

Da defesa da concorrência

Karin Grau-Kuntz*

I. Da defesa da concorrência

1. Concorrência pressupõe a existência de duas ou mais pessoas --- concorrentes --- almejando um objetivo comum. É, portanto, um fenômeno natural, antropológico, exprimido nas mais diversas ocasiões. O objeto do presente estudo é a concorrência manifestada nas relações econômicas.

A expressão concorrência é utilizada no âmbito econômico para expressar diferentes conteúdos. Ora expressa a concorrência entre *bens* distintos, mas substituíveis entre si; ora é utilizada no sentido dos *efeitos* do aumento de alternativas no mercado; e, por fim, para expressar o *comportamento* dos agentes econômicos no mercado¹.

É neste último sentido que passamos a empregar a expressão concorrência, ou seja, como *comportamento dos agentes econômicos em um determinado mercado, visando a promoção de sua própria empresa (atividade econômica) e, especialmente, o lucro.*

2. A noção de concorrência, no sentido da economia moderna, é relativamente recente. Foi somente após o triunfo do liberalismo que as normas reguladoras da concorrência passaram a ter como finalidade a *ordenação econômica* do mercado capitalista e, portanto, conotadas de sentido técnico-econômico como hoje a compreendemos².

O Estado liberal, por sua vez, defendia uma ordem econômica livre de qualquer interferência estatal; o *meio de coordenação* das relações econômicas seria exercido pela livre concorrência. Ao Estado caberia apenas a função de garantir a propriedade privada e a segurança pessoal. É este o berço das ideias de *Adam Smith*.

* Doutora e Mestre em direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, Munique, Alemanha.

¹ Vide *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, pág. 16 ss.

² Lembremos, por exemplo, das severas normas de repressão à concorrência desleal das corporações de ofício: estas não tinham por fim a ordenação econômica do mercado, mas a expansão do seu comércio.

As imperfeições do liberalismo, expressas nos comportamentos desleais e na criação de monopólios que punham em risco a própria existência da concorrência, nas crises econômicas e na incapacidade de auto-regulamentação dos mercados, obrigaram o Estado a interferir na ordem econômica criando regras que garantissem a própria existência da concorrência. Em outras palavras: criando regras que garantissem a própria existência do mercado capitalista. As regras que regulam a concorrência despontam, neste momento, com a finalidade precípua de *organização do mercado*; são, assim, um *instrumento de garantia do mercado capitalista*.

Posteriormente, as crises econômicas do período pós primeira grande guerra vêm exigir que o Estado intervenha na economia impulsionando-a, dirigindo-a. É neste momento que nasce o direito econômico, o conjunto de preceitos dos quais o Estado se vale para realizar a sua política econômica pública.

As normas que regulam a *liberdade* de concorrência acompanham as transformações econômicas: passam a servir não mais apenas como instrumento de garantia do capitalismo, mas, valendo-se da expressão de *Forgioni*³, como *instrumento de implementação de política econômica pública*.

Também as normas voltadas a coibir a *concorrência desleal* acompanham as transformações econômicas: neste período começa a ser superada a tendência de ver no interesse do concorrente unitariamente considerado o bem jurídico protegido pelas normas de concorrência desleal. O interesse geral passa a ser considerado.

3. Compreendida a instrumentalidade econômica das normas de defesa da concorrência resta evidente sua vinculação à realidade econômica e ao momento histórico a que serve como instrumento. Assim é que um conceito universal de concorrência, como aquele fornecido pelas teorias econômicas, terá valor no sentido de fornecer elementos para a compreensão da realidade que comporta o instrumento; o estudo das normas de concorrência deverá ser feito, porém, a partir das peculiaridades sociais, econômicas e históricas de cada ordenamento jurídico.

Neste sentido ensina *Nusdeo*:

³ Cf. *Forgioni*, Paula A., Os fundamentos do antitruste, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1988, p. 30.

a tutela da concorrência e a repressão aos abusos de poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o 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 as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos.⁴

Feita esta ressalva, passamos à uma breve análise das teorias econômicas.

4. A ideia principal do liberalismo clássico repousa na autonomia e liberdade individual. Partindo do princípio de que cada um conhece melhor seus interesses e pode persegui-los, os representantes do liberalismo clássico defendiam a liberdade de decisão na aplicação dos fatores de produção e a soberania dos consumidores. Assim, é livre a cada indivíduo dispor de sua força de trabalho, de seu capital ou propriedade, da maneira que mais lhe aprouver. Os consumidores também são livres para consumir os bens que desejarem, na quantidade que mais lhe aprouver (até o ponto que a sua receita permita).

A importância emprestada ao individualismo pode ser explicada pelas ideias antropocêntricas que dominavam à época, isto é, o homem era tomado como a medida das coisas⁵. Entende-se o indivíduo como um ser dotado de bom senso, que age racionalmente e tem, por isso, um direito natural à liberdade. A livre iniciativa desponta aqui não apenas como postulado econômico, mas como postulado natural. No âmbito econômico o direito à liberdade encontrou a sua maior expressão na economia de mercado livre, caracterizada pela concorrência ilimitada e auto-regulamentação do mercado.

⁴ *Nusdeo*, Fábio, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, Vol.2, Saraiva, São Paulo, 1977.

A ideia de auto-regulamentação da economia pode ser explicada da seguinte forma: na economia de mercado livre os agentes econômicos concorrem livremente e se esforçam em conquistar a preferência do consumidor. A preferência do consumidor, por sua vez, é oscilante. Os agentes econômicos que não se orientam pelas preferências dos consumidores perderão o seu lugar no mercado. A realização do interesse próprio, força motor da economia de mercado, será, deste modo, sempre aplicada em conformidade com os interesses gerais da sociedade. Ou seja, cabe a concorrência o papel de harmonizar a liberdade econômica de cada particular com os interesses gerais da sociedade.

O preço ideal seria aquele resultante da relação entre oferta e procura do produto, livre de qualquer interferência estatal. A concorrência ampla e livre influenciaria também a qualidade dos produtos: ganham o mercado aqueles com melhores preços e qualidades.

Note-se que o liberalismo econômico, como até aqui exposto, em sua forma pura e absoluta, é um modelo de pensamento, uma forma econômica “ideal” (ideal no sentido de imaginário). *Grau*⁶ observa que o princípio da liberdade de iniciativa econômica teve na França as suas origens, respectivamente no édito de Tugot, de 9 de fevereiro de 1776, vindo a ser repetido no posterior decreto d’Allarde, de 1791. O artigo 7 deste último determinava que, a partir de 1 de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, desde que ela se munisse previamente de uma “patente” (imposto direto), pagasse as taxas exigíveis e se sujeitasse aos regulamentos de polícia aplicáveis. No que toca o princípio da liberdade de iniciativa econômica diz o autor:

Percebe-se desde logo nestas condições que, no princípio da liberdade de iniciativa econômica, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à economia privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando

⁵ As idéias antropocêntricas, que haviam sido desenvolvidas na antiguidade, foram aproveitadas em parte pelo iluminismo e pelo neohumanismo do século XVIII e desenvolveram-se livremente no século XIX. Esta tendência vem bem expressa, por exemplo, nas obras de *Feuerbach*.

o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

Se o Estado “inteiramente omissivo” nunca existiu, o fato é que os princípios do liberalismo que orientavam as relações econômicas à época criaram diversas distorções. Os mercados não lograram se auto-regulamentar gerando elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns --- isto é, criando monopólios --- o que poria em perigo a própria existência da concorrência. Além disso, o monopolista encontra-se em condições de não só eliminar os concorrentes, mas também de exigir os preços que bem desejar, conferindo a si mesmo altos lucros a serem pagos pelos consumidores. A distribuição desigual de receitas e riquezas gerou grandes crises sociais, o conflito capital *versus* trabalho tomou grandes proporções, o clima que se apresentou foi, então, de insatisfação.

A experiência do liberalismo demonstrou que o modelo da economia de mercado necessita de regras, mesmo que mínimas, que garantam o seu funcionamento ou, em outras palavras, que garantam o funcionamento da livre concorrência. Estas regras, note-se, têm por fim apenas a correção do sistema, preservando o espírito do liberalismo econômico.

A este respeito e mais uma vez a lição de *Grau*:

o modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis antitruste, que preservaram as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios.⁷

⁶ *Grau*, Eros, A ordem econômica na constituição de 1988, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pág. 225.

⁷ *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 16. Neste sentido também *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 64.

A teoria clássica dos preços partiu da noção de *concorrência perfeita*, em oposição à de monopólio perfeito. Quatro requisitos a caracterizam: a presença de um grande número de parceiros econômicos de tamanho semelhante ofertando e procurando, de bens homogêneos a serem oferecidos (bens equivalentes entre si), de um preço unitário e de um mercado aberto a todos. Nestas circunstâncias não há formação de poder econômico: a relação entre oferta e procura é equilibrada e todos têm de a ela se adaptar. A concorrência é atomista, estática.

Este modelo vai, porém, de encontro à realidade: a concorrência real é dinâmica, e não um sistema estático de condições, de requisitos invariáveis. A concorrência real é, na verdade, imperfeita.

Na realidade a concorrência apresenta elementos monopolísticos e competitivos; do grau de combinação destes dois elementos resultam diferentes estruturas de mercado⁸.

A verificação destas imperfeições não significa que se tenha aberto mão do *ideal* “concorrência perfeita”. As legislações que pretendem proteger a concorrência têm como propulsor exatamente a superação destas imperfeições.

Nos Estados Unidos da América, diante da verificação da necessidade de normas protetoras da concorrência, já que provada a sua incapacidade de auto-regulação, ocupou-se o legislador de promulgar leis⁹ que, partindo da noção da concorrência perfeita, visavam regular o mercado corrigindo as distorções da acumulação de capital.

Naquele país Clark¹⁰ observou que, apesar da ausência de *concorrência perfeita* na realidade, o sistema imperfeito “conseguiu de algum modo atingir um estado de crescente produtividade que o colocou no primeiro plano das economias mundiais, difundindo os benefícios de renda real crescente entre a população em grau jamais sonhado”. Em outras palavras, a concorrência imperfeita não causa danos a longo prazo. Assim, a eliminação de elementos imperfeitos não leva necessariamente a bons resultados

⁸ Veja Köhler/Bornkamm, ob.cit., p. 22.

⁹ A concentração da economia nos Estados Unidos e principalmente o descontentamento do setor agrário naquele país levaram à promulgação, em 1890, do *Sherman Act*. Este diploma era muito vago: não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas; não definia se para a configuração do ilícito bastariam os atos encadeados tendentes a formar o monopólio ou se a existência de monopólio era suficiente. Em 1914 surge o *Clayton Act* exemplificando e condenando algumas práticas restritivas da concorrência e cria-se a *Federal Trade Commission Act* (1914), posteriormente emendada pela *Robinson-Patman Act*.

¹⁰ Clark, John M., A concorrência como processo dinâmico, *apud Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.155.

econômicos mas, pelo contrário, o desenvolvimento pode ser incentivado pelo monopólio. Aqui está expressa a ideia da chamada, por Clark, de *workable competition* (concorrência viável).

A ideia de concorrência viável penetrou na chamada “Escola de Harvard”. Seus representantes sustentaram a proteção da concorrência como um valor em si mesma. As concentrações excessivas de poder devem ser evitadas e o número de agente no mercado deve ser preservado. Esta multiplicidade igualitária de agentes econômicos evitaria a disfunção no mercado (daí a frase *small is beautiful*). A Escola de Harvard praticamente desaparece nos anos 70, predominando as noções desenvolvidas pela Escola de Chicago.

Também partindo da verificação de que as imperfeições no mercado não são tão nocivas, os seguidores da Escola de Chicago afirmam que a *eficiência* alocativa, ou seja, a habilidade de produzir a custos menores, se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Admite-se a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, se voltadas à maximização da eficiência alocativa.

Diminuindo-se o custo diminui-se o preço; o consumidor, por sua vez, colherá as vantagens. A proteção do bem-estar do consumidor é erguida a princípio norteador do direito antitruste (claro que partindo do pressuposto de que o monopolista dividirá os seus lucros com o consumidor, baixando o preço na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido), princípio que pode ser oposto aos demais objetivos do antitruste¹¹.

*Salomão Filho*¹² ilustra argumentando que a proteção exclusiva da concorrência pode levar, às vezes, a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia vir a ser benéfica aos consumidores. O mesmo no pensamento inverso, a preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômico sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos

¹¹ Em sua origem (*Sherman Act*) a legislação americana baseava-se na noção de concorrência perfeita e tendia à proibição absoluta daquelas convenções destinadas a restringir a concorrência e os monopólios. Partindo das idéias propostas pela escola de Chicago esta orientação foi perdendo vigor com o tempo. Foi então adotada a regra de razoabilidade (*rule of reason*) para a valoração da nocividade da concentração de poder no mercado tendo por escopo a noção de eficiência.

¹² Salomão Filho, Calixto, Direito Concorrencial: as estruturas, Malheiros Editores, 1998, p.20-21

concorrentes. Ou seja, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência podem indicar direções opostas¹³.

Por sua vez a teoria ordo-liberal, produto dos estudos, nos anos 30, de um grupo de professores da Universidade de Freiburg, Alemanha, parte da noção de *economia de mercado em concorrência perfeita*. Para os ordo-liberais a liberdade de concorrência exerce a função econômica e política daquele modelo de mercado. A liberdade de iniciativa econômica tem como base jurídica a propriedade dos meios de produção e a liberdade de contratação; o direito à propriedade e o direito das obrigações apresentam valor organizativo fundamental.

Nas palavras de Böhm¹⁴ este modelo econômico se caracteriza da seguinte forma: os integrantes do mercado são, na verdade, impotentes --- no sentido de que sejam completamente incapazes de influenciar conscientemente o destino de um outro agente no mercado através de seu comportamento econômico isolado --- e independentes --- ou seja, seus próprios destinos são livres de influências geradas pela ação ou omissão de outros integrantes do mercado.

Ao Estado caberia a função de criador de condições para que as garantias de autocoordenação e autocontrole se efetivem. Valendo-se de metáfora usada pelo próprio Böhm: os ordo-liberais buscavam, na falta da mencionada “impotência” dos integrantes do mercado, compensar a ausência da mão invisível da concorrência pela mão visível do Estado.

Note-se, porém, que a liberdade econômica apregoada pelos ordo-liberais não se confunde com aquela apregoada pelo liberalismo. Os ordo-liberais defendem que a liberdade econômica e de concorrência deve ser protegida apenas pela sua *utilidade social*. Esta utilidade, por sua vez, será garantida pelo mecanismo de preço do mercado, cuja tarefa consiste em transformar o interesse do lucro dos produtores privados em um motor de comportamento individual economicamente útil à sociedade. A liberdade tem, em outras palavras, de se justificar socialmente.

¹³ Salomão Filho, Calixto, ob.cit., p. 19, nota 5, lembra ser importante observar, no entanto, que, apesar de ainda predominante em matéria de controle de estruturas, a escola de Chicago sofre hoje importantes críticas doutrinárias tratando-se de disciplina de comportamentos. Nesse campo ela é, na realidade, considerada superada, chegando-se a falar em uma era ‘pró-Chicago’.

¹⁴ Böhm, *apud Gotthold*, Jürgen, *Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie: Kritische Bemerkungen zur neo-liberalen Theorie der Wettbewerbspolitik*, in ZHR 145 (1981) p. 301.

De acordo com *v. Hayek*¹⁵ a concorrência é um processo de descoberta de fatos que, sem a sua existência, ficariam desconhecidos ou, pelo menos, não seriam aproveitados. A sua tarefa consiste, então, em coordenar os atos de todos os participantes do processo de mercado, produtores e consumidores, e, com isto, dar utilidade às informações espalhadas no mercado¹⁶. As escolhas serão feitas com base nelas. A formação de poder econômico tem efeitos nocivos sobre o processo de descoberta, pois elimina (ou diminui) a pluralidade dos participantes no mercado e dos produtos, limitando a liberdade de escolha dos produtores e dos consumidores.

Dada esta dinâmica, fica claro porque os ordo-liberais defendem não ser possível admitir ao direito concorrencial qualquer objetivo econômico predeterminado, como eficiência, por exemplo¹⁷.

Resumidamente: a primeira corrente analisada vê na concorrência instrumento para atingir determinado objetivo político-econômico. Para tanto será legítimo até mesmo limitar a liberdade de concorrência. Assim, diante da constatação de poder econômico no mercado, deverá ser feita uma valoração de sua eficiência. Só o poder econômico não eficiente é proibido.

A segunda corrente analisada vê na liberdade de concorrência, e na sua proteção, a norma máxima da política concorrencial. Apresentada concentração de poder no mercado a decisão de sua proibição, ou não, será feita com base na avaliação das possíveis barreiras criadas para a entrada de outros competidores no mercado: só a multiplicidade de concorrentes e de produtos viabiliza o “processo de escolha.”

5. Uma ordem jurídica que tenha na concorrência o princípio organizador dos acontecimentos no mercado deve, por um lado, garantir a possibilidade a todos os agentes econômicos de livre acesso ao mercado e, por outro, impedir as limitações à liberdade de ação no mercado.

¹⁵ *v. Hayek*, *Wirtschaftstheorie und Wissen* (Vortrag 1936), ap. *Lehmann*, Michael, *Das Prinzip Wettbewerb*, in *Juristische Zeitung*, 90, p. 63

¹⁶ As informações sobre o preço, por exemplo, são importantes, uma vez que ele é índice da escassez do produto no mercado.

¹⁷ Nas palavras de *v. Hayek*, *Wirtschaftstheorie und Wissen* (Vortrag 1936), ap. *Lehmann*, Michael, ob. cit., p. 63: “...no esporte e nas provas, para a poesia e ainda, não por fim, para a ciência, seria obviamente sem sentido organizar uma competição se nós já soubéssemos por antecedência quem seria o vencedor. Com isto quero encarar a concorrência de forma sistemática, como o título desta palestra expressa, como um processo de descoberta de fatos que sem a sua existência ficariam desconhecidos ou, pelo menos, sem utilidade.”

A concorrência é livre quando --- pelo menos em tese ---- a cada um é garantida a chance de poder entrar no mercado como novo agente econômico e poder levar a cabo as suas decisões de acordo com suas próprias convicções.

As leis antitrustes ocupam-se com a liberdade da concorrência, enquanto que as normas sobre concorrência desleal se ocupam da qualidade da concorrência. Ambas, *liberdade* e *qualidade* pressupõe, necessariamente, *existência* da concorrência: daí afirmar que a proteção à concorrência se procede por duas vias.

6. As leis antitruste e as normas de repressão à concorrência desleal ainda apresentam outro importante ponto em comum: ambas têm por fundamento um conceito unitário de concorrência, vinculado à noção de previsibilidade de comportamento dos agentes econômicos.

No que toca a noção de comportamento previsível o STF assim se manifestou na ADIn nº 3.512/DF, no voto condutor do então Ministro Eros Grau:

O mercado (...) é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado.”

As normas que regulam a concorrência econômica não proíbem a eliminação, ou o prejuízo, do concorrente se alcançados por meio de prestações previsíveis. O capitalismo pressupõe a “luta” entre os concorrentes --- “vencem” no mercado os mais competentes --- porém, desde que esta “luta” não venha a por em risco a sua própria estrutura (e neste sentido o capitalismo é um “jogo”, um conflito que tem como regra primordial a preservação dos adversários pois, exterminados estes, desaparece a possibilidade de

jogar¹⁸). Por isso é que são reprimidas aquelas vantagens sobre concorrentes alcançadas por meios contrários aos princípios de funcionamento do mercado. Deste modo as normas sobre concorrência --- as que se ocupam com a proteção da *liberdade*, isto é, as antitruste, bem como aquelas que têm por objeto a *qualidade* da concorrência, isto é, as de repressão à concorrência desleal --- ao preservarem as estruturas do mercado funcionam como viabilizadoras do capitalismo.

7. O ponto de partida das leis antitruste são as medidas e condições artificiais que limitam a *liberdade* de concorrência no mercado. A sua manifestação no mercado permite que sirvam não só como normas de proteção à existência da concorrência, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas. São, assim, normas de caráter político-econômico.

Já o ponto de partida das leis que reprimem a concorrência desleal vem expresso nas condutas de cunho ético dos agentes econômicos, condutas estas que afetam as relações *microeconômicas*. Apesar de dotadas de caráter econômico são, no que diz respeito às características político-econômicas, neutras.

A proteção pela concorrência desleal pode muitas vezes não coincidir com a proteção da liberdade da concorrência, como a seguir ilustraremos, mas *sempre implicará na proteção da existência da concorrência*.

8. Um comportamento concorrencial proibido por lei não é livre. A liberdade de concorrência somente é instituída pela ordem jurídica nos limites do comportamento ético permitido. A liberdade garantida pela lei é somente aquela qualificada como ética (leal).

Surge aqui um ponto de atrito entre liberdade e lealdade de concorrência. Quanto maior a liberdade da concorrência, menos restritos apresentar-se-ão os atos entendidos como desleais; por outro lado, quanto maior o espectro de atos entendidos como desleais, menor será a liberdade de concorrência.

¹⁸ Vide *Grau*, Eros Roberto, Direito conceitos e normas jurídicas, São Paulo:Editora Revista dos Tribunais,1988, p. 13.

Por mais que legítimas, as normas que protegem a lealdade na concorrência, não se pode negar seu potencial limitador da liberdade de concorrência. O grande desafio nesta matéria será harmonizar os princípios da lealdade e da liberdade.

Ao contrário das regras jurídicas, o conflito entre princípios jurídicos não implica na incompatibilidade entre ambos. Pelo contrário, ensina *Grau* valendo-se dos ensinamentos de Dworkin,

a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque – repito – em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer.¹⁹

Com relação ao procurado equilíbrio entre aqueles dois princípios assevera *Salomão Filho*²⁰ dever ser feita a consideração concreta da pluralidade dos interesses envolvidos no direito concorrencial. Isto significa”, em suas palavras

que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.²¹

¹⁹ *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 100.

²⁰ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit., p.64.

²¹ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit., p.64.

Alerta a seguir que “o fato do consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais *não o transforma em seu destinatário jurídico direto*. Muitas vezes é através da proteção da ‘instituição’ concorrência que o seu interesse será protegido”. (grifo nosso)

9. A experiência histórica ensina que a concorrência só será efetiva se defendida a liberdade e a lealdade. Para ilustrarmos passamos a abordar, brevemente, o desenvolvimento legislativo da proteção da concorrência na Alemanha.

Enquanto nos Estados Unidos da América a preocupação com a proibição dos cartéis despontava, na Alemanha procurava-se conciliar os monopólios e os cartéis com o recentemente introduzido (em 1869) princípio da livre iniciativa.

Na fase anterior à primeira grande guerra a Alemanha passou por uma fase de aquecimento das relações concorrenciais e acentuado desenvolvimento industrial. Como consequência a concorrência se intensificou, as práticas desleais tornaram-se corriqueiras. O Estado não proporcionou, por sua vez, qualquer proteção e a falta de normas que regulassem o comportamento concorrencial levaram os tribunais a entenderem como lícita qualquer prática não proibida por lei.

A partir dos anos setenta daquele século os agentes econômicos começaram a se organizar com o objetivo de evitar a concorrência predatória entre si. Aqui a origem de um processo de concentração do poder econômico. No ano de 1875 verificou-se a existência de 4 cartéis, em 1890 de 106 e, em 1905, de 385 cartéis com a participação de 12000 empresas²². A cartelização da economia na Alemanha tomou proporções tão grandes, que Möschel referiu-se à Alemanha daquela época como “país dos cartéis” (*Land der Kartelle*).

Em 1909 foi promulgada a Lei contra a concorrência desleal (*UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). O artigo primeiro desta lei continha uma *cláusula geral* onde todos os atos contrários aos padrões comerciais éticos são considerados desleais.

²² Pohl, Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussion im Verein für Socialpolitik, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert, Coing/Wilhelm, Band VI, 1979, S. 211, 215 apud Lehmann, ob.cit., p. 61.

Em 1923 foi promulgada uma tímida lei sobre cartéis, a *Kartellverordnung*, que além de não conter norma nenhuma contra a formação de cartéis ou agrupamentos --- portanto os reconhecendo! ---- só os sujeitava ao controle do Estado *se contrários ao interesse público*. Lembrando que a concentração do poder foi fundamental à ascensão do nazismo, não é de se estranhar que tal controle nunca tenha se realizado na prática.

A proteção da concorrência concentrou-se, assim, na proteção concedida pela *UWG*.

Em 1931 o *Reichsgericht* (Tribunal do Império), por exemplo, foi confrontado com o seguinte problema: um posto, que não fazia parte de um cartel de gasolina, reduziu seu preço de venda do combustível, vendendo mais barato do que os membros do cartel. O cartel, por sua vez, reagiu abaixando também seus preços. O vendedor de gasolina reduziu, mais uma vez, seus preços. O cartel reagiu novamente baixando o preço somente para a região onde estava situado o concorrente e instruindo seus membros a cobrirem qualquer oferta daquele pequeno empresário. Deste modo pretendia-se ou arruinar o pequeno comerciante ou forçá-lo a integrar o cartel. Um típico caso a ser resolvido por leis que regulem a liberdade de concorrência.

A Alemanha não tinha, porém, legislação eficiente que combatesse a formação de cartéis (lembre-se que a *Kartellverordnung* era um instrumento jurídico inócuo). O *Reichsgericht* solucionou a questão valendo-se das noções de *concorrência de prestação* e *concorrência de aniquilamento*. Partindo da máxima de que a concorrência só é permitida se praticada através de atos que expressem uma contribuição “positiva” (leal) para o mercado pôde, o mencionado Tribunal, lançar mão da cláusula geral da *UWG*, proibindo o cartel baixar seus preços: o comportamento do cartel era ilícito por que visava eliminar o pequeno comerciante não por meio do emprego de esforços construtivos, mas por meio de atos que apenas objetivavam a aniquilação e o prejuízo do concorrente, ou seja, atos que poriam em risco a própria estrutura do mercado.

A decisão naquele caso foi, sem dúvida, engenhosa. Porém, na verdade, a cláusula geral do *UWG* não tinha como objetivo e não era suficiente para impedir a formação de cartéis.

Após a segunda guerra as forças de ocupação impuseram à Alemanha uma política de descartelização da indústria.

Em 1.1.1958, depois de mais de 7 anos de discussões, entrou em vigor a primeira lei contra limitações concorrenciais, a chamada “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*” (GWB), dispondo de um controle preventivo das concentrações e partindo da noção de abuso de poder econômico no mercado para distinguir entre bons e maus monopólios.

É possível que o aqui assinalado desenvolvimento histórico das legislações de proteção da concorrência explique a terminologia adotada pela doutrina alemã, que se refere à *concorrência em sentido amplo*, como sendo aquela que abrange, por um lado, as leis de proteção contra limitações concorrenciais e, por outro lado, a *concorrência em sentido estrito*, ou seja, aquela relativa à lealdade na concorrência.

II. Defesa da concorrência no Brasil

1. Iniciaremos o estudo da defesa da concorrência no Brasil com a referência ao modelo de exploração econômica adotado na colonização dos trópicos: este modelo impregnou de tal forma a estrutura econômica do país, que não se pode cogitar analisar o fenômeno concorrência dentro desta ordem jurídica sem antes determinar este ponto de partida.

As colônias tropicais, diferentemente das temperadas, se caracterizaram pela exploração dos recursos naturais por elas oferecidos em proveito do comércio europeu. Nas palavras de *Caio Prado Júnior*,

se vamos à essência de nossa formação, veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, alguns outros gêneros; mais tarde, ouro e diamante; depois algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isto. É com tal objetivo, objetivo exterior, voltado para fora do país e sem atenção a considerações que não fossem o interesse daquele comércio, que se organizarão a sociedade e a economia brasileiras. Tudo se disporá naquele sentido: a estrutura social, bem como as atividades do país. Virá o branco europeu para especular, realizar um negócio; inverterá seus cabedais e recrutará mão-de-obra de que precisa: indígenas ou negros importados. Com tais elementos,

articulados numa organização puramente produtora, mercantil, constituir-se-á a colônia brasileira.²³

A política fiscalista exercida pela metrópole vem complementar este quadro: as restrições econômicas e opressão administrativa abafam as tentativas de desenvolvimento industrial do país²⁴.

Neste quadro, a única manifestação significativa de concorrência ocorre entre os grandes latifundiários. A única forma existente, e desde o início combatida, de concorrência desleal era o aliciamento rural, punido no Livro IV, Tit. 30, das Ordenações do Reino. Com a abolição da escravidão o problema se agravou. O Código Penal de 1890 previu, em seu artigo 205, pena de prisão e multa àquele que desviasse “operários ou trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas.” Durante a elaboração do Código Civil de 1916 o tema foi pauta em inúmeras discussões, consolidadas, por fim, nos artigos 1.230 --- que instituiu a obrigação do locatário agrícola de fornecer um atestado ao locador atestando que a obrigação contratual estaria finda --- e 1.235 --- que previa multa para o aliciamento de “pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas”.

A preocupação com o aliciamento rural vem bem explicada no comentário de João Luiz Alves²⁵, que transcrevemos:

a defeituosa organização do trabalho rural, sobretudo na época das colheitas, em que o braço se torna mais procurado, permitindo a alliciação de trabalhadores, que abandonam o locatario no momento em que seus serviços mais necessarios se tornam, estava exigindo um conjunto de medidas que, assegurando e protegendo os direitos do locador, amparasse também os legitimos interesses do locatario.

²³ Prado Júnior, Caio, *História Econômica do Brasil*, São Paulo: Editora Brasiliense, 42ª ed., 1995, p. 22 e 23.

²⁴ Pensemos, a título de exemplo, no monopólio do sal, na proibição do cultivo da oliveira, da vinha, da especiarias, do mel, da proibição das atividades de ourives...

²⁵ Apud *Carvalho Santos*, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. XVII, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p.308.

Colocando em risco a plantação e a colheita, o aliciamento rural colocava em risco a integridade da empresa agrícola e, com isto, a própria base da economia nacional²⁶. A instrumentalidade das normas que defendem a concorrência aparece bem clara neste episódio²⁷.

2. Retornando ao relato histórico, com a mudança de D. João VI para o Brasil é iniciada a implementação de uma política econômica, já que a corte tinha lá as suas necessidades de consumo, que acabou por incentivar o desenvolvimento do país. O sabor desta aceleração econômica foi inclusive, posteriormente, a força motriz da independência política do Brasil.

Inicialmente a abertura dos portos ao livre comércio exterior em 1808 e as baixas taxas alfandegárias permitiram que produtos estrangeiros, de melhor qualidade, mais variados e mais baratos do que os nacionais, entrassem no mercado aniquilando a pequena indústria artesanal existente na então colônia.

A partir de 1844 as taxas alfandegárias vão sendo, paulatinamente, elevadas. A produção local do algodão vai criando condições para o surgimento de atividade industrial no setor têxtil.

Esta tendência de industrialização se mantém durante toda a República Velha; o desenvolvimento brasileiro dependerá cada vez mais das atividades urbanas. A indústria de juta, por exemplo, era uma das mais importantes do país à época, uma vez que a produção de café era acondicionada em sacos produzidos por esta fibra.

O governo continuava, porém, nas mãos dos fazendeiros que privilegiavam a atividade agricultora à indústria, encontrando oposição na ascendente classe industrial, clamante por uma política voltada ao desenvolvimento industrial.

As consequências da primeira grande guerra no mercado internacional vêm, nas décadas de 1910 e 1920, estimular ainda mais este processo industrial.

²⁶ É por isso que *Queiroz*, Manoel Elpidio P. de, in *Revista dos Tribunais*, 34, 1920, p. 159, nas conclusões de seu arrazoado perante a 1ª Vara Cível do Comércio de São Paulo, argumenta, “portanto, insophismavel que, para serem applicados em casos como o deste autos, cuja gravidade assume proporção fóra do commum, *pois que não se trata do alliciamento duma só familia de colonos, mas de oito ao mesmo tempo (!!!)* foi que se crearam as disposições radicaes do Cod. Civil, citados no libello e sobre as quaes bordamos descoloridos commentarios, no inico destas razões.” (Itálico nosso).

²⁷ Note-se que o Código Penal de 1940 passa a prever o aliciamento de trabalhadores “ com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional”. A preocupação econômica que se coloca é outra.

A trama que envolveu um julgado de 1911, que teve por objeto a questão de cessão de clientela, é extremamente curiosa.

A pouco mencionamos que a indústria de juta ocupava no final do século retrasado posição econômica importante. *Caio Prado Júnior*²⁸ lembra o nome do pioneiro da indústria da juta, o Conde Antônio Álvares Penteado, que instalou a sua primeira fábrica em 1892, com capital formado na exploração de fazenda de café. O autor assinala a importância deste detalhe como forma de ilustrar a maneira como se financiou, em boa parte, o início da indústria paulista.

Este mesmo fazendeiro e industrial alienou ao Sr. Jorge Street sua fábrica de exploração de juta, a Fábrica Santa Anna. Alguns meses depois o Conde fundou, no mesmo bairro daquela sua antiga fábrica, agora chamada de Cia. Nacional de Tecidos de Juta, outra grande fábrica para a fiação e tecelagem de juta, a Cia. Paulista de Aniagens. Diante de rumores que o Conde pretendia vender ou transferir para o nome de terceiro aquela fábrica que acabara de construir, protestou o Sr. Jorge Street, argumentando que com a Cia. Paulista de Aniagens o réu teria retirado os bens incorpóreos com que havia entrado para a formação do capital da fábrica vendida --- a clientela. Em outras palavras, a questão consistia em saber se o vendedor de uma empresa, na falta de estipulação contratual que o proibisse, poderia tornar a se restabelecer com o mesmo gênero de comércio, ou indústria, desviando para si a clientela que implicitamente transferira ao comprador com a alienação do negócio.

Não bastasse o calibre dos advogados das partes --- J.X. Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa (na segunda instância) --- a questão torna-se mais interessante pela acusação do advogado do Conde na 1ª instância, José Ulpiano, publicada no jornal *O Estado de São Paulo* de 19.11.1911, de que o Sr. Jorge Street pretendia formar um *trust* para monopolizar a indústria de tecido de juta²⁹.

A decisão proferida na primeira instância entendeu pela aplicação da obrigação de garantia disposta nos artigos 209, 214 e 215 do Código Comercial, condenando o réu em perdas e danos. A decisão proferida em segunda instância veio, porém, modificá-la. Note-se que esta última foi muito peculiar aos acontecimentos

²⁸ *Prado Júnior*, Caio, ob.cit. p.261, nota 86.

²⁹ Os limites deste ensaio nos impedem de transcrever as acusações do artigo e de nos aprofundarmos nos detalhes da ação. Para aqueles que queiram mais informações sobre esta famosa causa *Silveira*, Newton, Limites Convencionais à

que se sucederam à decisão em primeira instância (o réu veio a falecer criando um problema de co-responsabilidade do Espólio), vindo ser superada pela esmagadora maioria dos acórdãos subsequentes, que entendem válida a cláusula restritiva³⁰.

A quase totalidade da jurisprudência da primeira metade do século passado sobre concorrência desleal versou sobre o problema da cessão de clientela. Se, por um lado, o crescimento dos centros urbanos justifica o acirramento da competição entre os agentes econômicos, por outro entendia-se ser a *clientela* o bem tutelado pelos ilícitos da concorrência desleal³¹.

Apesar deste ponto de vista estar superado, percebemos ainda hoje seus resquícios na jurisprudência brasileira, que persiste em afirmar a legalidade da cláusula de não restabelecimento do sócio retirante, com base na necessidade de preservar o *good will* da empresa, deixando de proceder, como lembra *Salomão Filho*³², a necessária análise do efeito provável deste tipo de proibição sobre aquele mercado específico.

3. As revisões de Bruxelas (1900), Washington (1911) e Haia (1925) trataram de trazer a concorrência desleal para o bojo da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, que havia sido fundada em 1883 e promulgada no Brasil pelo Decreto 9.233, de 28.06.1884. Foi a primeira vez que disposições sobre concorrência desleal apareceram em um diploma voltado à proteção da propriedade industrial. A adoção desta sistematização pode ser explicada e justificada.

No fim do século XIX a França já contava com uma desenvolvida jurisprudência a respeito da “*action en concurrence déloyale*”: naquele país a proteção contra os atos de concorrência desleal era, e ainda o é, realizada através das figuras da responsabilidade civil e do abuso do direito; as suas bases são criação jurisprudencial.

Diante deste estágio desenvolvido de proteção e da preocupação de ter os seus nacionais também protegidos no estrangeiro, os representantes da França tentaram trazer ao bojo da Convenção uma cláusula

Concorrência, in Revista de Direito Mercantil, Julho-Setembro/1981, p. 47-58, oferece a transcrição do mencionado artigo e as indicações bibliográficas necessárias. Vide também Revista dos Tribunais, 6, 1913, p. 239.

³⁰ Vide por exemplo Ac. 7.038 de 21.08.1914, in: Revista dos Tribunais, 11, 1914, p. 69-70; Ac. Da 1ª Vara Cível de São Paulo, de 15.08.22, in: Revista dos Tribunais, 43, 1922, p. 491-493; Ac. 15.626, de 12.12.28, in: Revista dos Tribunais 69, 1929, p. 532-533; Ac. nº 22.399, de 17.02..37, in: Revista dos Tribunais 107, 1937, p. 571-572.

³¹ *Ascarelli*, Tullio, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 1957, p. 149, vê nesta orientação influência da doutrina alemã.

geral semelhante ao disposto no artigo 1.382 de seu Código Civil. A resistência dos países anglo-americanos, que se indispuseram com a ideia de uma cláusula geral, explica por que a revisão de Bruxelas (1900) introduziu apenas disposição pela qual os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal (art. 10 *bis*, §1).

Se por um lado o novo artigo 10 *bis* teve por mérito prever a proteção contra a concorrência desleal, não se mostrou eficiente naqueles países que, como o Brasil, ainda não concediam proteção aos seus nacionais contra atos de concorrência desleal. Assim sendo, a segunda revisão da Convenção, feita em Washington em 1911, inovou ao incluir a repressão à concorrência desleal no elenco dos objetos de proteção da propriedade industrial (art. 1, §2): em outras palavras, *na Convenção a repressão da concorrência desleal é considerada parte da propriedade industrial.*

*Henning-Bodewig*³³ nos lembra que a França, exatamente por ter uma construção jurisprudencial tão avançada nas questões sobre concorrência desleal, representava a força motriz no desenvolvimento do direito da concorrência do início do século XX. A autora sugere uma análise cuidadosa dos delitos coibidos naquele tempo pela “*action en concurrence déloyale*” e conclui que eram delitos, como por exemplo a diluição de marca, que poderiam, já à época, serem regulados com a mesma eficiência pela legislação que trata da proteção das marcas (atualmente é, inclusive, a lei de marcas quem deles se ocupa). A opção por trazer regras sobre concorrência desleal para o bojo de Convenção sobre propriedade industrial é, então, reflexo de um determinado estágio no desenvolvimento da matéria. Na verdade os direitos privativos industriais não se confundem com a proteção concedida pelas norma de concorrência: os primeiros têm por fim assegurar posições exclusivas nas relações de concorrência, os segundos têm por fim proteger através da lealdade a própria existência da concorrência.

Ainda a respeito do desenvolvimento das regras sobre concorrência desleal dentro da Convenção, a revisão de Haia de 1925 veio, finalmente, complementar o artigo 10 *bis* com uma cláusula geral (§2) e com

³² *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit., p.70, nota 81

³³ *Henning-Bodewig*, Frauke, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, in Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998/1999, p.25

a enunciação de hipóteses (§3), exprimindo um acordo entre as expectativas francesas e as anglo-americanas.

4. A crise econômica de outubro de 1929 e a Revolução de 1930 terminam com o sistema político adotado pela República Velha, abrindo novas perspectivas para uma ordem econômica e social.

Getúlio Vargas tomou posse como presidente da República em 1930 apresentando um programa de governo que seguia, basicamente, duas direções: sanar os males dos governos anteriores e implantar uma política desenvolvimentista. Inicia-se um período de intensificação de mecanismos de intervenção do Estado no domínio econômico, não só para minimizar as sérias consequências da crise de 1929, mas também na regulamentação do comportamento dos agentes econômicos.

Uma das primeiras medidas de centralização econômica de Vargas foi proibir que os Estados membros negociassem empréstimos externos sem autorização federal, extirpando, assim, uma das bases do sistema federalista adotado na República Velha de autonomia financeira dos Estados. Seguiu-se com a organização de instituições para intervir no setor agrícola do país, enfraquecendo o poder dos fazendeiros (a constante na vida econômica do país: o poder econômico dos monocultores). Altas taxas de importação foram adotadas agora com objetivo deliberado de protecionismo industrial. Para evitar a saída de moedas fortes do Brasil, típica reação em tempos de crise econômica, o governo de Vargas impõe um controle total sobre o câmbio.

Estas medidas protecionistas estimularam a indústria, por outro lado, porém, criaram condições para que a maior parte delas passasse a viver parasitariamente, “não conhecendo a luta pela conquista e alargamento de mercados que constituiu o grande estímulo das empresas capitalistas, e o responsável principal pelo progresso vertiginoso da indústria moderna.”³⁴

É nesta fase que é promulgado o Decreto 24.507, de 29 de junho de 1934, dispondo sobre propriedade industrial e concorrência desleal³⁵.

³⁴ Prado Junior, Caio, ob.cit. p. 262.

³⁵ O Decreto 22.989, de 26 de julho de 1933, autorizava na letra c de seu artigo 1º o diretor do Departamento Nacional de Propriedade Industrial a, na medida de suas atribuições, reprimir a concorrência desleal. Mas, como nota *Silva Pacheco*, José da, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, na rubrica sobre Desvio de Clientela, p. 89, “aquela autoridade só poderia se basear legalmente nos termos vagos e gerais do art. 10 bis da Convenção de Paris. Era pouco (...)”

De outra banda é na Constituição deste ano que a expressão “economia popular” aparece mencionada pela primeira vez.

Posteriormente, a Constituição de 1937, em seu artigo 141, referiu-se novamente à proteção da “economia popular”. Um ano depois, em 1938, o disposto no artigo 141 da Constituição foi regulado pelo Decreto-lei 869, de novembro de 1938.

Este Decreto-lei apresentava-se nitidamente, em muitos de seus aspectos, como uma lei antitruste³⁶. Por ter surgido com uma função constitucional definida de tutelar a economia popular, tutelava o consumidor “contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha”.³⁷

Sustentando-se no desenvolvimento histórico-econômico do Brasil *Forgioni*³⁸ vai mais além e conclui que “o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”. Nasce, assim, não apenas como instrumento para garantir o funcionamento básico do capitalismo, mas como instrumento de dirigismo econômico.

De acordo com *Shieber*³⁹, na falta de um órgão especializado com competência para executar os dispositivos do Decreto-lei 869, ele só se mostrou apto a corrigir algumas disfunções no campo dos preços, artifícios e fraudes contra os consumidores, não tendo maior aplicação no campo antitruste.

5. A preocupação com a proteção do consumidor não se deixa antever apenas no Decreto-lei de 1938, mas no já mencionado Decreto 24.507 de 1934, que tinha no concorrente e no consumidor os sujeitos ativos dos atos de concorrência desleal.

³⁶ A propósito as palavras do então ministro da Justiça, Sr. Francisco Campos (*Shieber*, Benjamin M., *Abusos do poder econômico - direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 4): “O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do país.”

³⁷ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit. p. 66. Também neste sentido *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 106.

³⁸ *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 106.

³⁹ *Shieber*, Benjamin M., ob.cit. , p. 6.

Lembrando que à época, como mencionamos anteriormente, prevalecia o entendimento de que o bem tutelado pelas normas de proteção à concorrência leal era a clientela do concorrente, parece claro que também o Decreto 24.507 de 1934 surge não só com aquela sua função econômica peculiar de garantia do capitalismo, mas também como instrumento de dirigismo econômico!

Esta situação *sui generis* persistirá por 6 anos. O Código Penal de 1940 revoga o mencionado Decreto; o consumidor não é mais mencionado.

6. O Decreto 24.507 de 1934 inaugurou a coibição da concorrência desleal por meio de ação penal.

Em 1930 defendia *Carvalho de Mendonça*⁴⁰ a escolha do caminho penal para a tutela da concorrência leal argumentando: “a repressão nessa matéria precisa ser especialmente de caráter penal, pois os atos provenientes da concorrência desleal ofendem quase sempre todos os negociantes do mesmo ramo de comércio, e, assim, torna-se impossível, a um ou a outro isoladamente, pedir a reparação do prejuízo causado.”⁴¹

Com a opção pela coibição penal da concorrência desleal, que se firmará também nos diplomas legais subsequentes, coloca-se patente o interesse público na proteção da *lealdade* (da qualidade) da concorrência como mecanismo voltado à defesa da concorrência, um fenômeno econômico. Assim, ao contrário daquilo que ainda hoje vem sendo repetido --- que o interesse imediatamente tutelado pela coibição dos atos desleais de concorrência é o concorrente (o interesse egoístico do agente econômico individualmente considerado) --- o bem tutelado pelos ilícitos de concorrência desleal é a própria concorrência.

Tomemos, por exemplo, o artigo 235 do Código Penal, que prevê o crime de bigamia, sistematizado sobre o Título “dos crimes contra o casamento”. É óbvio que o mencionado artigo não tem por objetivo, em primeira linha, a proteção da noiva, ou do noivo, ludibriado, mas antes o instituto do casamento. E mais, a concessão da proteção ao instituto do casamento não ocorre por razões acidentais, mas em razão da importância do casamento para o ordenamento social do país.

⁴⁰ *Carvalho de Mendonça, J.X.*, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. I, 6ª edição, Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 308, nota 8.

Por outro lado, é certo que a proteção penal ao instituto do casamento não elimina os direitos pessoais do noivo, ou da noiva, ludibriados. Em outras palavras, a proteção individual e institucional não conflitam entre si, pelo contrário, são simultâneas e harmoniosas.

Os preceitos sobre concorrência desleal pedem a mesma sistemática interpretativa.

7. A sistemática casuística adotada explica a revogação do Decreto de 1934. Ressentia-se, à época da falta de um dispositivo amplo que abrangesse a concorrência desleal em todas suas diversas manifestações. O inciso III do artigo 196 do Código Penal (atual inc. III do art. 195 da Lei 9.279/96), --- que configurava crime de concorrência desleal empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem --- veio, de acordo com a doutrina da época, suprir aquela falha.

A sistemática adotada pelo Código Penal de 1940, tipificando hipóteses consideradas como crime de concorrência desleal, parece ter a sua origem no direito português. Portugal foi o primeiro país do mundo, já em 1894, a adotar uma disciplina legislativa global sobre concorrência desleal e é o único país do mundo cujos preceitos reguladores da concorrência desleal são exclusivamente preceitos penais.

8. Em 1945 é promulgado o decreto-lei 7.666, de 22.06.45, conhecido como “Lei Malaia”, caracterizado especialmente como legislação “antitruste”.

O Decreto-lei 7.666 surge num clima nacionalista⁴¹, disciplina a matéria antitruste de modo sistemático, corrigindo o problema da diluição das normas referentes à repressão ao abuso de poder econômico, que se apresentavam esparsas, sem sistematização.

Este Decreto, que colocava nas mãos do Governo um instrumento apto a controlar a atividade do poder econômico no Brasil, foi revogado após a queda de Getúlio Vargas, não logrando nem três meses de vigência.

⁴¹ Criticando a sistemática penal escolhida vide *Gama Cerqueira*, João da, Tratado da Propriedade Industrial, volume 2, 2ª ed., São Paulo: RT, 1982, p.1.265.

⁴² *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.111, refere-se a Moniz Bandeira, que notícia que o Departamento de estado norte-americano interpretou a Lei Malaia como “um ato de nacionalismo econômico, que desencorajava a entrada de capitais estrangeiros no Brasil”.

A Constituição de 1946 mencionou, pela primeira vez expressamente, o princípio de repressão de abuso de poder econômico.

Em 1948 foi apresentado à Câmara Federal um projeto de lei que em suas linhas básicas reeditava o Decreto-lei de 1945. Catorze anos mais tarde, com algumas alterações, este projeto foi transformado na Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962.

De acordo com *Salomão Filho*⁴³, valendo-se das palavras do próprio Agamenon Magalhães, autor do projeto da referida lei, este diploma foi quase exclusivamente influenciado pela experiência americana, apenas adaptado às condições econômicas e políticas peculiares ao país. Aquele autor, considerando a pouca familiaridade do legislador brasileiro à época com conceitos econômicos jurídicos e com as necessidades de uma economia concorrencial, e considerando a própria forma casuística e assistemática típica do *Common Law* entende ser “razoável pressupor que o que ocorreu foi mais uma transposição de conceitos do que uma análise crítica e comparativa dos sistemas”.

Este quadro vem explicar as informações oferecidas mais uma vez por *Forgioni*⁴⁴, a respeito da eficácia do diploma: “ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência.”

9. Ainda em 1945 foi promulgado o primeiro Código de Propriedade Industrial⁴⁵ (CPI) que enumerava, no artigo 178, doze hipóteses de crime de concorrência desleal.

Seu parágrafo único previa a possibilidade do prejudicado de haver perdas e danos em ressarcimento por prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal, que não aqueles tipificados como crime.

Os subsequentes Códigos de Propriedade Industrial, de 1967 e 1969⁴⁶, nada dispuseram sobre concorrência desleal e revogaram todas as “disposições em contrário”: a matéria esteve assim, desde a

⁴³ *Salomão Filho*, Calixto, ob.cit. p.64.

⁴⁴ *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p.131.

⁴⁵ Decreto-lei 7.903, de 27.8.45.

revogação do do Código de 1945 pelo Código de 1967, até o início da vigência do Código de 1971, sem tratamento penal legislativo.⁴⁷

Este último, o CPI de 1971⁴⁸, declarou, por sua vez, continuarem em vigor as disposições sobre concorrência desleal do CPI de 1945. Estes artigos perduraram até a promulgação da Lei 9.279 de 14.05.1996, que trouxe para seu bojo os crimes de concorrência desleal, inovando ao acrescentar algumas novas hipóteses de crime de concorrência desleal.

A possibilidade do prejudicado de haver perdas e danos em ressarcimento por prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal, prevista no § único do CPI de 1945, continua expressa no artigo 209 da Lei 9.279/96.

10. A Constituição de 1988 afirma dever estar a ordem econômica fundada na livre iniciativa e refere-se à livre concorrência (no sentido de *liberdade de concorrência*)⁴⁹ como um dos princípios constitucionais⁵⁰. O princípio latente⁵¹ *da repressão aos abusos de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros*, disposto no artigo 173, § 4, surge como instrumento constitucional de garantia do sistema econômico escolhido pela Constituição: o capitalista.

11. Em 1990 Fernando Collor de Mello foi eleito presidente do Brasil. Uma de suas várias promessas de campanha foi a de modernização do país tomando por pauta as idéias neoliberais: prometia a abertura do mercado nacional à concorrência externa, facilitando a entrada de capitais e produtos estrangeiros no país e a liberalização da economia, reduzindo o a intervenção do Estado na economia.

A auto-regulamentação do mercado implícita na política econômica adotada por aquele governo reclamava, como sempre reclamou ao longo da história, normas corretivas que evitassem o processo

⁴⁶ Decreto-lei 254, de 28.02.1967 e Decreto-lei 1.005, de 21.10.1969.

⁴⁷ Vide artigo de *Villaça Azevedo*, Álvaro, Crime de concorrência desleal, in RT-498/1977, pp. 255-265.

⁴⁸ Lei 5.772, de 21.12.1971.

⁴⁹ Vide *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 230-231.

⁵⁰ *Grau*, Eros Roberto, ob. cit., p. 225-226, ensina que a liberdade de iniciativa econômica abarca a idéia de liberdade de comércio e indústria e a de liberdade de concorrência: a liberdade de concorrência é, assim, uma das facetas da liberdade de iniciativa econômica, sua menção no texto constitucional era desnecessária.

⁵¹ Vide *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 231.

autofágico da concorrência. Assim, da Medida Provisória 204, de 02 de agosto de 1990, nasceu a Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, voltada a superar as ineficiências da lei antitruste anterior (a já analisada, de 1962) e a viabilizar a política econômica que se objetivava implementar. A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 vem definir os crimes contra a ordem econômica.

As crises do Governo e a incapacidade de controle da inflação levaram a lei 8.158/91 a ser usada com fins populistas: nas palavras de *Forgioni*⁵² como “*um instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.*”

Houve um desvio na instrumentalidade político-econômica da lei: ao invés de agir viabilizando a política econômica que se propunha o governo realizar, a lei passou a ser usada como instrumento político de autopromoção ao servir para coibir os “lucros abusivos”.

No intuito de superar as suas imperfeições, que entre outros problemas revogava apenas em parte a Lei Antitruste de 1962, criando assim uma dualidade indesejável de legislações concorrenciais, foi promulgada, em 1994, a Lei 8.884, que sistematizou a matéria antitruste, e que, nas palavras de *Grau*⁵³, “trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista.*”

No dia 29 de maio de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.529, publicada em 30 de novembro de 2011, submetida, dada a sua relevância, a um *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias e que substituiu a Lei nº 8.884/1994. Essa lei “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”.

⁵² *Forgioni*, Paula A., ob.cit., p. 132.

⁵³ *Grau*, Eros Roberto, ob.cit., p. 233.