V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

THAMI COVATTI PIAIA

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Beatriz Bugallo Montaño, Thami Covatti Piaia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-252-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Inovação. 4. Propriedade intelectual. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

As considerações trazidas nessa introdução são oriundas dos debates que aconteceram durante a apresentação dos artigos científicos no Grupo de Trabalho "Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência", no V Encontro Internacional do CONPEDI, que ocorreu em Montevidéu, entre os dias 08 a 10 de setembro de 2016.

Na ocasião, foram trazidas diversas perspetivas sobre os temas relacionados ao Grupo de Trabalho, tendo como resultado, um produtivo debate entre os participantes, o que nos faz acreditar na capacidade dos nossos pesquisadores, assim como, na importância dos encontros organizados pelo CONPEDI, seja no âmbito nacional como no internacional.

Para tanto, tendo em vista o bom andamento do Grupo de Trabalho e pensando nos debates posteriormente existentes ao fim de cada bloco, dividimos as apresentações, abaixo elencadas, de acordo com as temáticas inter-relacionadas: primeira parte: patentes, segunda parte: indicações geográficas e direito da concorrência, terceira parte: direitos do autor.

Primeira parte: patentes.

A CONCEPÇÃO DE INTERESSE NO PENSAMENTO DE RUDOLF VON JHERING: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS PATENTES E A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO SOCIOAMBIENTAL, de Nathalia Bastos do Vale Brito.

A ponencia del bloque de patentes plantea una visión esclarecedora de las patentes y su justificación recurriendo al modelo analítico de Ihering y la Jurisprudencia de valores.La articulación reflexiva del trabajo consistió en plantear, por un lado, en qué consisten las patentes y luego circunscribir el problema a si la legitimidad de las patentes se puede sustentar en perspectiva socioambiental.

Se destaca de sus conclusiones la importancia del estudio de la Historia tomando al Derecho en su faceta tuteladora de intereses relevantes. En este contexto, encuentra que las patentes

son un bien relevante para tutelar. No obstante, hay intereses contrapuestos: por un lado el inventor que busca remunerar su trabajo, por otro lado la sociedad que quiere aprovechar lo más ventajosamente posible tales beneficios.

El equilibrio es más complicado, reviste áreas de sensibilidad en cuanto se trata de patentes de medicamentos. Algunas posiciones se plantean al respecto que las patentes pueden estar perjudicando a la sociedad. Sin embargo, analizado este punto desde la teoría de Ihering no se puede decir cuál interes es más importante, no existe una jerarquía.Finalmente, destaca que la temática social hace necesaria la valoración del tema desde un análisis socioambiental.

O ACORDO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO E A PREVISÃO PATENTÁRIA COMO UMA FORMA DE DIFUNDIR A INOVAÇÃO NO ÂMBITO DA SAÚDE, de Nathalie Kuczura Nedel e Sandra Regina Martini.

A ponencia comienza por analizar el TRIPs y el régimen de las patentes, desde la perspectiva de sus efectos en el ámbito de la salud, referidas necesariamente a patentes farmacéuticas.En esta visión de investigación desde el efecto económico concluyen que sí, que en el ámbito de la salud proporciona un impulso a las innovaciones, permitiendo centrarse en la propiedad inmaterial.

Asimismo, seguidamente explican el problema de fondo planteándose si los conocimientos tradicionales pueden ser apropiados como medicamentos. Se explayan sobre la preocupación respect de que los conocimientos especificamente de un país sean patentados y no puedan ser utilizados, ni siquiera en su dimensión ya conocida, en el propio país de origen.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NO ÂMBITO DA OMC: ÍNDIA, BRASIL E PATENTES FARMACÊUTICAS PÓS-TRIPS, de Alice Gravelle Vieira e Larissa Thomaz Coelho.

La tercera ponencia, de alguna manera plantea una visión complementaria de la anterior. Las reflexiones sobre el Derecho de patentes lleva a sus autoras a analizar las diferencias que existieron entre Brasil e India al tiempo de aplicar la normativa TRIPs.Ambos paises, Brasil e India, parten de una posición común al momento de la negociación y debates de la Propiedad Intelectual en la Ronda Uruguay. En ambos casos se trató de países en desarrollo, fuertes, integrando el mismo grupo de países negociador.No obstante, una vez aprobado el Tratado de Marrakesh, mientras Brasil dinámicamente lo implementó y puso enpráctica, India demoró casi tres veces más, tomando las decisiones en el último momento posible.Concluyen

que eso se debe a las necesidades de afirmación de perfil de país, desde la perspectiva de la Política Exterior de Brasil e Indica, respectivamente. Brasil, con la pronta adopción del Tratado de la OMC, y consecuentemente del TRIPs, cumplió con mostrar su capacidad de implementación, responder a la industria interna del medicamente y se insertó prontamente en el mundo de los Estados cumplidores. La opción reticente de India siguió otros objetivos, acaso especificos debido a la situación socioeconómica de decenas de millones de su población, tanto como a reclamos económicos de su industria interna, totalmente distintos a Brasil.

Segunda parte: indicações geográficas e direito da concorrência.

SISTEMAS DE GOVERNANÇA TERRITORIAL EM EXPERIÊNCIAS DE INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: ANÁLISES E PROSPECÇÕES, de Cilmara Correa de Lima Fante.

La ponencia referida a Indicaciones Geográficas aboga por una mejor regulación o gobernanza de las entidades que gestionan y administran las Indicaciones Geográficas. Destaca que estos institutos tienen una relevancia fundamental desde distintas perspectivas. No solamente facilitan al consumidor el acceso de manera informada y verídica a sus necesidades, sino también favorecen el desarrollo económico y comercial de los productores, ampliando el efecto de prosperidad a las localizaciones geográficas donde se emplazan (como manifestación de tradición, como lucimiento a efectos turísticos).

Asimismo, procura destacar como caso de eventual desarrollo a la yerba mate, en paralelo a otros productos que ya existen protegidos en el sistema de Brasil. Las tres ponencias sobre Derecho de la Competencia o Concurrencia reflejan cuestiones derivadas de las tecnologías modernas.

CUSTOS NÃO-FINANCEIROS DE TROCA E TOMADA DE DECISÃO DO CONSUMIDOR – ANÁLISE DA “CONCORRÊNCIA A UM CLIQUE DE DISTÂNCIA” EM SERVIÇOS GRATUITOS NA INTERNET, de Fabiano Teodoro de Rezende Lara e Andre Costa Ferreira de Belfort Teixeira.

A ponencia se centraliza en el análisis de los costos de transacción como un factor relevante para la diferencia entre el mercado tradicional y el mercado de Internet. Claro que la relevancia se encontraría dada en la medida en que operara la masificación de los operadores. En este sentido el expositor dice que si bien en general los costos de transacción son altos, en Internet el intercambio es mucho másbarato para el consumidor, aunque el costo cognitivo puede ser muy alto para tomar las decisiones.

De todas formas, concluye, se trata de una lectura muy distinta desde la Economía tradicional, la visión del costo cero es distinta.

INSTITUIÇÕES, LIVRE CONCORRÊNCIA E O CADE: INSPIRAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO NA AMÉRICA LATINA, de Juliana Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban.

A ponencia presentada en materia de Derecho de la Competencia destaca por el análisis especializado en el funcionamiento y resultados de CADE, autoridad de aplicación en la materia cuyo desarrollo en Brasil es el más destacado en el contexto de los paises del Mercosur, tomando como referencia común a todos la Declaración del Protocolo de Fortaleza.

La ponencia reflexiona muy agudamente sobre las acciones que fueron tomadas en CADE. Antes, compara, había más controles de estructura y menos investigaciones del área económica que ahora. La reforma normativa incorporó, sobre la base de su experiencia internacional, “mejores prácticas” en el funcionamiento de CADE y en la gestión en general. Se desarrollan actualmente investigaciones de casos de cartel, siguiendo con la tendencia internacional.

Asimismo se desarrolló un nuevo procedimiento de “enforcement”, determinando en mayor celeridad y eficiencia de los procedimientos. De todas formas, la existencia de numerosas investigaciones (crecimiento que muestra con evidencia gráfica de 2010 a 2015) no implica la efectiva concreción de los trámites, pues concluirlos sigue siendo difícil. La prueba efectiva es compleja.

Sin embardo, concluye aunque las reglas ahora son más claras falta que la sociedad entienda que las reglas existen y tienen una fuerza real. En definitiva en CADE, en estos diez años de implementación, queda claro que es necesario más difusión para que el empresario conozca la temática y tenga conciencia de ello.

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO FRENTE ÀS CRISES ECONÔMICAS E FINANCEIRAS, de Everton Das Neves Gonçalves e Márcia Luisa da Silva.

A ponencia presenta un enfoque integral de aspectos de Derecho de la Competencia, particularmente de la Defensa de la Competencia, destaca que su aplicación, como reflejo de las interpretaciones a que conducen las diferentses y adaptables Políticas Públicas de

Competencia, pueden consistir – en su contexto necesario – en un real instrumento de desarrollo para el caso de crisis económicas y financieras.

Partiendo de que las normas de competencia encierras principios o guías de análisis de un mercado relevante concreto, se concluye con toda lógica, que al análisis material de las situaciones puede derivar en la aplicación de la mencionada función legal.Llevan a cabo esta investigación aplicando la metodología del Análisis Económico del Derecho, tema cuyo estudio permite comprender y justificar decisiones.En defintiva, concluyen que la política de libre competencia constituye una verdadera Política de desarrollo económico. Corresponde valorar este sector desde la perspectiva de constituir una legislación estricta o flexible. Precisamente, para superar una crisis económica será cuestión de manejar lo estricto o flexible del análisis.

Terceira parte: direitos do autor.

DIREITOS AUTORAIS, ACESSO À CULTURA E O TRATADO DE MARRAQUECHE, de Allan Rocha De Souza e Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks.

A ponencia analiza las consecuencias de marco jurídico, en torno de la aprobación y aplicación de un tratado, como el de Marrakech en el totum del Derecho Brasileño.En primer lugar, destacan dos características de la incorporación del Tratado al derecho brasilero:1 reglamenta aspectos sobre derechos fundamentales; 2 consolida función social de la propiedad intelectual.La óptica des estudio se presenta desde la consideración general de la función social que atribuyen a la Propiedad Intelectual. En este sentido, afirman que esta función queda en evidencia al analizar la transición del estado liberal a estado social y democrático de derecho. De manera que la reglamentación de la propiedad intelectual deberá, necesariamente, atender la función social que cumple como tal, inserta en la normativa. Concretamente, en cuanto a los efectos de la incorporación del Tratado de Marrakech y su proyección, concluyen que:1 determina la consolidación de la función social de la propiedad intelectual;2 implica que las limitaciones de derechos autorales deben ser consideradas extensivamente;3 y sobre el Derecho de los contratos aurgen, a su vez, dos efectos:i consagra la presunción de una cláusula permisiva de poner su obra en formato accesible;ii en contrapartida, consagra también una prohibición de las clausulas contractuales que prohíban que circule y se acceda a su obra en formato accesible.El fundamento real de todo ello es la inclusión cultural.

DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: USOS ALTERNATIVOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL, de Geraldo Magela Freitas Tenório Filho e Querino Mallmann.

A ponencia sobre Derecho de Autor propone un estudio que en verdad complementa y aplica la temática de la ponencia precedente. Hace referencia específica a las creaciones musicales que circulan como archivos en el mundo digital y ofrecen la posibilidad de ser compartidas. Por un lado, parten del análisis del Derecho autoral y su naturaleza, frente al derecho privado y publico: se fue viendo que no alcanzaba el enfoque privado para la interpretación y aplicación del derecho autoral, en cuanto a su función social, yendo al manejo también de derecho público.

Por otro lado, hacen referencia a las prácticas de compartir archivos musicales en Internet y sus aspectos juridicos.Finalmente, proponen la armonización de normas para legitimizar los aactos de compartir archivos musicales en el ambiente virtual.

STREAMING E OS DIREITOS AUTORAIS: ASPECTOS TECNOLÓGICOS, ECONÔMICOS E REGULATÓRIOS, de Thiago Guimaraes Moraes.

El ponente analiza diversos aspectos normativos del streaming, desde la perspectiva de Brasil contrastada con los demás países de américa Latina.Previo el planteo explicativo de las distintas modalidades de streaming, explica respecto de cada una aspectos de la existencia y el ejercicio de los derechos de autor.

La discusión se plantea en distintos niveles. No solamente si se debe pagar por concepto de derechos de autor, sino también a quién corresponde que se pague, según la modalidad que se trate.Realiza de esta manera una muy prolija presentación de los distintos escenarios respecto del ejercicio de los derechos de autor.

Es creciente el tráfico global que viene abarcando el streaming y la problemática a su respecto lleva también al análisis de los archivos compartidos, incorporando la perspectiva del consumidor. Al concluir destaca que existen varias acciones sobre el tema y la importancia de la justicia civil para tratar esta problemática.

Por fim, após essa breve apresentação, com a esperança de termos semeado o precioso gosto pelo conhecimento e pela pesquisa, desejamos a todos uma excelente e produtiva leitura!

Profa. Beatriz Bugallo – UDELAR – Uruguai

Profa. Thami Covatti Piaia – URI – Santo Ângelo – Brasil

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO FRENTE ÀS CRISES ECONÔMICAS E FINANCEIRAS.

THE COMPETITION LAW AS A PUBLIC POLICY INSTRUMENT OF ECONOMIC DEVELOPMENT IN TIMES OF ECONOMIC AND FINANCIAL CRISIS

Everton Das Neves Gonçalves
Márcia Luisa da Silva

Resumo

O artigo trata o Direito Concorrencial tanto para controle do mercado e disciplina da conduta e desempenho dos agentes econômicos quanto política Estatal interventora na economia. Objetiva analisar a tendência das políticas públicas que diminuem ou flexibilizam a Legislação Antitruste nas crises econômicas; bem como, demonstrar, através da Análise Econômica do Direito, os efeitos dessas medidas no mercado. A pesquisa é qualitativa, servindo-se de bibliografia e legislação. O método de abordagem é indutivo e, quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa. Conclui que o Antitruste é, também, instrumento de intervenção político-econômica que, mínimo, pode agravar as crises econômico-financeiras

Palavras-chave: Direito da concorrência, Políticas públicas concorrenciais, Análise econômica do direito concorrencial

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals Competition Law to control the market, for discipline of the economic agent conduct and performance and like an interventional public policy in the economy. Aims to analyze the trend of public policies lessening or making flexible the Antitrust in economic crises and demonstrate; by Economic Analysis of Law, the effects of these measures on market. The investigation´s qualitative by bibliographic and legislation. The method is inductive and, as for purposes, it´s exploratory and explanatory analysis. Concludes that Antitrust Law is also a political and economic intervention tool but, if minimal can aggravate the economic and financial crises

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Competition law, Competitive public policies, Economic analysis of antitrust

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o Direito da Concorrência não apenas como ferramenta de eliminação das distorções do mercado, mas como política pública que o Estado dispõe para intervir na economia; notadamente, no que diz respeito às situações de crises econômicas e financeiras.

Sabe-se que, em Sistemas Capitalistas de economia de mercado, as crises econômicas são recorrentes, motivo pelo qual inúmeros focos de graves recessões já foram identificados ao longo da história. As crises têm grande impacto na vida dos cidadãos e acarretam graves prejuízos aos agentes econômicos, na medida em que, invariavelmente, são observados fenômenos como altas taxas inflacionárias, recessão, falta de confiança dos investidores, ausência de consumo, fechamento de empresas, desemprego, além de colocar-se em dúvida a atuação dos governantes, desestabilizando-se, por completo, todo o Sistema.

Embora se discuta, em tempos de neoliberalismo, a menor intervenção do Estado na economia, verdade é que, em situações de crise, a administração governamental não pode ficar inerte frente aos anseios da sociedade, que clama pela sua intercessão para, por meio da regulamentação das atividades econômicas, restabelecer o crescimento dos mercados, a segurança jurídica e os direitos dos cidadãos.

A intervenção do Estado na economia de mercado, não raras vezes, é realizada por meio da utilização de norma destinada a promover a livre iniciativa, a defesa da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico; ou seja, através de efetiva Legislação Antitruste. Daí porque se acredita que as normas antitruste nada mais são do que verdadeiros instrumentos de implantação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico. Tal fenômeno só é possível porque as regras de Direito da Concorrência, seja no bojo do seu texto ou no próprio processo de sua aplicação, possuem mecanismos que possibilitam a sua flexibilização para que possam se adequar ao contexto histórico, econômico e social em que estão inseridas.

Ora, se o Direito da Concorrência pode ser entendido como instrumento de política pública e se sua aplicação pode ser flexibilizada dependendo do momento histórico, econômico e social em que está inserido; destaca-se, como problema central a ser analisado, o questionar quanto à possibilidade de se afirmar que o Direito Antitruste é mecanismo eficaz para restabelecer o desenvolvimento econômico-social em períodos de crise; ou, mesmo, se a ingerência do Estado quanto à aplicação destas normas pode acabar agravando ainda mais os efeitos da recessão econômico-social?

Dessa forma, o objetivo do presente esforço investigativo é analisar o Direito da Concorrência como política pública Estatal para intervir na economia, notadamente no que diz respeito aos períodos de crises econômicas e financeiras e compreender quais efeitos da adoção de tais medidas no mercado de consumo e produção.

Para o desenvolvimento da hipótese aventada e atingimento dos objetivos propostos; adotaram-se, como marcos teórico, autores como Paula A. Forgioni, Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Eros Roberto Grau e Enrico Spini Romanielo. Além disso, o artigo está dividido em três tópicos: o primeiro referente ao surgimento e ao desenvolvimento do Direito da Concorrência; o segundo abordando a Legislação Antitruste como política pública e, o terceiro, tratando da questão da flexibilização do Direito da Concorrência em situações de crises econômicas e financeiras e seus reflexos no mercado consumidor e produtor.

Por fim, esclarece-se que o método de abordagem utilizado foi o indutivo, na medida em que, a partir da observação de dados concretos, da doutrina, da jurisprudência, etc., produziu-se a conclusão geral sobre o problema proposto, com o objetivo de ratificar a hipótese ventilada, no sentido de que as políticas públicas de diminuição ou flexibilização excessiva das normas de Direito da Concorrência, normalmente adotadas pelos governantes frente às crises econômicas e financeiras, acabam por agravar ainda mais os efeitos da recessão, ferindo relevantes Princípios Constitucionais.

Utilizaram-se, ademais, os métodos de procedimento monográfico e estruturalista. Monográfico, porquanto se investigou fatores que envolvem e influenciam a questão da utilização do Direito da Concorrência como instrumento de política pública que visa o restabelecimento do crescimento econômico em períodos de crise, para o fim de se obterem generalizações. E estruturalista, na medida em que se partiu da investigação de fenômenos concretos, elevando-os ao nível abstrato, construindo um modelo e retornando ao concreto.

2 O surgimento e desenvolvimento do moderno Direito da Concorrência

O início da disciplina da concorrência, ao contrário do que se possa imaginar, é muito anterior ao surgimento do Sistema de Produção Capitalista. A concorrência existe desde que se identificaram as primeiras formas de comércio e de mercado (WEBER, 1994, p. 419), havendo referência aos monopólios e assuntos relacionados à matéria, inclusive, em *Política*, obra de Aristóteles, escrita no período da Antiguidade Grega (ARISTÓTELES, 1997). Todavia, para o desenvolvimento deste artigo, aprofunda-se o esforço a partir do moderno Direito da Concorrência e como este se desenvolveu no Brasil e nos principais e pioneiros países do mundo.

O primeiro País a regulamentar a concorrência foi o Canadá que, em 1889, editou o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, com o objetivo de reprimir condutas atinentes aos conluios que visavam à restrição de comércio, produção e fixação de preços (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 4-5); todavia, foi nos Estados Unidos da América (EUA), mais precisamente no ano de 1890, que surgiu o *Sherman Act*, legislação que permitia aos juízes atacar colusões e monopolizações ilegais (FORGIONI, 2015, p. 68-69) e que, ademais, foi eleita, por muitos doutrinadores, como o ponto de partida para estudos relacionados ao Direito Concorrencial no mundo.

O *Sherman Act* nasceu num contexto de muitas mudanças no cenário da economia norte-americana. É que, com o fim da Guerra da Secessão, a economia Ianque passou por grande desenvolvimento em virtude da ocupação do Oeste e da imigração Europeia. Neste período, a economia do Sul dos EUA; predominantemente oriunda do plantio de algodão e tabaco, enfraqueceu e os magnatas das finanças, siderurgias, ferrovias e petróleo passaram a dominar o mercado, *concentrando enormes capitais e recursos* (OLIVEIRA; RODAS, 2004. p. 4-5). As grandes empresas, então, visando à mútua proteção, passaram a se *organizar em cartéis*, prática que, mais tarde, deu lugar aos denominados trustes. (FORGIONI, 2015. p. 68-69). De acordo com Carvalhosa (1967, p. 41):

> [...] caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, trustee, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao trustee cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados.

Vivia-se, portanto, no *Novo Mundo*, na era da total liberação econômica; sendo, nesse contexto social, econômico e político, que o Direito da Concorrência encontrou espaço para se desenvolver, de forma que várias legislações Antitruste foram promulgadas naquele período, nas mais variadas regiões.

Em que pese o ineditismo da legislação, não demorou muito para que se percebesse que o *Sherman Act* era insuficiente para promover a defesa da livre concorrência nos Estados Unidos da América, porquanto não continha em seu texto regras sobre o controle de estrutura, de forma que atos de fusões e aquisições não eram submetidos ao controle das autoridades.

A partir desse contexto, foram promulgados, então, no ano de 1914; o *Clayton Act* com o objetivo de regular a fixação de preços, as negociações casadas e exclusivas, bem como, a aquisição do controle de empresas concorrentes; e o *Federal Trade Commission Act*, que criou agência com o mesmo nome, com o objetivo de investigar práticas de concorrência

desleal, sendo estas as legislações que embasam o direito concorrencial americano até os dias atuais (OLIVEIRA; RODAS, 2004. p. 6-7).

De outro norte, na Europa, a disciplina da concorrência estava presente desde o início da formação da União Europeia e tinha como objetivo promover, além da eficiência econômica, a integração do mercado comum entre os Estados Membros.

A primeira legislação a mencionar a matéria foi o *Plano Schuman*, criado pelo ministro das relações exteriores Francês, Robert Schuman, no ano de 1950, com o objetivo de regulamentar a produção de aço da França e da Alemanha, bem como, eleger uma autoridade comum para a resolução dos conflitos. No que diz respeito ao aspecto concorrencial, o Plano fazia expressa menção aos *efeitos danosos dos cartéis internacionais* (ROMANIELO, 2013, p. 22 e 23).

Em 1951, o *Plano Schuman* cedeu lugar ao Tratado de Paris, que formou a Comunidade Europeia do carvão e do aço entre Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Esse tratado trouxe, em seu texto, importantes medidas de repressão aos atos anticoncorrenciais e de concentração. Todavia, foi o Tratado de Roma, do ano de 1957, criado com o objetivo de constituir a Comunidade Econômica Europeia (CEE), que estabeleceu as normas consideradas como os verdadeiros pilares do Direito Concorrencial da União Europeia, até os dias atuais.

Do Tradado de Roma, sucederam os seguintes documentos: o *Merger Regulation*, de 1989, que exigia a aprovação prévia para determinadas operações de concentração; o Tratado de Maastricht, de 1992, que transformou a Comunidade Econômica Europeia em União Europeia; o *Council Regulation*, de 2004, que alterou critérios para a notificação de atos de concentração e o Tratado de Lisboa, de 2007, codificação que, a respeito da concorrência, acabou por repetir os mesmos artigos dispostos no Tratado de Roma.

No Brasil, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 e, posteriormente, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, verificaram-se os primeiros mandamentos constitucionais balizadores para a construção do Direito Concorrencial, já que serviram de base para a criação dos Decretos-Lei n°. 431 de 18/05/1938 e 869 de 18/11/1938; os quais dispunham sobre a proteção da economia popular.

Neste contexto, estabelecia o Art. 115 da Constituição de 1934: *A Ordem Econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a toda existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.* (BRASIL, 2015).

Já, o Art. 141 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (BRASIL, 2015), assim dispunha:

> Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Ao comentar o Art. 141 da Constituição Federal de 1937, Paula Forgioni (2015, p.56) esclarece que:

> O art. 141 do Texto Constitucional brasileiro de 1937 colocava, como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste. O primeiro diploma brasileiro antitruste surge com a função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e, portanto, precipuamente, do consumidor.

Naquele período da década de trinta, o mundo estava em profunda crise econômica e, inclusive, sócio-política, a ponto de, na sequencia dos tempos e acontecimentos, ser desencadeada a Segunda Grande Guerra Mundial. Em decorrência das vicissitudes político-econômicas, implementou-se forte intervenção Estatal também no Brasil. Foi naquele contexto que surgiu a Lei Malaia - Decreto-Lei n°. 7.666 de 22 de junho de 1945- criadora da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, o CADE, Órgão responsável por avaliar e aprovar as práticas restritivas que atentavam contra a livre concorrência. Em referência ao citado Decreto-lei de 1945, pode-se referir, a partir de Waldemar Ferreira (1956, p. 193), esclarecendo:

> O Decreto-lei de 1945, dispondo sobre os atos contrários à ordem econômica, estabeleceu sistema incompatível com a tradição brasileira, na repressão dos trustes. Era remédio mais pernicioso que a moléstia que se propusera debelar; por isso, no regime instaurado pelo golpe de Estado de outubro de 1945, revogou-se aquele decreto-lei.

Já, em 1946, A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil trouxe de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico, que teve eficácia limitada, eis que somente em 1962 foi regulado por lei ordinária (Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962). O art. 148 da Carta Magna de 1946 (BRASIL, 2015) estabelecia:

> Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Todavia, somente com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é que se estabeleceu título exclusivamente destinado à Ordem Econômica (artigos 170 a 192) e positivou-se expressamente a defesa da livre concorrência, conforme seus Arts. 170 e 173; Parágrafo 4° (BRASIL, 2015):

> 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: [...] IV - livre concorrência; [...] Art. 173. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Como sucedâneo dos ditames Constitucionais Brasileiros de 1988 e, em vista de momento de liberação dos mercados internos, após a queda do Muro de Berlim, em 1989, e a desconstituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1990, e; ainda, conforme a política econômico-financeira institucionalizada no Brasil, segundo abertura comercial implementada pelo Ex-presidente da República Fernando Collor de Melo, nos idos dos anos noventa, e as políticas de estabilização monetária e de *aquecimento* da economia nacional iniciadas pelo, então, Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso; surgiram outras legislações que objetivaram regulamentar a concorrência no Brasil, tais como a Lei 8.158, de 08/01/1991 e a Lei 8.884, de 11/06/1994, até que, em 30/11/2011, a Sra. Dilma Rousseff, Presidente da República, sancionou a Lei 12.529/2011[1], a qual programou importantes regras para o Direito Antitruste Brasileiro e que permanece vigente até os dias atuais.

A Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, tendo criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi revogada pela Lei 8.884, de 11/06/1994 que, por sua vez, transformou o CADE em autarquia. A Lei 8.884/94 já tratava de forma preventiva e repressiva os chamados atos de concentração e as práticas infrativas da Ordem Econômica. Em perspectiva de flexibilização das concentrações, não condenava o monopólio *per se*; mas, tão somente, o abuso do poder econômico caracterizado pela dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de preços.

Atualmente, a Lei 12.529/2011 trouxe grandes avanços institucionais para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), extinguindo-se a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e; consequentemente, o, então, Departamento de

[1] Para maiores informações sobre a nova Lei de Defesa da Concorrência, *vide* GONÇALVES e STELZER (2012).

Proteção e Defesa Econômica (DPDE). Hoje, o CADE conta com o Tribunal, com atuação de sete Conselheiros com notório saber econômico-jurídico para o julgamento administrativo das lides concorrenciais; a Superintendência Geral, que instrui os processos administrativos, com amplos poderes investigativos e o Departamento de Estudos Econômicos.

Para além das práticas infrativas elencadas a título exemplificativo no Artigo 36 do Texto Legal Antitruste Brasileiro, restaram, agora, melhor definidos os parâmetros para a análise dos atos de concentração[2] com relação à Lei anterior que mesmo apontando com um critério de valor numérico (faturamento bruto no ano anterior de R $ 400.000.000,00) deixava um juízo dúbio ao aventar sobre a dominação de mais de 20% do mercado relevante.

Críticas existem ao Sistema Antitruste que, afinal de contas, em nome da livre concorrência, implica em ação e intervenção do Estado na ação dos agentes econômicos em mercado. Os neoliberais, defendem que o Estado deve ser mínimo e que o mercado se auto ajusta; os neoinstitucionalistas como Oliver Williamson (1991 e 2011), a sua vez, defendem que as instituições estatais são importantes e decisivas para a re (distribuição) da riqueza em sociedade. Destarte, não desconhecendo que a intervenção estatal tem grande influencia na Ordem Pública da Economia, intenta-se verificar a Legislação Antitruste como efetivo instrumento a ser utilizado para a implementação de políticas públicas que visam ao desenvolvimento econômico-social.

[2] Dispõe o Art. 88, da Lei 12.529/2011: Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (atualmente, R$ 750.000.000,00 - setecentos e cinquenta 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) (atualmente, R$ 75.000.000,00 – setenta e cinco milhões de reais). § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo. § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 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.

3 A Legislação Antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas que visam ao desenvolvimento econômico-social

Concomitantemente com o surgimento de leis que regulamentavam a concorrência entre os agentes econômicos, identificou-se, já a partir do Século XIX, a atuação do Estado na economia, eliminando distorções, afastando fatores de instabilidade e preservando a livre concorrência e o livre mercado. Esta atuação se acentuou a partir do Século XX, com o início da Primeira Grande Guerra Mundial ocorrida em 1914, quando *surtos de regulamentação estatal* se fizeram presentes (BARROS, 1953, p. 45), com o objetivo de direcionar a economia para as guerras. Ocorre que as ingerências realizadas pelo Estado até aquele momento não se mostravam suficientes para conter as chamadas *crises do capitalismo* (HABERMAS, 1980, p. 11).

Foi, então, a própria Crise de 1929; quando ocorreu visível estagnação dos fatores de produção, o marco da intervenção estatal na economia. Sobre o tema, Forgioni (2015, p. 76) explica:

> O Estado é chamado a reimpulsionar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior etc.

A partir desse momento, o Estado passou a atuar como *condutor do Sistema Econômico*, com o nítido propósito de evitar crises (HABERMAS, 1980, p. 39 e 71). Essa atuação Estatal, não raras vezes, era realizada por meio da utilização de norma destinada a promover a defesa da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, ou seja, por uma legislação antitruste, derivando disto a ideia de concorrência não como um valor em si, mas como instrumento de implementação de política pública que o Estado utiliza para promover o desenvolvimento econômico-social.

Nesse contexto, as Escolas de pensamento jurídico passaram a analisar o Direito da Concorrência, com o objetivo de responder os seguintes questionamentos: qual é a função do Direito Antitruste e o seu real objetivo?

A Escola de Chicago, que tem influencia sobre a política econômica Antitruste dos EUA até os dias atuais e que trouxe para o Direito Antitruste a denominada Análise Econômica do Direito, defende que o objetivo do Direito da Concorrência é a busca pela

eficiência alocativa[3] de recursos e, consequentemente, pelo bem-estar do consumidor. Nas palavras de Forgioni (2015, p. 171-172):

> A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitrustes passam a ser pensados em termos de 'eficiência alocativa': sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação, eficiências e ganhos para os consumidores.

Entendimento diverso, todavia, foi defendido na Europa, em que doutrinadores passaram a defender a ideia da legislação da concorrência como instrumento, cujo escopo precípuo seria garantir a integração entre os mercados dos Estados-membros e impedir barreiras aos atos dos agentes econômicos em seu território. No tocante à concorrência no Continente Europeu, Jorge de Jesus Ferreira Alves (1989, p. 38) explica: *não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter equilíbrio econômico. Daí deriva consequências importantes: se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores*.

Já, no cenário Brasileiro, determinados operadores do Direito acreditam que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou o conceito de *concorrência instrumento* ao estilo Europeu, disciplinando, em seu Art. 173, Parágrafo 4°, que a *lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*, porquanto pretenderia não apenas a correção dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas alcançar um bem maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Destarte, Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni (2005, p. 123) entendem os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e sua regulamentação, no Brasil, como *instrumentais da promoção da dignidade humana.* Nesse sentido, a *Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado*.

Independentemente do marco teórico a ser adotado, desde os que defendem que a Legislação Antitruste visa exclusivamente à obtenção da eficiência alocativa e o bem-estar do consumidor, até aqueles que acreditam que o Direito da Concorrência objetiva sempre um bem maior, dependendo do contexto em que está inserido, não há dúvidas sobre tratar-se de

[3] Para maiores informações sobre a eficiência alocativa e, principalmente, sobre o Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES), ver: GONÇALVES e STELZER, Joana (2005).

um instrumento de política pública útil para a governança e intervenção Estatal na economia. Corroborando com essa ideia, Rafael Rocha de Macedo (2008, p. 115-116) acentua:

> Ainda que se admita que a defesa da concorrência seja uma política pública em si, a complexidade das relações que gravitam em torno do Estado, impõe por vezes que a política concorrencial ceda a outros imperativos, como por exemplo, o desenvolvimento econômico. Não se pretende com isso, atribuir ao Direito da Concorrência, um caráter de flexibilidade diante do poder discricionário do Estado regulador ou da necessidade e urgência de determinadas políticas públicas. A seu modo, a defesa da concorrência constitui também uma garantia institucional da ordem econômica, sendo composta por normas e conteúdos mínimos que devem ser preservados. Igualmente, no caso brasileiro, ainda que se classifique o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como órgão judicante que tem a função precípua de implementar políticas públicas de concorrência, em sentido técnico, não se deve ignorar ou desprezar os impactos decorrentes das decisões administrativas concorrenciais diante dos objetivos político-econômicos do país.

Mas de que forma essa intervenção pode ser levada a efeito? A Política da Livre Concorrência pode ser adotada pelo Estado de duas formas, a saber: a) pela aplicação mais ou menos rigorosa da legislação às práticas restritivas (concessões, autorizações ou isenções), ou b) por intermédio da não aplicação, flexibilização ou diminuição da Legislação às práticas restritivas. Especificamente, a Legislação Antitruste, seja no bojo do seu texto ou no próprio processo de aplicação da norma, possui instrumentos que possibilitam a sua flexibilização para que, com isso, possa se adequar à realidade em que se insere. Esses instrumentos são chamados de *válvulas de escape* [4].

Sabe-se que cada ordenamento jurídico possui princípios próprios que são definidos de acordo com as diferentes realidades que o circundam. Com isso, pretende-se estabelecer que cada direito se liga ao contexto histórico, econômico ou social em que está inserido, e que tanto a realidade pode alterar o ordenamento jurídico, como o próprio ordenamento jurídico pode alterar a realidade, por meio do que se chama de *relação simbiótica* (FORGIONI, 2015, p. 161). O Direito da Concorrência não é diferente, tomando diferentes direções dependendo do contexto (histórico, econômico e social) em que está inserido, conforme detalha Fábio Nusdeo (1977, p. 121):

> A tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com a qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais em as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos.

Sobre a essa temática Gonçalves e Stelzer (2011), lecionam:

[4] Sobre as *válvulas de escape* ver FORGIONI, 2015, p. 195 e ss.

> Destarte, quando o Estado, por meio de seus governantes, cria normas como as estudadas anteriormente, que têm, por objetivo, disciplinar as condições de concorrência e de consumo; certamente são devidamente sinalizados, para o mercado, estímulos e sanções para a conduta econômica que vão, por fim, fazer modificar as condições do ponto de equilíbrio inicial.

Assim, tem-se que, se o Direito da Concorrência é instrumento de implementação de política pública; aplica-se de diferentes formas dependendo do contexto histórico, econômico e social em que está inserido e, além disso, sabendo-se que as crises econômicas e financeiras[5] são fenômenos recorrentes – e porque não dizer cíclicos, como defende John Maynard Keynes (1982, p. 285) – em Sistemas Econômicos Capitalistas, resta perquirir o que de fato acontece com o Direito Antitruste em situações de grave recessão econômica.

4 O Direito da Concorrência, sua excessiva flexibilização em situações de crises econômicas e financeiras e os consequentes efeitos para o mercado produtor e consumidor de acordo com a Análise Econômica do Direito.

Não raras vezes, em períodos de crises econômicas e financeiras, as autoridades Estatais são fortemente pressionadas a adotar políticas econômicas que pressupõem a não aplicação ou a agressiva diminuição ou flexibilização das regras concorrenciais, em detrimento da utilização de medidas de recrudescimento do Antitruste, autorizando-se, consequentemente, o emprego de táticas potencialmente anticompetitivas por parte dos agentes econômicos. Nesse âmbito, sustenta Daniel Crane (2015, p. 3):

> De fato, o antitruste parece ser um luxo que o país não pode se permitir em crise. Ou, ao menos, esta é a lição que poderia se aprender ao observar nosso comportamento em momentos de crise econômica ou guerra. Em toda nossa história, guerras e pânicos financeiros têm sido oportunidades para consolidação do poder industrial. [6] (tradução nossa).

É o caso, por exemplo, da profunda depressão, na história do capitalismo, desencadeada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, no ano de 1929. Neste período, Franklin Roosevelt assumiu a Presidência da República nos EUA e aprovou, como primeira medida do seu governo, o *National Industrial Recovery Act* (NIRA), Legislação que permitiu

[5] Sobre os conceitos e diferenças entre as crises econômicas e financeiras, *vide* KOKKORIS e OLIVEIRA-CAMINAL, 2010. p. 74/79.

[6] No original: *Indeed, antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis. Or at least this is the lesson one would draw from observing our national behavior during moments of economic crisis or war. Throughout our national history, wars and financial panics have been opportunities for consolidation of industrial power. Arguments that competition policy is a help rather than a hindrance fall on deaf ears in the face of panic*.

a suspensão da aplicação das normas de Direito da Concorrência, para o fim de reduzir o desemprego e recuperar a produção industrial no País.

O NIRA permitia a autorregulamentação das indústrias por meio de códigos de ética industriais que dispunham sobre a fixação de preços, *open price systems*, regulação de termos de venda e práticas de comércio, controle de produção, cláusulas de autoridade, entre outras disposições (ROMANIELO, 2013, p. 94), que se tornavam obrigatórias para os seus participantes, sendo certo que, aqueles que se submetessem aos códigos, estariam dispensados de obedecer à Legislação Antitruste, conforme bem esclarece o art. 5º do NIRA *in verbis*:

> Art. 5. Todos os códigos, acordos ou licenças aprovados, receitados ou publicados, que estiverem sob os efeitos deste Título, e toda a ação tomada em conformidade com tais previsões, estarão imunes da aplicação das leis antitruste dos Estados Unidos da América. Nenhuma previsão nesta Lei, e nenhuma regulação promovida sob a vigência dela, impedirão um indivíduo de buscar a vocação de seu trabalho manual e comercializar seus produtos. [7] (tradução nossa).

Entretanto, o que se percebeu, na prática, é que o NIRA, em vez de impulsionar a economia Ianque, acabou por incentivar práticas colusivas, na medida em que enfraquecia as normas de defesa da livre concorrência, conforme esclarece Jason E. Taylor:

> Contudo, uma vez aprovado o código de uma indústria, o crescimento da oferta caía relativamente à taxa de crescimento da economia como um todo, resultado consistente com a teoria do cartel. Os cartéis do NIRA prejudicaram a recuperação econômica, ao invés de ajudá-la. [8] (tradução nossa).

Situação semelhante se identificou no Brasil, no ano de 1986, quando, em meio a uma grave crise instaurada no País, oriunda principalmente do aumento desenfreado da inflação e de recorrentes greves identificadas no período, o Governo José Sarney editou o Plano Cruzado. Referido conjunto de normas não tinha por objetivo específico a flexibilização da Legislação Antitruste, mas, ao determinar o congelamento de preços e salários, a fim de combater a hiperinflação, acabou por causar impacto negativo, também, nesse setor.

Ao congelar os preços dos produtos em valor inferior ao praticado pelo mercado, impedindo que os itens fossem livremente fixados pelas empresas concorrentes de acordo com a lei da oferta e da demanda, o Governo Sarney acabou por desestimular os empresários

---

[7] No original: *Section. 5. While this title is in effect and for sixty days thereafter, any code, agreement, or license approved, prescribed, or issued and in effect under this title, and any action complying with the provision thereof taken during such period, shall be exempt from the provisions of the antitrust laws of the United States. Nothing in this Act, and no regulation thereunder, shall prevent an individual from pursuing the vocation of manual labor and selling or trading the products or regulation thereunder, prevent anyone from marketing or trading the produce of his farm.* ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **National Industrial Recovery Act. (**2015).

[8] No original: *However, once an industry's cartel code was passed, output growth fell relative to the growth rate of the macroeconomy, consistent with cartel theory. The NIRA cartels harmed economic recovery rather than helped it […].*TAYLOR, 2007.

que, em virtude da ausência de lucro, passaram a produzir cada vez menos, o que fez com que quantidade significativa de artigos simplesmente sumisse das prateleiras dos supermercados, causando o cenário de escassez.

Assim, o Direito da Concorrência, na forma como habitualmente é utilizado pelos governos em situações de crises econômicas e financeiras, ou seja, por intermédio da sua não aplicação, diminuição ou flexibilização implica em instrumento de política pública econômico-social que efetivamente tem influencia na tomada de decisão dos agentes econômicos. Pode gerar, inclusive, efeitos danosos para a livre concorrência na medida em que sinaliza a minimalização normativa ou a desregulamentação do mercado em detrimento da, por assim dizer, *voracidade capitalista dos agentes econômicos*. Já, aí, a Legislação Antitruste perde sua capacidade e propósitos seja de evitar práticas infrativas, seja de evitar concentrações predatórias e ineficientes; como também, seu caráter instrumental em direção ao caminho do desenvolvimento econômico-social.

De outra banda, o recrudescimento das normas Antitruste, em busca da efetividade de mercado concorrencial, pode levar ao desincentivo do empresariado e a problemas estruturais de mercado, principalmente, pela imposição de altas multas e sanções às práticas que acabam por inviabilizar a atividade econômica ou, ainda, pela imposição de barreiras à concentração econômica que pode levar à não competitividade, mormente internacional.

A Análise Econômica do Direito defende que o Antitruste tem de ser *manejado* segundo perspectiva de incentivos eficaz para restabelecer o rumo para o desenvolvimento econômico-social segundo o que já se defendeu como PEES. As punições das práticas infrativas não podem ultrapassar o ponto ótimo (na curva de Laffer) em que perdem a função de desestimular o comportamento anticoncorrencial e passam a ser ineficientes. Da mesma forma, as concentrações econômicas, ainda que apresentando eficiências, não podem desestimular a entrada de novos agentes produtores no mercado sob pena de retrocesso econômico e consequente prejuízo para os consumidores em dado País.

Como exemplificado, as crises na história do Capitalismo de mercado revelam que a adoção de estratégia inerente à flexibilização do Antitruste pode acabar agravando ainda mais os efeitos de possível recessão econômica, cujo motivo é explicado por Gonçalves e Stelzer (2012, p. 13/14), com base na Análise Econômica do Direito quando apresentam seu *Quadro de Análise Econômica dos Reflexos das Políticas Públicas Concorrenciais* em que avaliam as políticas públicas de diminuição e flexibilização das regras de Direito da Concorrência sob os enfoques dos reflexos econômicos para o mercado produtor e para o mercado consumidor, concluindo, no primeiro caso, que:

> a) Causa redução na oferta, mantendo-se inalterada a procura, perturbando o equilíbrio do mercado: menores quantidades serão disponibilizadas a preços mais altos e com qualidade duvidosa; b) Com a diminuição das condições de concorrência, haverá incentivo à concentração econômica e à monopolização e, consequentemente, piora nas condições de oferta no mercado, com aumento dos preços pelos ofertantes.

E, na segunda hipótese, para os consumidores verifica-se:

> a) Insegurança para os consumidores e consequente diminuição da demanda, principalmente em função do aumento dos preços, próprio da cartelização, do monopólio, das práticas infrativas no mercado e da diminuição da oferta, mormente, dos produtores e serviços que não possuem demanda reprimida;
> b) Perda de poder aquisitivo.

Assim, as políticas públicas que estabelecem a não aplicação ou a excessiva diminuição ou flexibilização das leis que protegem a concorrência, normalmente adotadas em períodos de recessão econômica e financeira, acabam por gerar efeitos negativos na economia, eis que dão margem ao abuso do poder econômico, gerando insegurança e incerteza para o mercado de consumo; as quais, por sua vez, acarretam diminuição da demanda e perda do poder aquisitivo.

Para Gonçalves e Stelzer (2011, p. 3765) a solução estaria em:

> [...] definir a proporção da *dose médica de remédio* que o legislador ou operador jurídico vai imprimir ao mercado, segundo sua ação normativo-judicial. Se a *dose* for maior do que o necessário, mata-se o paciente, se for menor, não se o cura. Ainda que não definitivamente, o que se propõe é que a tomada de decisão não seja *cega* e nem casuística e que, pelo contrário, seja revestida de cientificidade e técnica racional, de forma a combinar justiça econômica – eficiência, com justiça social – distributiva e equitativa. O objetivo maior então é a eliminação eficiente das externalidades de mercado, conceituadas como a diferença entre os custos particulares e os custos sociais ou entre lucros particulares e lucros sociais.

Do que foi exposto, conclui-se que, os períodos de crise efetivamente demandam uma atuação Estatal intensificada, mas não no sentido de diminuir ou flexibilizar excessivamente as regras de Direito da Concorrência, sob pena de estimularem-se as colusões e monopolizações, em evidente prejuízo dos consumidores e da economia como um todo. Disso resulta que cabe a cada governante identificar, dentro do contexto histórico, econômico e social em que está inserido, qual a *dose correta de intervenção* a ser empregada em cada caso, sempre com o objetivo resguardar um fim maior, qual seja, a justiça econômica.

5. CONCLUSÃO

Em tempos crises econômicas e financeiras, como as que recorrentemente são identificadas nos Sistemas Capitalistas, torna-se frequente o debate acerca da necessidade de

intervenção Estatal para que, por meio da regulamentação das atividades econômicas, se restabeleça o crescimento econômico, o pleno emprego, bem como os direitos dos consumidores.

Nesse contexto, acredita-se que o Direito da Concorrência pode ser aplicado não apenas com o objetivo de eliminar as falhas de mercado, mas como instrumento de implementação de políticas públicas que os governantes do Estado dispõem para intervir na economia, com o objetivo de desenvolvê-la.

Ocorre que, não raras vezes, as autoridades, na ânsia de combater os efeitos da retração do mercado, decidem pela não aplicação, diminuição ou flexibilização excessiva das Normas Antitruste. Todavia, conforme embasamento na Análise Econômica do Direito; as políticas públicas que estabelecem esse tipo de conduta minimalista da aplicação do Antitruste, antes de incentivar a atividade econômica; podem dar lugar ao abuso do poder econômico e ao agravamento das crises econômico-sociais. O abuso do poder econômico, a sua vez, gera insegurança e incerteza jurídico-social para o mercado consumidor que; consequentemente, implica na diminuição da demanda e perda do poder aquisitivo. E, todas essas circunstâncias são variáveis extremante prejudiciais ao bom andamento da Ordem Pública da Economia, mormente considerado o PEES.

Daí porque se sugere acreditar que, em vez de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico-social, as intervenções Estatais que objetivam a não aplicação, flexibilização ou diminuição excessiva das regras de Direito da Concorrência acabam por agravar ainda mais os efeitos da recessão econômica, ferindo os Princípios Constitucionais de inquestionável relevância, tais como, o da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da concorrência nas comunidades europeias.** Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Brasília: UNB, 1997.

BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O poder econômico do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito.** São Paulo: Ed. RT, 1953.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 12 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 12 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 12 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mai. 2016.

CARVALHOSA, Modesto Souza de Barros. **Poder Econômico: A fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Ed. RT, 1967.

COMPARATO. Fábio Konder. **O indispensável direito econômico.** Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRANE, Daniel A. Antitrust **enforcement during national crisis:** an unhappy story. 2008 a. Disponível em: <http://web.idrc.ca/uploads/user-S/12459370961D_Crane_paper.pdf> Acesso em: 12 mai. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **National Industrial Recovery Act.** Disponível em: http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=66&page=transcript, Acesso em 12 mai. de 2016.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 1954.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 7 ed. São Paulo: RT, 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **1929: a grande crise.** São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves. O Direito e a Law and Economics: Possibilidade Interdisciplinar na Contemporânea Teoria Geral do Direito. *In* **JURIS: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da FURG**, Rio Grande, RS: Editora da FURG, v. 11, n. 1. 2005. Pp. 201-222. ISSN 1413-3571. Disponível em http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138. Acesso em 12 mai. 2016.

_____ e STELZER, Joana. **Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira.** 2012. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c> Acesso em: 12 mai. 2016. (a)

_____. **As Legislações de livre concorrência e de defesa do consumidor:** a prevenção e a repressão das práticas infrativas e dos crimes contra a Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988. In Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, MG. Florianópolis, SC: Fundação José Boateux, 2011. V. 1. P. 3745-3775. ISBN 978-85-7840-059-0. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf> Acesso em: 12 mai. 2016. (b)

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: RT, 1978.

_____. **Elementos do direito econômico.** São Paulo: RT, 1981.

_____.**A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica).** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ e FORGIONI, Paula A. **Loterias: serviços públicos. Livre iniciativa/livre concorrência e imposição de restrições à atividade dos lotéricos. O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1982.

KOKKORIS, Ioannis; OLIVEIRA-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises.** New York: Cambridge University Press, 2010.

MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência: Instrumento de Políticas Públicas para o desenvolvimento econômico.** 2008. 163f. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, BR-SP, 2008.

NUSDEO, Fábio. **Abuso do poder econômico.** Enciclopédia Saraiva do Direito, v 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____.**Fundamentos para uma codificação de Direito Econômico.** São Paulo: RT. 1995.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES – OECD. **Global Forum on Competition.** The Failing Firm Defense. 10-Ago-2009. (Series Roundtables on Competition Policy). Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf > Acesso em: 12 mai. 2016. (a)

_____. **Global Forum on Competition.** Crisis Cartels. 18-Oct-2011. (Series Roundtables on Competition Policy). Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf> Acesso em: 12 mai. 2016. (b)

ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito Antitruste e Crise: Perspectivas para a realidade Brasileira.** 2013. 306f. Dissertação (Mestrado). USP: Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

TAYLOR, Jason E. **Cartel code attributes and cartel performance: an industry-level analysis of the National Industrial Recovery Act**. 2007. Disponível em: <https://ideas.repec.org/a/ucp/jlawec/v50y2007p597-624.html> Acesso em: 12 mai. 2016.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** 3. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

WILIAMSON, Oliver E. **Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust. Coleção Economía Contemporánea**. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

_____. **As Instituições Econômicas do Capitalismo**. São Paulo: Pezco Editora. 2011.