises internas e conflitos mundiais, criados em torno de problemas econômicos.

No plano acadêmico, surgiam novas teorias econômicas e novas obras que apontavam os **defeitos do mercado e procuravam corrigi-los pela intervenção estatal**, dentre as quais se destacam a “Teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, de John Maynard Keynes e o estudo dos ciclos econômicos de Michael Kalecki, autor da “Teoria dinâmica da economia”.

Inegável que a obra de Karl Marx também contribuiu, tanto pela implementação do socialismo na Rússia, quanto pelos reflexos de seus trabalhos no próprio entendimento da sociedade sobre a economia.

Nos países menos desenvolvidos, além dessas preocupações, surgiram normas de combate à inflação e de promoção do abastecimento interno, bem como teorias desenvolvimentistas, como é exemplo a teoria de substituições de importações da Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL.

2.5. A mudança na área jurídica

Sob o prisma jurídico, mostrou-se evidente que o direito privado não era capaz de regular os novos fenômenos da sociedade, como o crescente desemprego e as crises econômicas.

A concepção absoluta do direito da propriedade perdia forças, face à ideia de **função social da propriedade**. A liberdade contratual plena deixava espaço para os **contratos dirigidos**, cabendo ao estado proteger as partes mais fracas das relações, bem como impedir que os contratos surtisseram efeitos danosos de contratos relevantes. Os **direitos dos trabalhadores** (contratos de trabalho e previdência) passaram a receber tratamento próprio, afastado do direito civil, no sentido de resguardar o interesse dos empregados.

No plano interno, proliferaram **leis antitrustes**, institutos e normas para **regular os mercados**, políticas de **proteção dos trabalhadores e dos consumidores**. No plano internacional, foram criadas instituições para **fomentar o desenvolvimento** (Banco Mundial), para **socorrer nações em dificuldades financeiras** (Fundo Monetário Internacional) e para **regular o comércio mundial** (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio).

A partir desse contexto histórico e a partir dessas normas de intervenção do estado nas relações econômicas, foram editadas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição do Império Alemão de 1919 (Constituição de Weimar), ambas com forte conotação social e interventiva, preocupadas com questões econômicas gerais.

Surgia o direito econômico.

No passado, por certo, houve regulamentações isoladas da economia. Também se encontram casos temporários e localizados de intervenção estatal. Contudo, esses exemplos não poderiam ser considerados como embriões do direito econômico, por lhes faltar a necessária sistematização e por não refletirem uma política estatal calcada numa preocupação permanente.

No século XX, ao revés, a intervenção estatal na economia passou a ser constante, derivando o direito econômico das sucessivas leis que procuraram regular esta intervenção.

3. CONCEPÇÕES E DEFINIÇÕES DE DIREITO ECONÔMICO

Existem muitas concepções sobre o direito econômico, que variam conforme a evolução da matéria e a particular história em cada país, além, é claro, do ponto de vista dos autores.

Modesto Carvalhosa realizou, na década de setenta, levantamento de dez principais escolas de direito econômico. Estas escolas se distinguem, segundo o autor, por procurar ou não autonomia do direito econômico, por identificar o direito econômico por seu método próprio, por situá-lo no direito público, no direito privado ou num terceiro gênero de direito de síntese, ou por defini-lo a partir do objeto de suas preocupações, sejam essas relacionadas com os blocos econômicos internacionais ou com o desenvolvimento econômico¹.

De fato, podemos encontrar referências ao direito econômico como “o direito da economia” (este certamente mais amplo, pois abrangeria todas as normas jurídicas

1. CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 171 e seg.

capazes de reger parcela da economia, presente, por exemplo, no direito civil ou no direito tributário), como “o direito do planejamento” (especialmente nos países socialistas), como “direito do desenvolvimento econômico” (especialmente nas nações menos desenvolvidas), como o “direito da organização dos mercados”², como “direito da organização da concorrência”, limitado ao direito antitruste etc.

Também se discutiu muito acerca da localização do direito econômico nas ciências jurídicas, se se trataria de um ramo do direito público, do direito privado ou de um direito de síntese.

Geraldo Vidigal sustenta que as soluções de enquadramento do direito econômico no direito público ou no direito privado não atendem a realidade. Para o autor, o direito privado caracteriza-se pelo interesse individual, por um clima de liberdade, e regula agentes privados e direito privado. A seu turno, o direito público caracteriza-se pelo interesse social, por um clima de autoridade e regula atividades públicas nas quais estão envolvidos entes revestidos de supremacia. No direito econômico, que o autor entende como o direito da organização dos mercados, prevaleceria o interesse social, como no direito público, mas procurar-se-ia regular agentes privados e atividades privadas, justificando, assim, a síntese. Acrescenta o autor que o clima presente do direito econômico não é o de autoridade ou de liberdade, mas o de dominação, que visa o máximo de liberdade, substituindo-se a dominação exercida pelo poder econômico, pela dominação da norma jurídica³.

A ideia de síntese nos parece ainda válida, embora muito tenha mudado desde a década de 1970, quando o professor Vidigal escreveu seu livro. Hoje se aceita, a propósito, que o direito econômico se situa no âmbito do direito público, não em um terceiro ramo do direito.

De se notar que o direito econômico não regula apenas atividades privadas, mas também serviços públicos, prestados diretamente pelo estado ou indiretamente, sob regime de concessão. Ademais, submete-se ao direito econômico a conduta de instituições públicas, como as agências reguladoras. No mesmo sentido, **a lei de defesa da concorrência, Lei 12.529/2011, em seu art. 31, dispõe literalmente que seus preceitos se aplicam a pessoas jurídicas de direito público**. De outro lado o direito econômico não atua apenas impondo limites à autonomia da vontade (ou substituindo-a, quando ausente), mas efetivamente os impõe nas relações jurídicas que regulam obrigações baseadas no interesse social.

De se notar, também, que a evolução do direito trouxe normas de ordem pública ao direito privado, bem como ampliou a discricionariedade no direito público, que muitas vezes conjuga o interesse de entes públicos e de particulares, como no instituto da parceria público-privada e no orçamento participativo, entre outros.

Assim, não se retira o direito empresarial, por exemplo, do âmbito do direito privado, se este apresenta normas que protegem o direito das minorias acionárias, nem se

2. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria do Direito Econômico. São Paulo: RT, 1977, p. 44.

3. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria do Direito Econômico. RT, 1977, p. 39-41.

retira o direito previdenciário do âmbito do direito público, se este permite transação, nas demandas que versam sobre benefícios, em princípio indisponíveis.

O clima de dominação também não é bastante para a criação de um terceiro gênero. O clima de dominação, especialmente a dominação que o poder econômico privado procura exercer sobre concorrentes, fornecedores e consumidores, a nosso ver, distingue o direito econômico dos demais ramos do direito público, mas não é capaz, por si, de justificar a criação de um *tertium genus* na classificação jurídica.

Ademais, o caráter público do direito econômico decorre da nota essencial deste ramo do direito, vale dizer, a política econômica estatal, conforme a posição majoritária da doutrina.

Deveras, algumas definições obtiveram grande prestígio, sem lograr, contudo, aceitação geral.

Para Modesto Carvalhosa

Direito Econômico é o conjunto de normas que, com o conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins cometidos à Ordem Econômica.⁴

Para Geraldo Vidigal

O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social.⁵

Preponderam as definições segundo as quais o **objeto do direito econômico são as normas que regulam a política econômica**, não sendo bastante para caracterizar o direito econômico apenas um método ou o mero conteúdo de economicidade da norma jurídica. De outro lado, toda norma tendente a regular a política econômica pode ser considerada objeto do direito econômico, ainda que exceda o tema da regulação dos mercados ou os limites da ordem econômica constitucional.

Defendem esta posição, por exemplo, Washington Peluso Albino de Souza e Eros Roberto Grau.

Para Washington Albino

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da ‘economicidade’.⁶

De maneira similar, para Eros Roberto Grau

[O direito econômico é o] sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da

4. CARVALHOSA, Modesto. Direito Econômico. São Paulo: RT, 1973, p. 361.

5. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria do Direito Econômico. RT, 1977, p. 44.

6. SOUZA, Washington. Albino. P., Direito Econômico, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3.

atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal.⁷

Numa visão geral, a **política econômica** consiste num **conjunto de medidas governamentais, micro e macroeconômicas, notadamente fiscais, monetárias, cambiais e creditícias voltadas à regulação da economia e a obtenção de determinados fins.**

A ideologia dominante que dá coerência à política econômica e os fins por ela pretendidos são essenciais a seu conceito.

Contudo, vale ressaltar o governo toma, com frequência, medidas calcadas em necessidades, com baixa influência das ideologias.

De outro lado, o direito econômico também irá cuidar de medidas econômicas tomadas por força do princípio democrático, para atender demandas ou interesses de grupos ou minorias, ainda que não diretamente voltada aos fins pretendidos pelo governo. Tais medidas se inserem na política econômica em sentido mais amplo, a significar qualquer opção econômica tomada pelo governo e positivada juridicamente.

Neste sentido, o direito econômico irá regular, com exclusividade ou em conjunto com outros ramos do direito, os instrumentos de política econômica, utilizados na gestão da política econômica estatal.

Esta política terá como meta objetivos econômicos de curto ou longo prazo e de caráter conjuntural ou estrutural.

No **aspecto macroeconômico**, as normas de direito econômico não terão, em geral, destinatário individualizado. As normas de planejamento econômico e as normas de controle das variáveis econômicas, como a definição da taxa de juros, dirigem-se à toda a coletividade e a todos os agentes econômicos.

No **aspecto microeconômico**, porém, as normas de direito econômico ganham maior especificidade e passam a regular direitos subjetivos individuais. É o que se passa com as normas que regulam a concorrência, em que o direito de empresas individualmente consideradas de formar grupos ou de realizar fusões é regulado, ou com as limitações ao direito de contratar e de edificar, inerentes à função social da propriedade.

A norma de direito econômico, portanto, pode se direcionar a toda a coletividade ou, no que é mais sentida, aos agentes econômicos mais poderosos, capazes de influenciar individualmente a economia (poder econômico privado).

É o poder econômico público de regular que, detectando o risco de efeitos negativos de determinadas condutas, limita, coordena ou induz o poder econômico privado a agir de forma mais proveitosa para o interesse social ou, pelo menos, de forma menos nociva.

Não podemos esquecer que o poder econômico estatal também atua diretamente na economia, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividades econômicas por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista.

7. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo: RT, 1981, p. 39.

Este complexo de normas regulamentares da política econômica e de sujeitos sobre quem as normas são aplicadas exige, também, métodos específicos de atuação do direito econômico.

Como em qualquer ramo do direito, o direito econômico possui princípios, regras e métodos de interpretação. Alguns são clássicos e comuns a todo o direito, como o princípio da legalidade, a hierarquia das leis, a interpretação literal, o método da interpretação histórica e teleológica e os limites da interpretação conforme a constituição.

Porém, são as particularidades metodológicas do direito econômico que o destacam e o diferenciam dos demais ramos do direito.

No Brasil, Washington Albino de Souza fala do “método analítico substancial” e Modesto Carvalhosa fala da “economicidade”.

Com repercussão mundial, há o pensamento da Escola de Frankfurt, a teoria da justiça de John Rawls, da Universidade de Harvard e também a “análise econômica do direito”, especialmente a desenvolvida pela Escola de Chicago.

Todas estas escolas, ainda que se dediquem a outras áreas do pensamento, cuidam de criar teorias e métodos de compatibilização da ciência jurídica com sua atuação sobre as questões econômicas. Tais teorias, assim, influenciam a criação das normas e funcionam, também, como ferramenta auxiliar na aplicação do direito econômico.

Independentemente de qualquer filiação a corrente doutrinária, é necessário destacar a “análise econômica do direito”, da Escola de Chicago, pelo alcance e influência que seu método obteve no direito mundial, inclusive no direito brasileiro.

Por outro lado, é importante notar que a Escola de Chicago não exerce influência uniforme em todas as áreas do direito econômico e sua importância também varia conforme o aplicador do direito, que pode optar por não acolher seus ensinamentos, em prol de outras correntes doutrinárias. De fato, a própria eficiência, em que se baseia esta particular forma de aproximação entre a economia e o direito, cede espaço para as escolhas legislativas e a princípios como a redução de desigualdades.

Doravante, vamos cuidar do conteúdo, da abrangência e do objeto do direito econômico quando traçaremos, também, um panorama dos instrumentos de política econômica e mais adiante do método de direito econômico. Com isso, poderemos compreender bem o núcleo da definição de direito econômico e o conteúdo da norma de direito econômico, vale dizer, “a política econômica”, em toda a sua dimensão.

4. CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA DO DIREITO ECONÔMICO

Dissemos que, segundo o entendimento majoritário, o direito econômico é o ramo da ciência jurídica que estuda o conjunto de normas que positivam a política econômica estatal.

Vejam agora qual o conteúdo e a abrangência do direito econômico. Em outros termos, vejamos quais fatos e situações econômicas compõem a política econômica regulada por este ramo do direito.

Para Geraldo Vidigal, o *direito econômico ocupa-se* do ordenamento jurídico das situações de mercado que tendem a relações de dominação (os monopólios, por exemplo), da tutela jurídica dos sujeitos passivos das relações de dominação (v.g. os consumidores e as minorias acionárias), da disciplina jurídica orientadora das atitudes, propensões e expectativas que comandam, nos mercados e do comportamento das macrovariáveis econômicas (como a determinação da taxa de juros e da taxa de câmbio).

Podemos acrescentar, como objeto de preocupação do direito econômico, qualquer fato que possa influir positiva ou negativamente na economia, como as ofertas públicas de títulos e valores mobiliários e os investimentos estrangeiros e, como convém ao conceito de direito econômico como o regime jurídico da política econômica, qualquer instrumento ou objetivo de política econômica. São exemplos de instrumentos de política econômica os incentivos fiscais, o endividamento público e as contribuições de intervenção no domínio econômico. A seu turno, são objetivos da política econômica o desenvolvimento econômico, a estabilidade econômica e a distribuição de riqueza e renda.

Com estas preocupações, o direito econômico irá atuar em diversas áreas.

Segundo Vidigal, as **áreas de atuação do direito econômico** são as diretivas para o desenvolvimento, a busca do equilíbrio econômico com vistas no pleno emprego, a tutela dos valores concorrenciais e a disciplina da repartição para a difusão do bem-estar.

Não seria incorreto incluir entre as áreas de atuação do direito econômico as próprias **ações para o desenvolvimento, como a elaboração de planos econômicos, a realização da reforma agrária e a implementação de projetos de desenvolvimento nacional e regional** (Decreto 6.047/2007).

O *equilíbrio econômico*, como área de incidência do direito econômico, também pode ser visto como valor autônomo ou, ainda, como valor voltado a melhor distribuição de riquezas e renda.

A história recente do Brasil conheceu diversos **planos de estabilização, de combate ao processo inflacionário**, alguns chamados ortodoxos, por priorizar a utilização de instrumentos macroeconômicos fiscais, monetários e cambiais; e outros planos, chamados heterodoxos, mais invasivos, que incluíam medidas como a troca da própria moeda, a indexação e até mesmo o congelamento de preços, algumas delas, inclusive, apreciadas pelo Judiciário, como exemplifica a ementa da decisão do STF no AI 583.551 AgR/DF:

CONSTITUCIONAL. DIREITO ECONÔMICO. FATOR DE DEFLAÇÃO. “TABLITA”. LEI nº 8.177/91. ART. 27. APLICAÇÃO IMEDIATA. REEXAME DE PROVAS E FATOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

A aplicação do art. 27 da Lei nº 8.177/91 não ofende a Constituição da República, podendo, perfeitamente, ser aplicado aos contratos em curso.

(STF, T1, AI 583.551 AgR/DF, Min. Cármen Lúcia, DJe de 3/8/2007)

O mais famoso destes planos, criado pela Medida Provisória 434/1994 e consolidado na Lei 8.884/1994, foi o Plano Real, que contou com a indexação dos preços da

moeda vigente, o Cruzeiro Real, na Unidade Real de Valor – URV, atrelada ao dólar americano e, posteriormente, com a substituição do Cruzeiro Real pelo Real.

A matéria também foi apreciada pelo STF:

Direito Monetário: competência legislativa privativa da União: critérios de conversão em URV dos valores fixados em Cruzeiro Real: aplicação compulsória a Estados e Municípios, inclusive aos vencimentos dos respectivos servidores, que impede a incidência de diferente legislação local a respeito.

1. Em todas as Federações, o estabelecimento do sistema monetário foi sempre típica e exclusiva função legislativa do ordenamento central; e estabelecer o sistema monetário – escusado o óbvio – consiste primordialmente na criação e eventual alteração do padrão monetário.

2. A alteração do padrão monetário envolve necessariamente a fixação do critério de conversão para a moeda nova do valor das obrigações legais ou negociais orçadas na moeda velha; insere-se, pois, esse critério de conversão no âmbito material da regulação do “sistema monetário”, ou do Direito Monetário, o qual, de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, VI), se subtrai do âmbito da autonomia dos Estados e Municípios.

3. A regra que confia privativamente à União legislar sobre “sistema monetário” (art. 22, VI) é norma especial e subtrai, portanto, o Direito Monetário, para esse efeito, da esfera material do Direito Econômico, que o art. 24, I, da Constituição da República inclui no campo da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

4. Dado o papel reservado à URV na transição entre dois padrões monetários, o Cruzeiro Real e o Real (L. 8880/94), os critérios legais para a conversão dos valores expressos em cruzeiros reais para a URV constituiu uma fase intermediária de convivência com a moeda antiga na implantação do novo sistema monetário.

5. Compreendem-se, portanto, ditos critérios da conversão em URV no âmbito material de regulação do sistema monetário, objeto de competência legislativa privativa da União.

6. A conversão em URV dos valores fixados para a remuneração dos servidores públicos locais – segundo a lei federal institutiva do novo sistema monetário –, não representou aumento de vencimentos, não sendo oponíveis, portanto, à sua observância compulsória por Estados e Municípios, as regras dos arts. 167 e 169 da Constituição da República.

7. Correta a decisão do Tribunal local que, em consequência, deu aplicação aos critérios da conversão de vencimentos e proventos em URV, ditados por lei federal (L. 8880/94, art. 22) e afastou a incidência da lei estadual que os contrariou (L. est. 6612/94-RN): RE não conhecido.

(STF, T1, RE 291.188/RN, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14/11/2002)

Diversas outras normas buscam os fins da política econômica, regulando os fatores produtivos bem como os instrumentos de política econômica.

São exemplos de **normas de direito econômico**:

- as leis que fixam o valor do salário mínimo;
- as leis que regulam o sistema financeiro nacional, bem como as normas regulamentares emitidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, do Banco Central – BC e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM;

- a lei de crimes contra o sistema financeiro;
- as leis que criam as agências reguladoras e os atos normativos por elas editados;
- a lei da concorrência;
- a lei que regula o investimento estrangeiro no Brasil;
- as leis que disciplinam a reforma agrária;
- as normas que regulamentam o desenvolvimento urbano;
- as leis que estabelecem benefícios fiscais de estímulo a determinadas atividades econômicas e ao desenvolvimento tecnológico;
- as leis que disciplinam os tributos regulatórios, como o IOF, o IPI e o II;
- as leis que criam e regulamentam as contribuições de intervenção no domínio econômico;
- as normas que estabelecem créditos favorecidos para setores econômicos como a agricultura, para as micro e pequenas empresas e para empresas exportadoras;
- as leis que regulamentam a propriedade industrial;
- as leis que disciplinam o regime de bens essenciais ou estratégicos, como a água, os metais preciosos, os metais radioativos e o petróleo;
- as normas que estabelecem as diretrizes do transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aéreo;
- as leis que criam instrumento de poupança forçada, como o FGTS; etc.

Muitas das normas que elencamos pertencem ao direito tributário, ao direito penal, ao direito administrativo, ao direito do trabalho, ao direito empresarial.

Ocorre que cada um destes ramos do direito cuida das normas sob seu particular ponto de vista. As normas que definem o **salário mínimo**, por exemplo, pertencem ao **direito do trabalho**. Nesta seara, contudo, a preocupação se dirige ao cumprimento dos contratos de trabalho, servindo a norma para determinar o valor dos salários nas relações individuais entre as empresas e os empregados, ainda que representados pelos sindicatos das categorias.

Esta mesma norma, porém, encontra-se na alçada de preocupações do direito econômico, na medida em que supera a determinação dos direitos individuais, para atingir o objetivo econômico de definição dos níveis agregados de salários.

A norma não deixa de pertencer ao direito do trabalho, mas, integrando também a política econômica nacional, passa a pertencer, num segundo nível, ao direito econômico.

Isso não quer dizer, é bom frisar, que não há normas típicas e imediatas de direito econômico, nem que o direito econômico não cuide de direitos subjetivos. No decorrer deste curso, vamos tratar de normas exclusivas do direito econômico, como as normas concorrenciais, e dos direitos subjetivos por elas disciplinados.

Sobredireito	<p>O termo é utilizado para designar ramos do direito que cuidam, sobre um enfoque particular, de matérias reguladas, inicial e imediatamente por outra disciplina jurídica.</p> <p>Exemplos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ direito econômico x direito tributário, quanto às normas que estabelecem benefícios fiscais. Imediatamente, a norma regula a exoneração de um tributo, afetando a relação jurídica imediata entre o contribuinte e o fisco. Contudo, ao se incluírem como medidas de política econômica, o direito econômico também se ocupará dos benefícios fiscais. ▶ direito tributário x direito empresarial. A apuração do lucro é matéria de direito empresarial, disciplinada pela Lei 6.404/1976. O direito tributário, numa outra esfera, se apropria do conceito, sobre ele faz incidir regras próprias e determina, assim, o lucro como fato gerador do imposto de renda, agindo como sobredireito face ao direito empresarial.
---------------------	---

Todas estas normas estão englobadas no conjunto que chamamos direito econômico e são utilizadas na gestão da **política econômica**, tanto no nível **estrutural** quanto no nível **conjuntural**.

Diz-se estrutural a política econômica voltada a combater problemas arraigados na economia, cuja solução demanda tempo e reforma, normalmente gradual, das estruturas produtivas. São políticas estruturais as voltadas à infraestrutura, como o transporte e a geração de energia e aquelas destinadas a combater a concentração de renda e a pobreza.

De outro lado, **diz-se conjuntural a política** destinada a combater problemas circunstanciais, causados por fatores externos. De uma forma geral, tais políticas têm duração curta, pois destinam-se a resolver dificuldades momentâneas e emergenciais, como a política de redução de impostos (redução do IPI de veículos e da linha branca) na crise internacional de 2008, destinadas a estimular o consumo e evitar a recessão.

As normas que disciplinam as diversas áreas da atividade econômica, seja como política conjuntural ou estrutural, terão, também, seus destinatários. E os **destinatários das normas de direito econômico** são todos os agentes do mercado, entendido não como um local físico onde se operam contratos, nem como um ente abstrato e todo poderoso que se encontra acima da lei. O **mercado** é o conjunto de todas as operações de conteúdo econômico e os agentes do mercado somos todos nós, consumidores, trabalhadores, prestadores de serviço, empresas e empresários, e também o estado, quando atua diretamente na economia, consumindo e produzindo bens e serviços e pagando suas obrigações, como salários, deveres contratuais, juros e aluguéis.

Por certo, que o **estado** é o produtor destas normas e as **empresas**, detentoras de poder econômico, seus principais destinatários, vez que dotadas de uma capacidade muito maior que a dos indivíduos de influenciar as variáveis econômicas de que tratamos, como o nível de preços e salários.

As empresas e, em geral, o poder econômico, serão os destinatários de **normas de controle da economia**, mas delas não escapam as empresas públicas e sociedades de economia mista. De outro lado, as pequenas empresas, os consumidores, os acionistas

minoritários, o público a quem são ofertados títulos e valores mobiliários, são destinatários de **normas protetivas de direito econômico**.

5. AS CARACTERÍSTICAS DAS REGRAS DE DIREITO ECONÔMICO

Falamos um pouco do direito econômico, de seu objeto e de sua relação com outros ramos do direito. Cabe agora tratar das características dessas regras.

Entende-se por lei, em sentido material, o ato normativo que contém comando geral e abstrato. Por ser geral, dirige-se a qualquer pessoa que se enquadre no comando da norma e, por ser abstrata, não se refere a nenhum caso concreto em particular, mas é aplicável a qualquer hipótese que se identifique com o comando normativo.

Assim, no art. 121, do Código Penal, a norma "matar alguém: pena de reclusão, de seis a vinte anos", enquadra-se no conceito de lei material, pois se dirige a qualquer pessoa que cometa o homicídio e a norma não se restringe a determinados homicídios, se aplicando, ao revés, a qualquer fato que se subsuma em seu conceito.

Este dispositivo, bem como os demais crimes previstos no Código Penal também exemplificam outra característica bastante comum nas leis, qual seja a utilização do método conceitual, ou da tipicidade fechada. Para que se caracterize o homicídio, o furto, o roubo, a receptação, é necessário que todos os elementos previstos na norma sejam identificados no fato, pois não se admite a punição por algo que seja apenas parecido com o crime tipificado. A conduta, para que seja considerada criminosa, deve conter todos os elementos previstos pela norma penal. Faltando um elemento qualquer, ainda que dos menos relevantes, não há o crime.

Como salientamos nas linhas anteriores, **as normas de direito econômico, muitas vezes demandam técnica legislativa peculiar, especializada, emanada de instituições mais próximas à realidade regulamentada, e também flexível, para acompanhar com agilidade o fenômeno da economia**.

Não raro, notadamente para as normas de hierarquia mais elevada, demanda-se um perfil mais genérico do comando normativo. A lei deve ser elaborada de forma a permitir a atuação concreta das normas regulamentares das agências ou para evitar que ela – a própria lei – seja continuamente alterada.

De outro turno, é comum que a norma de direito econômico não pretenda a punição de condutas lesivas, mas o estímulo de comportamentos desejáveis. Assim, a norma pode apresentar um prêmio por seu cumprimento, ao revés da pena por seu descumprimento.

Trataremos agora das características das normas de direito econômico. Diversas destas características são comuns à teoria geral do direito, mas encontram, neste ramo do direito, uma presença muito mais marcante que em outros.

5.1. Tipos e conceitos indeterminados

No **raciocínio conceitual**, como dissemos, se estabelecem as características de determinado objeto e todas essas características são essenciais. Assim, a norma construída pelo método conceitual somente é aplicada quando todos os elementos por ela previstos se apresentam.

O **raciocínio tipológico** difere-se do raciocínio conceitual. Neste, há um certo conjunto de características que normalmente representam o objeto, mas nem todos devem estar presentes ao mesmo tempo. Dessa forma, a norma jurídica tipológica pode ser aplicada desde que um ou alguns desses elementos bastantes para caracterizar o objeto sejam identificados no fato estudado.

De outro giro, o raciocínio conceitual não admite combinações. Por ser fechado, o conceito é unívoco, ao passo que o tipo, aberto, possibilita combinações. Um exemplo é o contrato de *leasing*. Nele, se apresentam elementos do contrato de locação e do contrato de compra e venda, o que se admite em função de ser a classificação dos contratos tipológica, não conceitual, consequência que decorre da autonomia da vontade neste campo do direito.

Entre conceito fechado e tipo aberto, utiliza-se também a técnica dos conceitos indeterminados. Conceitos indeterminados são aqueles que, por sua elevada abstração, permitem ao aplicador maior margem de interpretação, capazes de ajustar a interpretação da norma à realidade dos fenômenos por ela disciplinados.

Exemplo de norma construída a partir de **conceitos indeterminados** no direito econômico é o *caput* do art. 36, da Lei da Concorrência (Lei 12.529/2011):

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

A norma não prevê um conceito fechado de infração à ordem econômica, mas se utiliza de uma linguagem bastante aberta quanto ao meio utilizado “atos de qualquer forma manifestados”, ao fim alcançado pela ação “de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa” e também se vale de conceitos indeterminados, embora determináveis, como “mercado relevante” a “arbitrariedade no aumento dos lucros” e “abusividade no exercício da posição dominante”.

Como dissemos linhas acima, matar alguém é algo bastante determinado, mas aumentar arbitrariamente os lucros é bastante indeterminado, pois demanda, em cada caso concreto, da análise dos atos praticados, para se apurar, dentro das circunstâncias, sua arbitrariedade ou sua razoabilidade.

Se considerarmos o conjunto da disciplina das infrações à lei antitruste e não só o *caput* do art. 36, da Lei 12.529/2011, ademais de conceitos indeterminados, encontraremos verdadeira **construção tipológica**, que analisaremos em momento apropriado.

O art. 88, da Lei 12.529/2011 também merece ser citado, para exemplificar norma que se utiliza do raciocínio tipológico. Define o *caput* do artigo operações que devem ser submetidas ao crivo do CADE. Vejamos:

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

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Nos termos do § 5º, do art. 88, da Lei da Concorrência, “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”.

Não obstante, o § 6º, da norma, excepciona os rigores do § 5º, quando, em linhas gerais, o ato de concentração gerar benefícios que compensem a redução da concorrência. Vejamos:

Art. 88.

[...]

§ 6º 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 ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

O direito da concorrência será estudado com mais detalhes em momento oportuno. Importa-nos, agora, o método tipológico utilizado pelo legislador para legitimar o ato de concentração econômica, presente no inciso I. Neste sentido, verifica-se que não se exige a ocorrência de todos os efeitos previstos no inciso I, do § 6º, do art. 88, da Lei 12.259/2011, mas qualquer deles, desde que tais efeitos gerem vantagens que o tornem a conduta benéfica e que o benefício seja repassado em parte para os consumidores.

O benefício, assim, é tipológico, pois pode decorrer do aumento da produtividade, do aumento da competitividade, da melhoria da qualidade dos bens ou serviços ou da geração de desenvolvimento tecnológico ou econômico, conjunta ou alternativamente.

Se norma prevísse que os requisitos fossem cumulativos, teríamos um conceito. A expressão “alternativamente”, contudo, configura a construção tipológica do dispositivo.

Outro exemplo de conceito indeterminado é o de valores mobiliários, sujeitos ao controle da CVM.

Em sua redação original, o art. 2º, da Lei 6.385/1976 previa como valores mobiliários as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários; e **outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas**, a critério do Conselho Monetário Nacional.

A menção a outros títulos tornava indeterminado o conceito de valores mobiliários, mas limitava-o aos títulos emitidos pelas sociedades anônimas. Com o advento da Lei 10.303/2001, ademais da inclusão expressa de diversos papéis no art. 2º, da Lei 6.385/1976, permitiu a lei que fossem considerados como valores mobiliários “quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros” (art. 2º, IX, da Lei 6.385/1976).

Assim, qualquer oferta de investimento coletivo que gere direito à remuneração (verdadeiro truísmo, pois sempre se espera remuneração por um investimento) pode ser considerado valor mobiliário, se sujeitando às regras da Lei 6.385/1976.

Nem sempre é fácil distinguir uma construção tipológica de um conceito indeterminado, ou mesmo de um conceito fechado.

Como linhas gerais, pode-se se dizer que no conceito fechado a lei define todos os elementos do instituto que pretende regular, com baixa margem de interpretação de seu conteúdo geral e abstrato, não se aplicando a fatos em que qualquer dos elementos previstos esteja ausente. No tipo, ou “conceito aberto”, cabe ao aplicador da lei interpretar se os elementos presentes no fato, dentre aqueles vários outros previstos pela norma são suficientes para caracterizar a hipótese legal. No conceito indeterminado, de outro giro, todos os elementos previstos pela hipótese normativa são essenciais (divergindo, assim, do tipo), mas a amplitude de significado que gera a indeterminação do conceito demanda, sempre, a complementação do intérprete, que irá determinar, em cada circunstância, o conceito que, na letra da lei, se mostrava indeterminado.

5.2. Recompensa ou prêmio nas normas de direito econômico

Os autores são unânimes em reconhecer que o método da sanção jurídica punitiva é insuficiente para todos os fatos regulados pelo direito econômico.

Muitas vezes, o que a política econômica pretende é **estimular a realização de uma determinada atividade**, não punir aquele que não a realizar.

Imaginemos que uma diretriz da política econômica seja o aumento da produção de trigo. Não é interessante, ou mesmo possível, obrigar que todas as pessoas plantem trigo. Os habitantes da cidade não possuem terras onde realizar a plantação, os produtores de gado possuem as terras, mas se dedicam a outra atividade. Por fim, os agricultores, candidatos a cumprir com a obrigação de plantar trigo podem se dedicar ao cultivo de outros vegetais, suas terras podem ser inadequadas ou, simplesmente, podem não saber lidar com o cultivo do produto desejado. A punição por uma tal obrigação seria ineficiente, pois não geraria o resultado pretendido.

De outro lado, se todos os agricultores se pusessem a cultivar o trigo, logo faltariam no mercado outros gêneros alimentícios.

Num caso destes, o oferecimento de recompensas, de vantagens ou de prêmios se mostra muito mais eficaz para atingir o objetivo desejado.

Ao revés de tornar uma conduta obrigatória (ou proibida), a lei oferece um benefício, seja a abertura de uma linha de crédito vantajosa, um subsídio ou uma redução fiscal, aos possíveis candidatos à realização da conduta desejada.

Em nosso exemplo do trigo, um benefício fiscal que exonere a atividade tende a estimular que alguns produtores agrícolas migrem para o cultivo do trigo, utilizando áreas ociosas ou substituindo culturas.

Imaginemos mais uma vez um produtor rural que se dedique a plantação do milho em metade de seu terreno e que ele o faça porque:

1. não possui mercado para ampliar a produção de milho; e
2. seja mais eficiente na produção de milho que na produção de trigo, conseguindo obter um lucro de R\$ 10,00 por saca de milho.

Se pretendesse produzir trigo, o agricultor calcula que terá prejuízos, pois seu custo de produção, com impostos, seria de R\$ 50,00 a saca, enquanto o preço de mercado gira em torno de R\$ 45,00. Ele, então, tem terreno para plantar trigo, mas não o faz porque a atividade lhe causaria prejuízos.

Com uma redução de impostos no montante de 20% sobre seus custos, ele passaria a produzir a saca de trigo a R\$ 40,00. Com o preço de venda a R\$ 45,00, ele passará a produzir o trigo. Não deixará, porém, de produzir milho, porque com esta cultura ele fatura mais que faturaria o trigo, mesmo com o benefício fiscal.

São **exemplos de sanção premial** diversos **benefícios fiscais**, como os arts. 5º e 6º, da Lei 11.196/2005, com vistas ao estímulo da exportação de serviços de tecnologia da informação. Vejamos:

Art. 5º. No caso de venda ou de importação de serviços destinados ao desenvolvimento, no País, de software e de serviços de tecnologia da informação, fica suspensa a exigência:

I – da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida pela prestadora de serviços, quando tomados por pessoa jurídica beneficiária do Repes;

II – da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação, para serviços importados diretamente por pessoa jurídica beneficiária do Repes.

[...]

Art. 6º As suspensões de que tratam os arts. 4º e 5º desta Lei convertem-se em alíquota 0 (zero) após cumprida a condição de que trata o caput do art. 2º desta Lei, observados os prazos de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 4º e o § 2º do art. 5º desta Lei.

Trata-se de verdadeiro benefício, pois coloca em vantagem o agente econômico que pratica a atividade desejada, prevista no *caput* do artigo, deixando de pagar o tributo devido pelos contribuintes que exploram outras áreas. Preenchidos os requisitos, vale dizer, concretizada a exportação esperada pela norma, converte-se a suspensão do tributo na nulificação do dever tributário.

O novo **Código Florestal**, Lei 12.651/2012, também apresenta exemplos de sanções premiais.

O art. 41, da citada lei, prevê a criação de programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente e de conciliação entre a atividade agrária e a redução dos impactos ambientais, nos quais se podem encontrar prêmios e recompensas.

É verdadeiro prêmio a **retribuição monetária a serviços ambientais**, dentre eles: a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono; b) a conservação da beleza cênica natural; c) a conservação da biodiversidade; d) a conservação das águas e dos serviços hídricos; e) a regulação do clima; entre outros (art. 41, inciso I, da Lei 12.651/2012).

Também ajusta-se ao direito premial a **compensação por medidas de conservação ambiental**, mediante as recompensas de a) obtenção de crédito agrícola, em todas as suas modalidades, com taxas de juros menores, bem como limites e prazos maiores que os praticados no mercado; b) contratação do seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado; c) dedução das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, gerando créditos tributários, etc. (art. 41, inciso II, da Lei 12.651/2012).

O art. 44, da mesma Lei 12.651/2012, prevê a **Cota de Reserva Ambiental**, nos seguintes termos:

Art. 44. É instituída a Cota de Reserva Ambiental – CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação:

I – sob regime de servidão ambiental, instituída na forma do art. 9º-A da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981;

II – correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 desta Lei;

III – protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN, nos termos do art. 21 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000;

IV – existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

Com tal dispositivo, cria-se um estímulo à preservação ambiental em montante superior ao mínimo previsto em lei, na medida que transforma as áreas preservadas em título que pode ser negociado a vendido a terceiros, que por sua vez tenham dificuldades de cumprir sua própria obrigação preservacionista.

5.3. Flexibilidade, mobilidade e mutabilidade

A **flexibilidade, a mobilidade e a mutabilidade** também estão presentes nas normas de direito econômico, tendo em vista a dinâmica da realidade que pretende regular.

Para João Bosco Leopoldino da Fonseca,

Ao conduzir a atividade econômica, o Estado está tratando com um fenômeno que se caracteriza pela constante evolução, pela contínua mobilidade. Uma medida de política econômica, por se endereçar a fatos concretos e, por isso mesmo, isolados, não consegue nunca gerar uma situação de satisfação generalizada. Os setores que, alcançados por aquela medida se sentirem prejudicados, lançarão seus brados provocadores de mudança. E o Estado deverá certamente procurar adotar novas medidas no intuito de alcançar o equilíbrio.⁸

Para o prof. Washington P. Albino de Souza,

Uma das características mais destacadas das leis de Direito Econômico é o seu compromisso com a dinâmica da realidade social. Não é fácil consegui-lo pelos métodos tradicionais de legislar. Essa dificuldade revela-se tanto em relação a uma redação demasiadamente explícita ou enumerativa como ao recurso ao estabelecimento de 'diretivas', de 'ressalvas' e outros expedientes de salvaguarda ante as 'mutações' sociais que ameaçam permanentemente a lei jurídica de se tornar desatualizada e vazia de sentido.⁹

Para acompanhar esta dinâmica social, a norma de direito econômico tem que se amoldar, para atingir seus objetivos, seja por meio da interpretação, seja por meio da alteração da própria lei.

Neste sentido, segundo o prof. Washington,

a 'flexibilidade' tem por função amainar os efeitos rígidos dos textos legais, ajustando à realidade a sua aplicação. Podendo ser utilizada nas mais diversas hipóteses, seu emprego mais habitual vem sendo registrado nas relações contratuais de trabalho em circunstância de crise, pelo que muitos autores a tomam como 'princípio hermenêutico' a ser aplicado no 'direito de crise'¹⁰.

De fato, discute-se hoje no Brasil a possibilidade de redução de jornada com redução proporcional do salário, dada a limitação do instituto à existência de acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VII e XIII, da CF/88), fato que vem, segundo o entendimento de alguns, gerando desemprego.

No âmbito da **hermenêutica**, também se fala da flexibilidade na interpretação dos contratos quando uma situação de crise efetiva, como por exemplo, nos contratos lastreados em moeda estrangeira em casos de superdesvalorização da moeda nacional.

Nestes casos, a regra pode ser flexibilizada. Exemplo desta flexibilidade pode ser encontrada na jurisprudência do STJ formada em torno da desvalorização do Real em

8. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 28.

9. SOUZA, Washington P. Albino. Primeiras linhas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2003, p. 139-140.

10. SOUZA, Washington P. Albino. Primeiras linhas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2003, p. 141.

1999, gerando resultados extremamente onerosos para os devedores e justificando assim a revisão de contratos privados (REsp 417.927/SP) e públicos (RMS 15.154/PE).

Relacionado com a flexibilidade, fala-se também da **mobilidade**, como princípio hermenêutico.

Washington P. Albino de Souza, ao tratar da mobilidade, afirma

Trata[r]-se de condição de a própria lei atender às oscilações dentro dos parâmetros definidores da 'área de equilíbrio' de interesses 'admissíveis', apesar da disparidade ou da incompatibilidade de cada posição em particular.¹¹

Deveras, a aplicação da lei não levará sempre a um mesmo resultado, ainda que os fatos em apreço sejam semelhantes. No direito do consumidor, por exemplo, há sensível mobilidade da lei, quando se desloca a exegese do direito aplicável em favor dos interesses da parte hipossuficiente, o que não ocorre quando as partes envolvidas no contrato detenham poder econômico equivalente ou atuem em igualdade de condições jurídicas.

A **mutabilidade** também caracteriza a norma de direito econômico.

Como a realidade econômica é instável, a norma que a regula deve ser alterada rapidamente, o que se mostra impossível com a demora – natural – do processo legislativo.

Por esta razão, delega-se poder normativo a agências reguladoras e se criam exceções ao princípio da estrita legalidade e às regras de vigência da lei, como se vê na possibilidade de alteração das alíquotas de tributos extrafiscais por ato do Poder Executivo, dispensando-se, para estes, o respeito ao princípio da anterioridade.

Para entendermos melhor o funcionamento das normas que constituem o direito econômico, vamos passar em revista ao funcionamento da própria economia, pelos sistemas econômicos, pela estrutura dos mercados e pelos instrumentos mais comuns de política econômica.

6. O OBJETO DO DIREITO ECONÔMICO: A ECONOMIA E A POLÍTICA ECONÔMICA

6.1. Introdução

A economia, como se costuma dizer, é a ciência da escassez. Cuida da alocação dos recursos limitados em face das inatingíveis necessidades ilimitadas.

Esta definição é simplista, mas bastante verdadeira. Em nossas vidas, temos planos, sonhos, projetos, e temos que escolher quais deles procuraremos tornar realidades, dentro dos recursos que nos sobram após o cumprimento de nossas obrigações. As empresas passam por situações semelhantes. Para obter o lucro que as justifica e que as mantém, devem alocar os recursos limitados que recebem de seus sócios, procurando fazer escolhas eficientes. Não pode a empresa do ramo de alimentos simplesmente resolver atuar na geração de energia, porque este setor é mais lucrativo. Por não conhecer o novo setor, a empresa provavelmente

11. SOUZA, Washington P. Albino. Primeiras linhas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2003, p. 142.

fracassaria e frustraria as expectativas de seus sócios, de seus empregados, de seus fornecedores e de seus clientes. Assim, mesmo que o setor de energia seja mais lucrativo para as empresas especializadas no ramo, não o será para as empresas de outro setor, de modo que a migração de seus investimentos não seria a medida mais eficiente.

Para o estado, os dilemas são similares. Todo governante gostaria de resolver o problema da pobreza, da saúde, da educação, do transporte, da inflação, dos baixos níveis de poupança, da carência de mão de obra especializada etc., que existe no Brasil. Contudo, os recursos não são suficientes para todas as necessidades, cabendo ao governo definir suas prioridades. E se escolher mal, pretendendo resolver, por exemplo, o problema da carência de mão de obra especializada antes de melhorar a educação, pode acirrar o problema da pobreza (má distribuição de riqueza e renda). De outro turno, se direcionar todos os seus recursos para atacar o problema da pobreza, pode gerar estagnação econômica e deflagrar processo inflacionário.

Muito rara será a situação em que o indivíduo, a empresa ou o estado poderão fazer tudo o que pretendem, tudo o que é necessário, sem deixar de lado algo importante ou sem prejudicar parcela da economia.

6.2. Sistemas econômicos (capitalismo x socialismo)

A economia procura, então, compreender e descrever o comportamento dos mercados face a diversos fatores, pertinentes a apenas um setor da economia ou a variações que afetam toda a economia.

A **primeira grande classificação** que vai retratar o comportamento dos mercados refere-se ao próprio sistema econômico, que tem de um lado o **capitalismo com iniciativa privada preponderante** (Estados Unidos), passando pelo **capitalismo de iniciativa dual, com a exploração da economia pela iniciativa privada, mas com papel relevante do estado** (Brasil) ou pela **iniciativa dual, com atuação preponderante do estado** (Dinamarca) e chega no outro extremo, o da **iniciativa pública exclusiva**, dos países socialistas.

No Brasil, a atividade econômica pode ser explorada pela iniciativa privada (livre-iniciativa), cabendo sua exploração pelo Estado, em três hipóteses, nos termos do art. 173, da Carta:

- 1) quando necessária aos imperativos da segurança nacional;
- 2) quando necessária a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
- 3) Nos casos previstos pela própria Constituição, a exemplo do petróleo e dos minerais radioativos (art. 177, da Constituição) e do art. 21, XII, da Carta:
 - a) serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
 - b) serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água;
 - c) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária;
 - d) serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de estado ou território;