

# Parecer

# Ives Gandra

A Profissão de Publicitário – Área de  
Atuação Exclusiva das Agências de  
Publicidade e de Agenciadores.

A Ilegalidade da Atuação do “Bureau  
de Mídia”, em Atividade Vedada pela  
Lei Nº 4.680/65

(Em 09 de Agosto de 1989).

Dr. Ives Gandra da Silva Martins



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

## **Ives Gandra**

Parecer

A Profissão de Publicitário – Área de Atuação Exclusiva das Agências de Publicidade e de Agenciadores.

A Ilegalidade da Atuação do “Bureau de Mídia”, em Atividade Vedada pela Lei Nº 4.680/65

(Em 09 de Agosto de 1989).

Dr. Ives Gandra da Silva Martins

Professor Titular de Direito Econômico

da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie

Re-Edição - Março de 2004

## **Consulta**

A Associação Brasileira de Agências de Propaganda consulta-me sobre a interpretação do artigo 11 da Lei 4.680/65 que veda o pagamento de comissões ou descontos sobre propaganda enviada a veículo de divulgação que não seja por agenciador ou agência de propaganda. A questão se vincula ao aparecimento do denominado "Bureau de Mídia", sem perfil jurídico, na qualificação da lei que regula a profissão do publicitário e que tem agido como encaminhador de propaganda.

Pergunta-me, pois, se é legítima a atuação de tal intermediário ou se tal intermediário, sobre agir na ilegalidade, está sujeito a qualquer penalidade.

Pergunta-me também se os veículos têm responsabilidade, em o aceitar, como intermediário.

## **Resposta**

A nova Constituição, como a pretérita, assegurava e assegura, em face do modelo econômico esculpido em ambos os textos supremos, o livre exercício de atividade, ofício ou profissão, desde que vinculado à capacitação daqueles que os exerçam (1).

Estava, o pretérito texto, assim redigido, em seu artigo 139 § 23.

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer" (2),

que se conciliava com o disposto no concernente à iniciativa econômica, com o artigo 160 inciso I, também com a redação a seguir exposta:

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base no seguintes princípios:

I. liberdade de iniciativa;

A liberdade de acesso à profissão, no velho texto, seguia-se ao de

se permitir a qualificação daquele que pretendesse exercer certa atividade ou iniciar empreendimento determinado.

Embora promulgada a lei nº 4.680/65 antes da Constituição Federal de 1967, que, à luz dos princípios gerais, determinava qual a capacitação das pessoas físicas e jurídicas que pretendiam iniciar a atividade de agenciador ou agência de publicidade foi a mesma recepcionada pela anterior ordem suprema (3).

Tal lei, sobre cujo texto adiante me manifestarei, foi recepcionada, nas condições de capacitação exigidas, pela nova ordem constitucional, posto que o artigo 170 “caput” e seu parágrafo têm o seguinte discurso:

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

§ único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (4).

O novo texto ofertou ampla liberdade, mas condicionou a capacitação daqueles que desejassem iniciar determinadas atividades aos pressupostos legais, no que, como na antiga ordem, agiu bem o constituinte (5).

Com efeito, se a todos é lícito exercer a atividade de advogado, lícito não é que alguém a exerça sem estar capacitado, pois para que possa estar inscrito na Ordem dos Advogados mister se faz que tenha cursado uma Escola de Direito e, depois de aprovado, faça seu exame de capacitação profissional junto ao órgão encarregado de fiscalizar seu exercício e avaliar sua qualificação.

Alegou-se no passado que as limitações impostas por lei ao livre exercício de uma atividade implicariam em estreitamento da liberdade profissional, posto que apenas aqueles eleitos ou escolhidos para serem inscritos, nos diversos órgãos de classe ou sindicatos oficiais, poderiam exercer tais atividades. Haveria,

portanto, um real cerceamento na liberdade, tornando o país constitucionalmente uma espécie de democracia ateniense ou de modelos teóricos, como na República de Platão ou na Política de Aristóteles, em que apenas uma elite era livre liberdade, com o grosso da população sendo conservado na condição de trabalhadores humildes ou de escravos (6).

À evidência, tal postura carecia de sustentação jurídica e nem representava a compreensão da percepção do princípio da igualdade – do qual autores ilustres entendem que decorra o da liberdade, e não o inverso – na medida em que se estuda o direito da regulamentação profissional como uma garantia da sociedade e não como um cerceamento ao livre acesso a qualquer atividade (7).

O texto anterior, ao fazer menção às:

“condições de capacidade que a lei estabelecer”

objetivava garantir a sociedade contra o exercício indiscriminado e incompetente de qualquer atividade por qualquer pessoa sem qualificação para tanto (8).

Não se pode admitir que alguém não qualificado para a advocacia advogue, ou que um cidadão que não estude medicina, seja cirurgião de moléstias cardíacas, ou que alguém que não tenha conhecimentos de engenharia, nem seja formado, a título de uma liberdade sem limites de exercício profissional, possa fazer cálculos de estrutura ou exercer atividades delicadas em que a sociedade, receptora de tais serviços, sirva de experiência a seu leviano proceder (9).

A evidência, pode-se alegar que o simples enquadramento de um profissional ou de uma pessoa jurídica nos parâmetros para que possa atuar em determinada área, não representa garantia de que o fará bem, mas inequivocadamente reduz o nível de risco para a sociedade quando requisita serviços ou bens que dependam de pessoas físicas ou jurídicas habilitadas ou qualificadas para prestá-los ou fornecê-los.

Pode-se também alegar que nem sempre a pessoa não inscrita

no órgão que a habilita, física ou jurídica, está menos apta a exercer atividades que outras inscritas, porém, sobre ser a hipótese excepcional, nada impediria que tal pessoa buscasse preencher as condições exigidas para o exercício daquela atividade específica (10).

Em meu livro “O Estado de Direito e o Direito do Estado” cheguei a defender a tese de que, para o exercício da carreira política, mister se fazia também qualificação do habilitante, não apenas aquela representada por condições mínimas, tais como idade, alfabetização e inexistência de antecedentes policiais.

No modelo político que sugeria, a que denominei “Democracia de Acesso”, o Estado forneceria curso gratuito para todos os que se sentissem com vocação política. De 1º grau, como preparatório para o exercício da política municipal, de 2º grau para a política estadual, e universitário para a política federal, em escolas programadas para ofertar conhecimentos sobre história, economia, direito, política, filosofia, psicologia, sociologia e estudos antecipatórios (11).

Só os habilitados poderiam concorrer, nos municípios de tamanho médio, nos Estados e na União, a cargos eletivos, visto que não é admissível que para o exercício de qualquer atividade seja necessário qualificação profissional, e para aquela que pode alterar a vida de uma nação e de toda a sociedade, a única qualificação exigida seja a de não ser, o postulante, analfabeto.

Seriam tais escolas gratuitas, para evitar que apenas os ricos a elas tivessem acesso (12). Se existisse tal preparação, talvez os desastres econômicos da deletéria política de controle de preços, via congelamento e tabelamento, não tivessem ocorrido, visto que há 4.000 anos tais expedientes econômicos têm fracassado no mundo inteiro e um elementar conhecimento da História poderia ter evitado ao presidente Sarney os dissabores de tão inacreditável acúmulo de insucessos (13).

Até mesmo Daniel Ropps, no 1º volume de sua história sobre a Igreja, ao falar sobre o tabelamento de preços imposto pelo Imperador Deocleciano, em 301, com o Edito de Maximo, observa,

com a acuidade própria do historiador, que tal tabelamento fracassou “como era de costume” (14).

O que importa relevar, todavia, no presente parecer, é que tanto a lei suprema anterior, quanto a atual, exigem a qualificação técnica como forma de exercício livre, devendo-se lembrar que o texto atual, sobre ofertar amplo princípio no artigo 170 § único, reproduz, com pequena variação de vocábulos no artigo 5º inciso XIII, o dispositivo pretérito, a demonstrar que a liberdade de atividade é condicionada à qualificação, ou seja, a habilitação não apenas é um direito individual, mas coletivo, visto que o artigo 5º é aquele que cuida dos direitos individuais e coletivos, como princípio fundamental da ordem econômica.

Em síntese, portanto, assegurava o constituinte passado e assegura o constituinte atual o livre exercício de qualquer atividade, ofício, profissão ou trabalho, desde que quem o exerça esteja habilitado nos termos da lei, que ofertará as condições para o exercício, objetivando, desta forma, proteger a sociedade contra a incompetência ou o mau trabalhador. A liberdade de exercício da atividade está, pois, condicionada à capacitação de quem o faça a favor da comunidade, a quem o trabalho de todos, em última análise, é destinado e que permite, por outro lado, o fortalecimento e o desenvolvimento do país (15).

A luz de tais princípios, portanto, é compreensível que a lei, que cuidou da habilitação profissional do agenciador e das agências, tenha exigido o preenchimento de determinadas condições, só sendo lícito o exercício da referida atividade àqueles que as preenchem (16).

A lei nº 4.680/65, em seu artigo 1º, principia com um elenco de definições de indiscutível relevância, na medida em que exclui problemas exegéticos para determinar o sujeito a quem se destina, o objeto de que cuida e o beneficiário do serviço, correspondendo os artigos 1º, 2º e 3º à conformação do publicitário, agenciador e agências de publicidade, nestes termos:

“Art. 1º. São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da

especialidade, nas Agências de Propaganda, nos Veículos de Divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

Art. 2º. Consideram-se agenciadores de propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos de divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.

Art. 3º. A agência de propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público”.

O artigo 4º explicita o que sejam veículos de divulgação, nos termos abaixo:

Art. 4º São veículos de divulgação, para os efeitos desta lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim consideradas as associações civis locais e regionais de propaganda, bem como os sindicatos de publicitários”,

e o artigo 5º conceitua propaganda também em termos claros:

“Art. 5º. Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”.

Como se percebe, o texto legal espanca dúvidas. Elimina interpretações convenientes. Exclui soluções duvidosas ou áreas cinzentas de exegese tortuosa e difícil (17).

Apenas as pessoas lá definidas, junto aos veículos lá enumerados e ofertando a propaganda lá descrita são objeto da lei, não se permitindo, nesta área, que outras pessoas atuem, se não se enquadrarem na escultura legal da referida lei, estampada, de

resto, de forma inequívoca.

Não ficou, todavia, nisto aquele diploma legal, posto que sobre separar a atuação do publicitário, da agência daquela do agenciador, exigiu deste também qualificação, que se encontra no artigo 9º, assim redigido.

“Art. 9º. O exercício da profissão de agenciador de propaganda somente será facultado aos que estiverem devidamente identificados e inscritos nos serviços de identificação profissional do Departamento Nacional do Trabalho”,

sobre ter vedado, aos veículos, a possibilidade de receber serviços ou de pagar comissões ou receber descontos de propaganda, que só pode ser encaminhada por agenciador ou agências, como se vê no artigo 11.

“Art. 11. A comissão que constitui remuneração dos agenciadores de propaganda, bem como o desconto devido às agências de propaganda, serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

§ único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de agenciador de propaganda ou agência de propaganda, como definidos na presente lei” (18).

O Regulamento, por outro lado, reproduz, nos limites que lhe permitem, os princípios da lei, de um lado, habilitadora da profissão e de outro, resolutiva do exercício de quem não esteja para ela habilitado, nos termos superiores da Constituição Federal (19).

Poder-se-ia levantar a objeção de que a referida lei objetivou criar áreas de reserva de mercado, evitando a redução dos custos de propaganda em uma relação direta entre terceiros não habilitados e os veículos.

A objeção carece de fundamento e é respondida, de forma precisa,

pelo advogado Paulo Gomes de Oliveira Filho, em estudo que me foi exibido pela consultante, ao dizer:

“O que destaca a agência de propaganda como tal é, pois, a CRIAÇÃO, o ESTUDO e a EXECUÇÃO de obras publicitárias, as quais poderão ser divulgadas pelos veículos de divulgação. A escolha da mídia, o encaminhamento da propaganda aos veículos para ser divulgada, é mera consequência do trabalho anterior de criação, produção e execução.

Vê-se pelo inciso II das Normas Padrão (incorporadas ao sistema legal por força do disposto no art. 17 da lei 4.680) que os “serviços básicos” prestados pela agência ao cliente anunciante constam de extenso rol de atividades desenvolvidas pela primeira e só um item se refere à escolha de mídia.

Ora, o desenvolvimento de um trabalho publicitário depende da realização de várias fases, fases essas fundamentais e sem as quais a propaganda não se concretizaria. A primeira fase, em que englobaríamos a da criação, do estudo e da execução dos materiais publicitários, exige que a agência de propaganda desenvolva o trabalho de pesquisa, com análise de toda a problemática do planejamento e verificação por setores (produto “versus” mercado); exame das condições e sistema de distribuição e venda e estudo e levantamento de dados etc. Parte-se daí para a elaboração do plano destinado à distribuição da propaganda, a fim de que ela atinja a faixa de consumidores que deseja.

Nessa primeira fase, ou seja, de criação, estudo e execução da propaganda, a agência necessita usar de todos os seus departamentos, desde pesquisa, criação, arte e produção, com envolvimento de redatores, diretores de arte, criadores, fotógrafos etc., criando-se, compondo-se e executando-se símbolos, “slogans”, “layouts”, filmes, “jingles”, roteiros de filmes para cinema e tv etc. Essa fase, apesar de ser a mais trabalhosa e onerosa para a agência de propaganda, é também a menos rendosa, quando sua remuneração é pouco mais do que o reembolso de despesas havidas na execução dos trabalhos. Somente será a agência condignamente remunerada na segunda fase, que é a de encaminhamento da propaganda por ela criada e

executada, aos veículos de divulgação.

O simples exame de toda atividade desenvolvida pela agência na primeira fase dá bem idéia da sua magnitude e da sua importância para que a propaganda se materialize e possa atingir seus objetivos”(20).

Em verdade, o trabalho maior da propaganda é aquele realizado por especialistas no exercício de sua atividade, sendo esse o trabalho que terminará por produzir os efeitos que lhe são próprios, ou seja, chamar a atenção do destinatário da propaganda.

Toda a publicidade moderna é uma publicidade técnica. Em dissertação de mestrado, que examinei no mês de agosto, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Carlos Eduardo Hopner, ao tratar do direito do consumidor, demonstrou o especial papel que a propaganda exerce na oferta de produtos, inclusive sugerindo, na regulação do referido direito – hoje constante da Constituição – mecanismos próprios capazes de permitir a propaganda autêntica e útil com o que se evitará a manipulação do consumidor, que, nessa tese, é visto como elo fraco da relação produção-consumo, em economia de mercado (21).

O trabalho, portanto, das referidas agências – de resto o principal e maior – é de tal ordem que não pode ser suprido por escritórios não qualificados e nem habilitados pela lei, razão pela qual houve por bem o legislador protegê-lo. E protegê-lo de tal forma que lhes permitiu, com exclusividade ao lado dos agenciadores, o contato direto com os veículos e o encaminhamento da publicidade desenvolvida, em face do ônus da produção artística, impossível de ser suportada por singelos escritórios de mídia. Proibiu, por outro lado, aceitassem os veículos, daqueles escritórios inabilitados, a recepção de publicidade ou o pagamento de comissões ou a concessão de abatimentos. E o fez para proteção dos destinatários finais da propaganda, ou seja, o consumidor (22).

É que, na verdade, o trabalho da agência de publicidade é remuneração mais pelo encaminhamento da publicidade aos

veículos do que pela pactuação da publicidade a ser desenvolvida, posto que, sem aquele, os ônus desta seriam de tal monta, que o próprio nível da propaganda cairia, por não haver remuneração possível (23).

Em outras palavras, o bom nível da propaganda só é possível na medida em que à publicidade encomendada oferte-se à agência a possibilidade de encaminhá-la aos veículos com o que, sendo remunerada por ambos, seus custos e preços passam a ser mais adequados, criando-se condições de mercado crescente aos que pretendem vender seus bens e serviços e aos próprios veículos que valorizam sua imagem.

Sendo este o espírito da lei, há de se compreender a vedação absoluta a que outras pessoas, físicas ou jurídicas, atuem junto aos veículos de divulgação. Os elementos fáticos atrás apresentados justificam a interdição, até porque os próprios veículos de divulgação dependem da publicidade, e esta, só surte efeito, se bem feita. Por esta razão a vedação não apenas protege a qualidade do serviço das agências de publicidade, mas aos próprios veículos, assegurados em propaganda de nível capaz de ser mantida no tempo e, por decorrência, garantir as empresas de divulgação (24).

É que os veículos de divulgação também dependem da publicidade, sendo que quanto maior for a qualidade da mesma, melhor o resultado para o anunciante, e quanto melhor o resultado para o anunciante, maior a manutenção de espaços publicitários nos veículos, com o que o nível de seus programas, informações e notícias também se eleva, por força de recursos maiores carreados. Há, portanto, uma interação entre a publicidade produzida pela agência, o nível desta, a divulgação e o impacto que termina retornando para o anunciante, deflagrador de um processo em que todos são beneficiados. Justifica-se, portanto, a lei e a exigência de qualificação (25).

Esta é a razão, também, da colocação, no Código de Ética Publicitário, de princípio assim estabelecido:

“Os veículos de propaganda reconhecem a necessidade de manter os corretores e as agências como fontes de negócios e

progresso dos seus empreendimentos e, por isso, a eles reservam o pagamento da comissão com exclusão de quaisquer outros indivíduos ou entidades” (26),

posto que do comportamento uniforme e sem fissuras de todos os que agem no setor, resulta o nível de publicidade e a evolução da qualidade e de resultados que beneficiam diretamente os que atuam no mercado e, indiretamente, toda a sociedade, a partir, inclusive, da criação de novos mercados, de sua expansão, gerando, por conseqüência, maior desenvolvimento econômico, maior emprego e redução de tensões sociais.

O princípio, pois, esculpido no Código de Ética Profissional não é um princípio de caráter setorial, mas de caráter nacional, posto que, num modelo constitucional claramente voltado à economia de mercado e à livre concorrência – este último princípio pela primeira vez estatuído na lei maior – a propaganda desempenha papel fundamental na oferta de um perfil a tal política (27).

No passado, os positivistas do Direito pretenderam excluir, do estudo legal, a ética sob a alegação de que seria matéria pertinente à Filosofia e, portanto, contaminaria a norma pura, objeto único da reflexão sobre a ordem jurídica. A escola, que teve adeptos na Europa antes da 2ª guerra mundial, embora de reduzida aceitação naquele continente hoje, mas que ainda encontra focos de irradiação em nosso país, não foi àquela esculpida, nem pela anterior ordem constitucional, nem pela atual. A própria profissão daquele que deflagra o momento mais dramático do Direito, que é o do litígio judicial, alicerça-se em rígido Código de Ética, cuja violação pode levar o advogado a perder o direito de exercer sua nobre profissão (28).

A Ética é elemento indissolúvel do Direito e o Código de Ética Publicitário compõe, em seus princípios, aquelas regras que, seguidas por todos, ofertam a segurança do nível profissional, e pela relevância da publicidade no mundo moderno, os elementos capazes de permitir que o desenvolvimento nacional se faça a partir de seus impulsos (29).

E é neste contexto que os escritórios de mídia não se enquadram.



Sua existência é violadora da lei. Afetam a ética profissional e reduzem a qualidade de uma atividade que a lei de 1965 pretendeu, por sua relevância, elevar. Existem na ilegalidade. Violentam as prerrogativas dos profissionais qualificados. Tornam os veículos de divulgação que com eles trabalham, suscetíveis de serem acionados, sobre, por concorrência desleal, poderem ser responsabilizados civil e penalmente, além de serem suscetíveis de processo junto ao CADE, por eliminação de concorrência e dominação de mercados (30).

É que tais elementos, não tendo que suportar outros custos, nem sendo obrigados a manter o nível das agências de publicidade na sua produção, terminam por poder ofertar preços inferiores aos anunciantes, por propaganda também inferior, com o que, no tempo, acabam por afetar aquelas empresas que a lei pretendeu proteger para melhorar o nível publicitário, fato que, os 25 anos de legislação, acabaram por comprovar. Ora, o “Bureau de Mídia” ingressando contra a lei – e sem a habilitação exigida – em área de exclusiva competência das agências e dos agenciadores, à evidência, sobre esfrangalhar o direito, que rege a matéria e o Código de Ética, retira destas, remuneração compensatória capaz de permitir a atividade de propaganda em nível superior (31).

Não podendo concorrer com os ilegais “escritórios de mídia”, pelos custos de sua empresa, terminam as agências de publicidade por serem atingidas num dos elos de remuneração fundamental para que o outro não seja oneroso para os anunciantes, com o que, no tempo, ou cairão no seu nível publicitário, ou deixarão de existir.

Exatamente para evitar tal quadro, que não interessa aos anunciantes, às agências, aos veículos e ao país, é que a lei proibiu que, sem qualificação, pessoas físicas e jurídicas atuassem na área, sendo a ação dos “escritórios de mídia” de notória ilegalidade e de lesivo impacto na qualidade dos serviços prestados (32).

Entendendo que a consulente, em nome de seus associados, deva interpelar a Associação dos Veículos de Divulgação para que instrua seus associados a não receberem publicidade encaminhada pelos referidos escritórios, sobre denunciarem à Justiça, nos casos comprovados, aqueles que invadem, de forma ilegal, a área de

exclusiva atuação das agências e dos agenciadores.

Tal provocação poderia ser iniciada por interpelação judicial seguida de ação ordinária de preceito cominatório pelas agências que fossem lesadas em sua atuação, por força da concorrência desleal de tais escritórios (33).

À Associação caberá, por outro lado, a impetração de mandado de segurança coletivo contra as Juntas Comerciais de cada Estado, para que não registrem documentos de tais empresas ou sistem os efeitos permitidos às registradas, embora tal medida possa se revelar de difícil execução, principalmente quando tais escritórios estiverem registrados no Registro de Títulos e Documentos (34).

Neste caso, caberia a interpretação aos próprios Registros, nos casos detectados, assim como a ação de preceito cominatório para que os cancelem, por força da ilegalidade do objeto social.

Por fim, cabe encaminhar ao Ministério Público representação, objetivando o ajuizamento de ação civil pública para que tais escritórios sejam fechados, a fim de que a lei da profissão seja respeitada.

Mister se faz, finalmente, aplicar as penalidades determinadas pela própria lei àqueles que a elas estão sujeitos, entre os quais os veículos de divulgação, se estes insistirem em manter relações com os referidos escritórios, visto que a lei, em seu artigo 15, torna-os suscetíveis de responsabilização (35).

O certo é que os “escritórios de mídia” agem contra a lei e violentam a Constituição Federal, ao exercerem atividade apenas pertinente a agências e agenciadores de publicidade.

S.M.J.

São Paulo, 9 de agosto de 1989

(1) Antonio Chaves esclarece: “Explica-o bem a derivação etimológica: vem verbo latino capere, agarrar, prender, tomar nas mãos, apoderar-se, apreender, adquirir, apanhar etc. Capax será então aquele que tem essa aptidão, capacitas, essa faculdade.

Na linguagem comum, capaz é o profissional competente, solerte, que desempenha a contento seus deveres. Trasladando esse conceito para o setor jurídico, define Cesare Cagli capacidade jurídica como a faculdade ou a idoneidade reconhecida pela lei para poder tornar-se sujeito de direitos e de obrigações, i.e., a de possuir o gozo ou o exercício deste ou daquele direito. Em outros termos, considerando que o poder do querer constitui o conteúdo do direito em relação a quem o possui, dir-se-á que a capacidade é o poder de querer juridicamente.

Não difere Teixeira de Freitas quando a conceitua como a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil “ (Enciclopédia Saraiva de Direito”, vol. 13, pg 2).

(2) Escrevi em “Direito Público e Empresarial” (Ed. CEJUP, 1988, pgs. 83/84/85): “O comando superior, em conseqüência, deve simultaneamente, abranger “lato sensu” toda a atividade laboral, sem exceção, e “stricto sensu” o trabalho não titulado, visto que a titulação é explicitada na continuação do discurso legislativo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho distingue a profissão do ofício a partir de sua concepção medieval, embora, em seus comentários à Constituição Federal, não afaste a concepção lata apresentada neste parecer (7).

Entendemos, todavia, que a menção específica a duas categorias de atividades laborais, objetivou distinguir, na área privada de atuação, as profissões de especialistas daquelas que exigem maiores conhecimentos científicos. Assim, o marceneiro exerce um ofício especializado e o medico uma profissão marcadamente científica.

Pretendem alguns que o ofício, a que se refere o constituinte, vinculado estaria ao conceito de delegado de funções públicas, exercendo atividades de interesse coletivo, como claramente o direito anterior pressupunha. Parece-nos, todavia, difícil tal

desenho doutrinário, na medida em que tal delegação poderá ser exercida por trabalhador ou empresa, por profissional ou por técnico especializado. Se admissível à luz do direito pretérito, não entendemos possível em face do direito presente.

Assim sendo, embora respeitando interpretações em contrário, entendemos que os §§ 22 a 25 pretenderam, em nível de garantias e direitos individuais, assegurar o direito à propriedade, o direito a patrimonialidade, o direito ao trabalho “lato sensu” e, por conseqüência, ao trabalho não especializado, ao trabalho especializado, ao trabalho científico, assim como àqueles decorrentes dos inventos, propriedade industrial e obras artísticas, científicas e literárias. São, portanto, dispositivos que garantem a sustentação econômica, em suas diversas modalidades, de brasileiros e residentes. São, pois, conformados da linha mestra de direitos e garantias fundamentais ao processo econômico de produção, manutenção e circulação de bens e serviços.

Ora, apenas o § 23 oferta perfil não genérico, visto que, após garantir o livre exercício de qualquer – e lia-se sem exceção de nenhum trabalho, ofício ou profissão, exige que tal livre exercício, em cada uma das atividades mencionadas, fique subordinado às condições de capacidade que a lei estabelecer.

E aqui reside obstáculo na expressão utilizada que, muitas vezes, dificulta a compreensão do intérprete, visto que o vocábulo “capacidade” tem sido examinado apenas como atributo subjetivo do titular do direito fundamental. Vale dizer, se for capaz para exercer aquela profissão ou ofício, à evidência, preenchendo os requisitos necessários de capacitação, poderá exercê-los livremente. Nós entendemos que o constituinte pretendeu mais do que ofertar ao vocábulo apenas uma de suas acepções. Admitiu, por não excluir qualquer outra, que também a capacidade de absorção do mercado é elemento de necessário regramento pela legislação ordinária. Capacidade, portanto, em seu sentido amplo, absoluto, ilimitado. A lei pode, simultaneamente, determinar qual a capacitação necessária para o exercício de determinado ofício ou profissão e também a capacidade de absorção do mercado para aquela atividade, como, de resto, faz, no concernente à área financeira e de mercados de capitais, quanto aos corretores de

valores mobiliários e às instituições bancárias.

Por esta razão, consideramos que tais condições de regulação do mercado de trabalho estão no direito que o legislador ordinário recebeu, por outorga constitucional, de determinar a dupla capacidade, subjetiva, e não apenas, como no passado, na distinção que o exercício de ofício, enquanto delegação de função pública, ofertava ao intérprete”.

(3) Luciano da Silva Amaro, preleciona: “Onde, segundo nos parece, está o encaminhamento da questão é no princípio da recepção, estudado no Direito Constitucional Comparado.

Por esse princípio, quando se cria novo ordenamento jurídico-político fundamental (nova Constituição), a ordem jurídica preexistente, no que não conflite, materialmente, com aquele, permanece vigorando, é aceita pela nova ordem constitucional, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração (desde que conforme ao previsto na época dessa elaboração, pois, não o sendo, a invalidade teria atingido a legislação já desde o seu nascimento)” (“Direito Tributário 5”, Ed. Bushatsky, diversos autores, 1976, pg. 288).

(4) A equipe da Price, ao comentar o referido dispositivo, explica: “ Em princípio, a Constituição assegura a todos os indivíduos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Esse enunciado coaduna-se com o art. 5º, XIII (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais que a lei exigir”).

A autorização pelo Poder Público, entretanto, pode ser requisito essencial ao exercício da atividade econômica, se assim a lei dispuser” (“A Constituição do Brasil 1988”, Ed. Price Waterhouse, 1989, pg. 725).

(5) O constituinte Ricardo Izar, em seu livro “A Constituição e você” (pg.156) ensina: “É interessante ressaltar que neste Capítulo

é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, observados os preceitos da lei” (grifos meus).

(6) Já escrevi no passado que: “Por fim Pitágoras (580-500 a.C.), talvez o mais culto dos cinco, visto que, por ter a civilização grega, desde a queda de Cnossos em 1454 a.C. perante os Aqueus, dominado as rotas mediterrâneas e se instalado na Europa, Ásia e África, foi mais permeada às informações de outros povos, cuja cultura os quatro outros pensadores não atingiram de forma tão amplificada.

Pitágoras, a rigor, pretendeu, pela primeira vez, que o exercício do poder fosse realizado, a partir da lógica matemática, e através dos mais cultos, impondo rígida disciplina ao povo governado. A fome, a miséria, a guerra e o infortúnio seriam banidos pelo simples exercício do poder pelos mais sábios Seu fracasso, como conselheiro de tiranete da época, não foi diferente das fracassadas tentativas de Confúcio, em demonstração de que a política é menos sensível à matemática do que os tecnocratas imaginam” (“A separação de Poderes no Brasil”, Ed. PrND – Programa Nacional de Desburocratização / IASP - Instituto dos Advogados de S. Paulo, 1985, Brasília, pg. 16).

(7) Platão no dialogo “Gorgias” coloca interessante questão nas bocas de Cálicles e Sócrates. Na discussão, Cálicles, alega ser o Estado elemento perturbador das relações humanas por ir contra a natureza das coisas. Segundo ele o forte tem naturalmente direito à sua fortaleza e o fraco direito à sua fraqueza. Desta forma, o fraco nasceu para obedecer e o forte para comandar, segundo a natureza das coisas. Por tal raciocínio, o Estado, quando protege o fraco contra o forte, age contra a natureza das coisas, de tal forma que a turva a evolução da humanidade, na medida em que tira poder dos fortes, que sabem o que fazer com ele, e o dá aos fracos, que não sabem o que fazer, provocando, tal intervenção indevida, um descompasso entre o direito e a realidade das coisas.

Sócrates responde que o raciocínio é falso. É que a natureza das coisas está em igualar os desiguais para que a evolução se faça mais rapidamente. Se poucos são os fortes e muitos os fracos,

sem a proteção do Estado os fracos tendem a desaparecer e os fortes não têm como exercer sua fortaleza. O Estado é, portanto, o elemento regulador que permite aos fortes continuarem naturalmente fortes e os fracos naturalmente fortalecidos para que a harmonia se faça em proteção de maiores potencialidades para uns e outros.

De rigor, o diálogo entre Cálicles e Sócrates estabelece o grande sentido do princípio da igualdade, na visão que a revolução francesa nunca conseguiu perceber, posto que a nivelção dos desiguais permite o fortalecimento da igualdade. Todos têm que ser tratados igualmente na medida de suas desigualdades.

(8) Pontes de Miranda ensina: “A medida que o sistema econômico avança para a socialização, como um dos fins do Estado, apresenta-se o problema de se marcarem os limites entre a planificação ou a intervenção do Estado e a liberdade de profissão. A liberdade de profissão não pode ir até ao ponto de se permitir que exerçam algumas profissões pessoas inabilitadas, nem até ao ponto de se abster o Estado de firmar métodos de seleção” (“Comentários à Constituição de 1967”, Ed. Forense, vol. 5, pg. 542).

(9) É ainda Pontes de Miranda (ob.cit, pgs. 542/3) quem ensina: “Tem-se assim, extensão dos métodos que sempre se empregaram quanto a algumas profissões (médicos, engenheiros, advogados). Nos países de percentagem alta de analfabetos, a falta de ensino profissional permite que as classes dominantes explorem a massa do que elas entendam, sem qualquer discriminação de aptidão. Ora, o problema da organização social contemporânea exige que se parta do princípio de que todos têm direito à comida, à casa, à saúde e à educação, e os homens e mulheres não de ser preparados segundo as suas qualidades e vocações para que se atinja o quanto de produção de que se necessita para cedo se realizarem os fins do Estado. Impor-se a quem tem qualidades para ser bom médico, ou bom físico, ou bom matemático, ou bom carpinteiro, outra profissão, em que não seria tão bom, é infringir-se o direito de todos ao

melhor grau de vida para todos. A liberdade de profissão tem de existir dentro do número de profissões em que cada um esteja habilitado ou se possa habilitar” (O grifo é meu).

(10) Celso Bastos ensina: “Assim é que não de ser observados qualificações profissionais.

Para que uma determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são necessárias: uma consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contentam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação destas profissões pode-se dar pela assunção de atividades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos. Outras contudo demandam conhecimento anterior do caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos misteres, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a este aprendizado formal”. (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2., Ed. Forense, 1989, pgs. 77/78).

(11) “Os países democráticos, portanto, vivem esta estranha incoerência, já que neles há, necessariamente, a tripartição de Poderes, qual seja a de que:

- a) exigem qualificação profissional para todas as profissões com prévia preparação;
- b) exigem qualificação profissional – e excepcional – para o exercício das funções judiciárias;
- c) permitem a desqualificação profissional para o exercício do poder, para legislar e para dirigir as nações.

É evidente que há o pressuposto de que o povo faça uma seleção natural – o que nem sempre é verdade, pois muitas vezes fica obrigado a decidir entre duas soluções de pessoas igualmente desprezadas, pela impossibilidade de acesso à disputa por outras pessoas -, mas também é evidente que uma democracia, que permita liberdade total de concorrência a qualquer pessoa

desqualificada, passa a ser muito mais vulnerável e menos eficiente, porque, mesmo que consiga razoável segurança na seleção para os cargos executivos, nunca eliminará o acesso desqualificado ao poder, em nível legislativo.

Nós entendemos que se cada cidadão necessita ser vocacionado para a profissão que escolhe – e preparar-se nessa medida – com muito mais razão o homem público necessita de uma vocação qualificada, maior e mais ampla do que qualquer outra profissão, pois dirigirá o destino de muitos.

Por esta razão, parece-nos que os regimes democráticos atuais, que geram regimes de força, que, por sua vez, geram regimes democráticos, num círculo vicioso, têm na qualificação do acesso ao poder o seu elemento mais perturbador” (“O estado de direito e o direito do Estado”, Ed. Bushatsky, 1977, pgs. 143/4/5).

(12) “ Todos poderiam concorrer às vagas da Escola. E todos os formados pelas Escolas ou Faculdades Especializadas poderiam postular um cargo eletivo, em eleições, livres, onde o eleitor, com mais tranqüilidade, escolheria entre gente habilidade, aquele que melhor poderia representá-lo.

É evidente que o plano é ambicioso. Sua implantação longa e demorada. Pressuporia a existência de um longo período carencial para os que já militam. Necessitaria ser levado principalmente à juventude, que está ansiosa por formas mais legítimas de luta e de valores. Os seus próprios “escapismos” ou “contestações” nada mais são do que a desesperada tentativa de encontrarem outros valores, que não aqueles em que não mais acreditam. Pressuporia, no início, uma seleção de materiais e de profissionais altamente qualificados para formarem os primeiros corpos docentes, a quem seria entregue missão tão importante. Fizemos, quando presidente do diretoria metropolitano do Partido Libertador em S. Paulo, uma experiência semelhante, exigindo uma prova vestibular dos postulantes a candidatos à vereança da cidade. O resultado foi surpreendente. Formamos, em 1963, a mais coesa bancada, tendo o partido tido a mais expressiva votação em toda a sua história. E todos os candidatos eram desconhecidos. O resultado deveu-se a ter sido o Partido Libertador o que apresentou candidatos do maior

nível nos programas de televisão (os 60 postulantes expressavam-se corretamente nas exposições do horário político). Nenhum dos 13 partidos então concorrentes ofereceu, em media, um nível tão elevado de cultura, serenidade e interesse real pela coisa pública. O deputado Raul Pilla e o Sen. Mem de Sá, presidente e vice presidente do diretório nacional, consideravam excelente a experiência, irrenovável, pela extinção dos partidos políticos com o Ato Institucional nº 2” (“ O estado de direito e o direito do Estado”, ob.cit. pgs. 147/8/9).

(13) Robert L. Schuettinger e Eamonn F. Butler, pela Heritage Foundation, prepararam o livro “Quarenta séculos de controles de preços e salários”, em cujo subtítulo lê-se “o que não se deve fazer no combate à inflação”. Em sua introdução, David I. Meiselman escreve: “A experiência com os controles de preços é tão vasta quanto, em essência, toda a história documentada, o que nos fornece uma oportunidade sem igual de verificar o que os controles de preços realizaram e deixaram de realizar. Não conheço nenhuma outra medida econômica governamental cujos efeitos tenham sido testados ao longo de experiências históricas tão diversas em épocas, lugares, povos, formas de governo e diferentes sistemas de organização econômica – salvo talvez os estudos da relação entre inflação e aumentos da qualidade de dinheiro.

Os resultados dessa investigação mereceriam a nossa atenção por esclarecerem os fenômenos econômicos e políticos, ainda que os controles salariais e de preços deixassem de ser considerados seriamente instrumentos da política econômica. O fato de controles de preços e salários existirem em muitos países e mercados e estarem em estudo em outros, inclusive nos Estados Unidos, chama a atenção para o registro histórico dos controles de salários e preços apresentado neste livro.

O que conseguiram, então, os controles de preços na luta recorrente para conter a inflação e superar a escassez? O registro histórico mostra uma seqüência sombriamente uniforme de repetidos fracassos” (Ed. Visão, 1988).

(14) Editora Quadrante, “A igreja dos Primeiros Santos e dosPrimeiros Mártires”, pg. 388.

(15) O Capítulo I do Título II tem como título “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, com o que, em uma interpretação integrativa pode-se considerar que não apenas os direitos difusos estão aí garantidos, mas que todos os direitos individuais têm uma dimensão coletiva.

(16) Celso Bastos preleciona: “A atual redação deste artigo deixa claro que o papel da lei na criação de requisitos para o exercício da profissão há de ater-se exclusivamente a qualificações profissionais. Trata-se portanto de um problema de capacitação técnica, científica ou moral. Não há dúvida que dentre as qualificações profissionais não de compreender-se requisitos pertinentes à idoneidade moral do profissional” (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2. ob. cit., pg. 78).

(17) Carlos Maximiliano ao comentar o brocardo latino “Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat: “prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade”, ensina: “Exemplos de aplicação da regra acima enunciada: na dúvida, atribui-se, de preferência, à lei um sentido de que resulte a validade, ao invés de nulidade, de ato jurídico ou de autoridade, eleições, organizações de sociedade, ou de qualquer ato processual. Qui sentit ônus, sentire debet commodum, et contra” (“Hermenêutica e aplicação do Direito”, pg. 250, Ed. Forense, 1979).

(18) É ainda Carlos Maximiliano (ob. cit. pg. 171) que, ao lembrar Georges Dereux (“De L’Interprétation des Actes Juridiques Privés”, 1905, pg. 316) escreve: “Considera-se, não raro “a lei”, como fria e insensível, porque não favorece a ninguém, ela, entretanto, vela com uma constante solicitude sobre todos nós, e previne nossas vontades, até mesmo vontades que muitíssimas vezes nós ignoramos ter”. Em conclusão: o direito prevê e provê; logo não é indiretamente à realidade. Faça-se justiça; porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora, produz”.

(19) Decreto nº 57.690/66, cujo intróito está assim redigido: “O presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, item I, da Constituição Federal, decreta: Art. 1º. Fica aprovado o regulamento a que se refere o art. 20, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que a este acompanha. Art. 2º. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Brasília, 1º de fevereiro de 1966; 146º da Independência e 78º da República”.

(20) O estudo foi preparado em 9/06/89 para o diretor-presidente do SABESP.

(21) A dissertação foi defendida no dia 3 de agosto de 1989, merecendo da banca examinadora, constituída pelos professores Assis Gonçalves, Manoel Justen Filho e por mim, a aprovação com distinção (nota 9).

(22) O §5º do artigo 173 da Constituição Federal tem a seguinte dicção: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

(23) A equipe da Price Waterhouse comenta o § 5º do artigo 173 da seguinte forma: “Sem prejuízo da responsabilidade dos dirigentes, a lei responsabilizará a pessoa jurídica em decorrência dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular.

Ressaltou, o legislador constituinte, que tais punições deverão ser compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade de seus administradores, enquanto pessoa física.

A norma constitucional, contida no § 5º, encontra o sistema jurídico brasileiro em um estágio mais avançado; não se limita

a responsabilizar a empresa e seus dirigentes; vai além; procura descobrir quem é o responsável pelas deliberações e responsabiliza o controlador. Em 1976, a legislação brasileira adotou o princípio básico segundo o qual o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a empresa realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social (cf. lei 6.404, de 1976)” (pg.732, “A Constituição do Brasil 1988”, Ed. Price 1989).

(24) Carlos Alberto Bittar escreve: “ Manifestações e formas de criação as mais diversas surgiram na publicidade e que denotam um expressivo sentido de esteticidade que lhe asseguram a proteção do direito de autor. No direito positivo, inúmeras leis, decisões e textos doutrinários no direito comparado e no direito nacional (inclusive as que regulamentam a profissão: Lei 4.680, de 18/6/1965, e Dec.57.690, de 1/2/1966, em que é definida como arte: art. 3º da lei 4.680/65) – ressaltam o seu caráter artístico e falam em direitos autorais na publicidade (v. nossa tese citada, nº 49 e s., em que, por vez primeira, sistematizou-se a matéria, defendendo-se a sua inserção no âmbito do direito de autor)” (Enciclopédia Saraiva”, vol. 62, pg. 136).

(25) É ainda Carlos Alberto Bittar que escreve: “A propaganda tem sido enfocada no direito, sob as mais diferentes motivações, recebendo regulamentação fragmentária, como, por exemplo, no âmbito da concorrência desleal; no da defesa do consumidor; no da propriedade industrial e outros tantos, inclusive no da própria situação orgânica da atividade”.

“Contratos diversos nasceram e desenvolveram-se nessa atividade, em particular os de criação, de agência, de inserção de publicidade, de mediação e outros” (“Enciclopédia Saraiva”, ob. cit. pg. 136).

(26) O Código de Ética tem como diretrizes fundamentais os seguintes itens:

“I. A propaganda é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou idéia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido.

II. O profissional da propaganda, cômico do poder que a aplicação de sua técnica lhe põe nas mãos, compromete-se a não utilizá-la senão em campanhas que visem ao maior consumo dos bons produtos, à maior utilização dos bons serviços, ao progresso das boas instituições e à difusão de idéias sadias.

III. O profissional da propaganda, para atingir aqueles fins, jamais induzirá o povo ao erro; jamais lançará mão da inverdade, jamais disseminará a desonestidade e o vício.

IV. No desempenho do seu mister, o profissional da propaganda agirá sempre com honestidade e devotamento com seus comitentes, de modo a bem servir a ele e à sociedade.

V. Nas relações entre os seus colegas, o profissional da propaganda pautará sua conduta pela estreita observância das definições, normas e recomendações relativas à ética da profissão, restringindo sua atividade profissional ao setor de sua escolha, assim elevando, pelo respeito mútuo, pela lealdade e pela nobreza da atitude, o nível da sua profissão no País”.

(27) O artigo 170 da C.F. tem a seguinte dicção:

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

I. soberania nacional; II. propriedade privada; III. função social da propriedade; IV. livre concorrência; V. defesa do consumidor; VI. defesa do meio-ambiente; VII. redução das desigualdades regionais e sociais; VIII. busca do pleno emprego; IX. tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” (grifos meus).

(28) “Os deveres do advogado compreendem, além da defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados, o zelo do prestígio da sua classe, da dignidade da magistratura, do aperfeiçoamento

das instituições de Direito, e, em geral, do que interessa à ordem jurídica”.

(29) Miguel Reale ensina: “Assim sendo, o Direito não é algo da diverso do moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

A teoria do mínimo ético pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor do Direito. Haveria portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico” (“Lições preliminares de direito”, Ed. Bushatsky, pg. 48).

(30) O III Simpósio Nacional de Direito Econômico foi dedicado ao tema “A disciplina jurídica da concorrência”, tendo o “Caderno nº 3 de Direito Econômico” (Ed. CEEU-Centro de Estudos de Extensão Universitária e COAD, 1985) publicado estudos de Alberto Venâncio Filho, Almir de Lima Pereira, Attila de Souza Leão Andrade Jr., Celso Barbieri Filho, Carlos Francisco Magalhães, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista, Marcos Paulo de Almeida Salles, Sérgio Marques da Cruz, Sinval Antunes de Souza, além do meu. Todos realçaram a importância de sua disciplina para que as regras de mercado surtam seu efeito em uma economia neoliberal.

(31) Carlo Barbieri Filho ensina: “Como a atividade econômica é regulada por seguimentos legais paralelos, restrita por leis civis, penais, comerciais, fiscais, tributárias, trabalhistas, muitas formando a legislação esparsa prevista constitucionalmente, tal como a antitruste, o abuso do poder econômico na maioria das vezes só é perseguido através da análise iniciada com a verificação de acordos estabelecidos entre empresas, restritivos à concorrência, ou pela denuncia dos lesados, que vêem sua atividade prejudicada pela prática abusiva alheia.

O limite entre o uso permitido e o uso abusivo é inúmeras vezes peculiar e imperceptível, precisando ser verificado caso a caso em indagações exaustivas que irão informar os envolvidos que ajustes e comportamentos restritivos são permitidos, por isso passíveis de

vigorarem e continuarem surtindo efeitos respectivamente, e os impraticáveis porque ofensivos à lei “(grifos meus) (“Caderno nº 3 de Direito Econômico”, ob. cit. pg. 27).

(32) Marcos Paulo de Almeida Salles ensina: “Para Celso Delmanto, concorrência desleal é o uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação da competição.

Os atos de concorrência desleal podem ser classificados segundo Van Ryn (apud Requião) DESVIO de clientela por processos artificiais e atos contrários à MORALIDADE COMERCIAL.

Em torno do problema várias teorias se desenvolveram, pois como vimos a tipificação dá-se em havendo a figura do abuso, isto é da anormalidade nas relações que, por si só tem um caráter de eliminação do competidor, pois trata-se de uma disputa pelos consumidores presentes (ou até mesmo futuros) no mercado. Quanto maior a faixa de mercado atingido por um competidor, outros haverá que perderam sua posição, ainda que se possa ter em conta um crescimento marginal positivo do mercado como um todo” (“Caderno de Direito Econômico nº 3, ob. cit. pg. 67).

(33) O artigo 2º inciso I letra “a” do Decreto nº 52.025/63 tem a seguinte redação:

Art. 2º - Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades,...

(34) O artigo 5º inciso LXX da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

“Art. 5º...

LXX. o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

.....

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um



ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados,..."

(35) O artigo 15 está assim redigido:

"Art. 15. A fiscalização dos dispositivos desta lei será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, Delegacias Regionais, assim como pelos sindicatos e associações de classe das categorias interessadas, que deverão representar às autoridades a respeito de quaisquer infrações".



Associação Brasileira de Agências de Publicidade  
Rua Pedroso Alvarenga, 1.208 - 8º andar - São Paulo - SP  
04531-004 - Tel.: (55 11) 3079-6966 - Fax: (55 11) 3167-6503  
e-mail: [abap@abap.com.br](mailto:abap@abap.com.br) - Site: [www.abap.com.br](http://www.abap.com.br)