

# O ESTADO E A ECONOMIA DE MERCADO NA CONTEMPORANEIDADE

Amanda Flávio de Oliveira<sup>1</sup>

Sumário: 1) Introdução: Estado e economia de mercado. 2) A crise estadunidense de 2008. 3) Direito e economia de mercado na contemporaneidade. 4) Proteção do consumidor e crise econômica. 5) Proteção da livre concorrência e desafios contemporâneos. 6) Propriedade intelectual e a economia de mercado. 7) Breve relato sobre a disciplina do mercado no Brasil, atualmente. 8) Reflexão final. 9) Bibliografia.



## 1) INTRODUÇÃO: ESTADO E ECONOMIA DE MERCADO.

Não paira dúvidas entre economistas e juristas acerca da indissociável interação entre os fenômenos de que se ocupam a estudar. Por outro lado é igualmente reconhecida a resistência verificada nesses mesmos estudiosos em transpor os limites de suas próprias disciplinas, de forma a relativizar a autonomia do Direito e da Economia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutora em Direito Econômico pela UFMG. Professora dos cursos de graduação e pós graduação em Direito da UFMG. Ex- Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e ex-assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Advogada.

<sup>2</sup> Questionando a autonomia do Direito e anunciando uma nova perspectiva, vide POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, v.100, p.761-780, 1987.

De fato, se o Direito e a Economia pretendem compreender o comportamento humano, de forma a apenas conhecê-lo, explicá-lo, ou visando discipliná-lo, estimulando ou dissuadindo condutas, a verdade é que o fazem a partir de pressupostos e premissas aparentemente inconciliáveis. No entanto, é tempo de se reconhecer que, ao compreender a pessoa humana como ser racional, e que realiza decisões econômicas que pressupõem considerações de custo/benefício, a Economia pode e contribui sensivelmente para a ação do legislador e do intérprete das normas jurídicas. Assim, ao criar normas para disciplinar o comportamento humano, o legislador pode se valer de ferramenta essencial para a identificação de sanções, mesmo que premiaias, adequadas a atender a política pública ou a ordem constitucional vigente<sup>3</sup>. Por sua vez, o intérprete do Direito passa, utilizando-se de premissas econômicas, a se valer de um método apto a permitir a obtenção de resultados desejáveis para a consecução valores constitucionais.

É de se sublinhar, entretanto, que uma interação real entre as duas disciplinas enfrenta dificuldades conceituais e de premissas reais. Uma dessas dificuldades reside em suas diferentes abordagens do fator “tempo”: o Direito, em suas bases, apresenta uma tendência reconhecidamente estabilizadora, ao prestigiar e consagrar o princípio da segurança jurídica; ao passo que o caráter essencialmente dinâmico dos fatos econômicos pautam o desenvolvimento de uma disciplina que seja sensível a esse aspecto. Nesse sentido é que se desenvolveu as bases de um Direito Econômico, disciplina jurídica que apresenta, dentre suas características principais, a maleabilidade e a flexibilidade de suas normas, para que se tornem aptas a disciplinar fatos dinâmicos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre a importância das sanções premiaias para o Direito Econômico, recomenda-se a leitura de SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>4</sup> Id. *Ibid*.

Ao Direito Econômico, na contemporaneidade, impuseram-se novos elementos a desafiar uma disciplina jurídica adequada e eficaz dos fatos econômicos: a crescente complexidade destes. Além de dinâmicos, na contemporaneidade, os fatos econômicos apresentam novos elementos e circunstâncias a serem levados em consideração pelo Direito. Entre eles, destaca-se a chamada “new economy”, que congrega empresas, produtos e condutas de tecnologia, e impõem uma necessária revisão da disciplina jurídica de fenômenos como espaço, tempo e de contrato<sup>5</sup>.

É de se compreender, entretanto, que, de uma forma ou de outra, o estudo das interações entre Direito e Economia sempre se fez presente. Em especial no passado recente, pós-grandes guerras do início do século XX, muito se discutiu e ainda se discute sobre os limites e a importância de uma maior ou menor intervenção do Estado na Economia. Em um contexto de Estado de Direito, a intervenção, para ser legítima, impõe a elaboração e eficácia de normas jurídicas que tratem de fatos econômicos.

O que se nota, a esse respeito, é o que alguns autores compreendem como sendo a prevalência de um movimento “pendular”, ou “ondular”, no sentido em que, ora prevalece na história da humanidade uma crença maior no mercado, ora prevalece uma crença no Estado como limitador necessário da atuação do poder econômico privado. Há momentos históricos, portanto, em que se observa uma valorização da liberdade de empresa e de iniciativa, privilegiando-se o poder econômico privado, muitas das vezes em reação a um poder autoritário ou como forma de consolidação de valores individuais. Há outros momentos, em contrapartida, em que se acredita na necessidade de uma interferência estatal no mercado, como forma de se resguardar valores sociais e distributivistas, e de se

---

<sup>5</sup> Sobre esse assunto, sugere-se a leitura de POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2000-2001, pp. 925-943.

conter ações agressivas do poder econômico privado.

Mais recentemente, o surgimento e a consolidação de uma economia global, de mercados regionalizados, a expansão das comunicações e da tecnologia foram fruto e ao mesmo tempo incentivadores de uma economia de mercado livre, em que a atuação privada na economia goza de prioridade.

## 2) A CRISE ESTADUNIDENSE DE 2008.

A crise estadunidense de 2008 teve como uma de suas principais consequências a retomada das discussões sobre o papel do Estado na economia. Defensores do livre mercado culpam consumidores por sua ação inconsequente no mercado, atribuindo a eles a responsabilidade pela crise<sup>6</sup>. Por sua vez, defensores de um Estado mais interventor atribuíram ao absentismo estatal das últimas décadas a responsabilidade pela crise.

A relação Economia-Direito, nesse contexto, retorna à pauta de discussões globais. Os limites à regulamentação e à regulação da economia, o conteúdo das normas jurídicas que refletem, direta ou indiretamente, sobre os fatos econômicos, os instrumentos e os métodos de interpretação das leis que regem fenômenos que impactam na economia nacional voltam a ser questionados. Novos desafios são apresentados às autoridades, às empresas, aos economistas, aos juristas, e aos intérpretes das leis.

## 3) DIREITO E ECONOMIA DE MERCADO NA CONTEMPORANEIDADE

---

<sup>6</sup> Sobre esse assunto, OLIVEIRA, Amanda Flávio de e FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *An economic approach to consumer law in periods of recessions: not really a bad deal, if correctly done*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, 2012.

Na contemporaneidade, três disciplinas jurídicas destacam-se pela sua importância, e têm sido objeto de reflexões e regulamentação nos Estados nacionais em que se privilegia o mercado livre: a proteção do consumidor, a proteção da livre concorrência (em alguns países conhecida como “legislação antitruste”) e a disciplina da propriedade intelectual.

O nível de desenvolvimento das economias nacionais contemporâneas depende, atualmente, em grande medida, da forma com que esses Estados regulamentam a relação entre empresas e consumidores, a relação de competição entre empresas e a proteção da tecnologia por estas desenvolvida. Encontrar a medida exata da intervenção em cada uma dessas temáticas, e que melhor se adapte às necessidades nacionais constitui desafio relevante, apto a incentivar o desenvolvimento do país ou mesmo deflagrar crise econômica interna. Da mesma forma, e dadas as circunstâncias atuais, de globalização e regionalização crescentes, o tom da regulamentação dessas questões reflete na maior ou menor participação das empresas nacionais no mercado global. Portanto, mais do que apresentar consequências internas reais no estágio de desenvolvimento nacional, as três disciplinas mencionadas são capazes de posicionar empresas nacionais no mercado global de maneira a favorecer-las ou prejudicar-las. São, portanto, disciplinas centrais no estágio atual de relação econômica entre países.

#### 4) PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E CRISE ECONÔMICA.

Conforme anteriormente mencionado, alguns analistas, especificamente quanto à crise estadunidense de 2008, afirmaram terem sido os consumidores os responsáveis por sua deflagração, na medida em que teriam contraído empréstimo irresponsavelmente, sabedores de sua impossibilidade de quitar

a dívida<sup>7</sup>. Esse ponto de vista leva à necessidade de se questionar a capacidade de os consumidores deflagrarem crises econômicas de expressiva dimensão e impõe reflexão sobre a disciplina de oferta de crédito ao consumo.

Não se pode subestimar a capacidade dos consumidores de deflagração de crises econômicas de grandes proporções. Uma economia de mercado sustenta-se na capacidade de consumo. O exercício dessa capacidade pode ter expressões consideráveis, e indicar caminhos variados para o desenvolvimento ou o crescimento da economia nacionais.

Da mesma forma, é razoável que se pondere sobre a necessidade ou não de estabelecimento de limites legais à disciplina do crédito ao consumo. Inúmeras jurisdições ocupam-se dessa temática, estabelecendo limites à publicidade e à oferta do crédito. No Brasil, embora goze de amplo desenvolvimento na literatura jurídica, apenas recentemente observa-se movimentação no sentido de se regulamentar a matéria<sup>8</sup>.

O ponto polêmico da afirmação que atribui aos consumidores a ocorrência da crise de 2008 encontra-se na compreensão do nível de racionalidade das decisões dos consumidores de contração de crédito acima de suas capacidades de pagamento. Para se afirmar com rigor científico ter sido essa a real causa deflagradora da crise, é indispensável compreender como se dá a tomada de decisão de consumo. Para essa finalidade, importantes têm sido as contribuições da Economia e da Psicologia. Mais recentemente, a corrente de pensamento denominada *Behavioral Economics* veio lançar luzes para essa compreensão, indicando elementos de origem psicológico-comportamental a serem observados.

---

<sup>7</sup> Essa abordagem foi realizada por advogados americanos em evento no Brasil. Para saber mais, leia OLIVEIRA, Amanda Flávio de e FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *An economic approach to consumer law in periods of recessions: not really a bad deal, if correctly done*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, 2012.

<sup>8</sup>O assunto é melhor desenvolvido adiante neste texto.

Nessa abordagem da inter-relação Direito-Economia-Psicologia, falhas cognitivas humanas são conhecidas e compreendidas, assim como são compreendidos mecanismos de superotimismo ou de dificuldade em lidar com recompensas futuras de sacrifícios atuais, a apontar caminhos para se estimular ou desestimular condutas e que permitam compreender consequências reais do estabelecimento de certos padrões normativos<sup>9</sup>.

## 5) PROTEÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS.

Elemento-chave em uma economia de mercado, a disciplina jurídica da concorrência entre as empresas encontra-se em processo de crescente verticalização e sofisticação de conceitos, métodos e teorias. Mesmo em Estados em que predomina a teoria do *laissez faire*, em que prevalece a crença na capacidade do poder econômico privado em promover o desenvolvimento econômico, a disciplina da concorrência apresenta-se como instrumento essencial na condução do mercado, até para legitimar esse poder econômico privado.

Entretanto, a contemporaneidade impôs novos desafios a serem enfrentados pelos Estados nacionais, suas legislações e autoridades, nesse campo. Atos e condutas anticoncorrenciais são praticados por empresas de dimensões globais, ou transnacionais, influenciando e afetando diferentes Estados, em diferentes proporções. Cartéis internacionais tornam-se uma realidade constante, dificultando investigações e relativizando a importância de eventuais punições em uma ou outra jurisdição. Essa realidade, de cooperação e convergência de interesses privados, no entanto, e para complicar ainda mais,

---

<sup>9</sup> O assunto foi mais verticalmente abordado em OLIVEIRA, Amanda Flávio de e FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *An economic approach to consumer law in periods of recessions: not really a bad deal, if correctly done*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, 2012.

não encontra correspondência no âmbito público: ainda é limitada e incipiente a cooperação e a convergência das políticas estatais, visto que há valores, inclusive constitucionais, a estabelecerem discrepâncias e divergências entre elas.

Esse cenário acaba por representar um ambiente ainda mais favorecedor ao exercício do poder econômico privado, que se fortalece progressivamente, em detrimento das legislações e da ação limitadora do Poder Público. Uma certa sanção nacional a uma conduta ilícita em conformidade com seu ordenamento jurídico, nesse contexto, fragiliza-se, perde importância e ainda corre o risco de representar perda de competitividade para o país, ou de excluí-lo de usufruir das vantagens decorrentes da presença de uma certa empresa em seu mercado nacional.

Alia-se a tudo isso, aumentando a complexidade da disciplina da concorrência na contemporaneidade, o novo formato de empresas de tecnologia, caracterizado pela efemeridade delas, pela relativização dos conceitos de espaço, bem, produto, preço, publicidade, contrato, responsabilidade civil e outros. O mercado virtual, e de produtos virtuais, traz desafios ao Direito e a seus legisladores, aplicadores, intérpretes<sup>10</sup>.

Por fim, é de se enfrentar o difícil desafio de convergir políticas de defesa do consumidor e defesa da concorrência. Embora representem disciplinas incontestavelmente complementares, por vezes a não-comunicação entre ações estatais numa e noutra matéria implica em confusão, custos desnecessários para as empresas, e desestímulo ao investimento

---

<sup>10</sup> Desenvolvi esse assunto em OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor. Análise da situação político-institucional brasileira em relação à defesa do consumidor e da concorrência tendo em perspectiva os estudos empreendidos por ocasião dos 90 anos da Federal Trade Commission*. Revista do IBRAC, vol. 14, n. 1, 2007.



em um certo mercado<sup>11</sup>.

## 6) PROPRIEDADE INTELECTUAL E A ECONOMIA DE MERCADO.

Completando o trio de disciplinas jurídicas essenciais para a economia de mercado contemporânea, a disciplina da propriedade intelectual cresce em importância no transcorrer dos tempos e tem ensejado novas e constantes preocupações por parte das autoridades nacionais.

Elemento essencial para o estímulo às inovações e ao desenvolvimento tecnológico de um país, a proteção adequada da propriedade intelectual pode constituir instrumento de política econômica eficiente para o desenvolvimento do mercado, ou, se mal utilizado, o direito dela decorrente pode significar forma de abuso ou de manutenção ilegítima de níveis de poder de mercado. Esta última hipótese implica em necessário fator de desincentivo ao desenvolvimento do mercado nacional.

Estudos atuais em Law & Economics apresentam abordagens inovadoras e oferecem preciosos “insights” para uma disciplina adequada da propriedade intelectual, postos os desafios contemporâneos<sup>12</sup>. A execução da política econômica da propriedade intelectual, por seu turno, reflete na política nacional de defesa da concorrência e precisa ser com ela harmonizada, sob pena de neutralização recíproca<sup>13</sup>.

## 7) BREVE RELATO SOBRE A DISCIPLINA DO

---

<sup>11</sup> Sobre esse assunto, sugere-se: CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

<sup>12</sup> A esse respeito, sugere-se a leitura de LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual. Uma abordagem pela análise econômica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

<sup>13</sup> A abordagem interdisciplinar desses temas encontra-se em GHIDINI, Gustavo. *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010.

## MERCADO NO BRASIL, ATUALMENTE.

### a) o Brasil e a defesa do consumidor.

Até o advento da Constituição da República de 1988, a disciplina do consumo no Brasil ocorria de forma indireta e pouco sistematizada, muito embora, desde a década de 70, a sociedade civil tenha se movimentado no sentido de instituir entidades civis de proteção do consumidor, e entes estatais tenham criado estrutura administrativa com a mesma finalidade. Não havia, todavia, ambiente legal favorecedor: as normas jurídicas disciplinadoras do contrato consagravam princípios de livre iniciativa e de afastamento do Estado dessas questões.

A lei nacional de defesa do consumidor data de 1990, tendo entrado em vigor no ano de 1991. Conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei n. 8.078/90 pretendeu ser um microsistema de defesa do consumidor, disciplinando todas as relações jurídicas de consumo: relações contratuais e extra-contratuais, aspectos de responsabilidade civil, disciplina da publicidade e do crédito, tipificação de crimes de consumo. Motivo de orgulho nacional por sua receptividade e eficácia, o CDC é considerada uma lei avançada, adequada à realidade brasileira, e mostrou-se capaz de alterar padrões de comportamento.

De base principiológica, o CDC sustenta-se sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que é presumida em todas as relações de consumo. O intuito de suas normas, a partir dessa premissa, é o de restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo (fornecedor-consumidor), sendo, portanto, uma lei declaradamente protetiva. Insere-se, dessa forma, entre as legislações de caráter social, cujo propósito é a proteção de um sujeito de direitos (o consumidor) e não da relação jurídica (a relação de consumo).

Embora dotada de reconhecida eficácia e seja uma lei de caráter permanentemente atual, por se sustentar em princípios, passados vinte anos de sua publicação, o Senado Federal mostrou-se empenhado em promover sua modernização. Para tanto, instituiu Comissão de juristas de notório saber na matéria e a ela solicitou a apresentação de propostas a esse respeito. Nas discussões, foram inseridas como temáticas a constarem do novo texto legal as disciplinas do comércio eletrônico e do superendividamento dos consumidores. Os trabalhos finais da Comissão foram, finalmente, entregues à Presidência do Senado em 15 de março deste ano.

b) o Brasil e a defesa da concorrência.

A defesa da concorrência no Brasil, ainda que de forma bastante incipiente, remonta à década de 30 do século passado<sup>14</sup>. Foi, entretanto, apenas em 1994 que a lei e a autoridade administrativa respectivas encontraram ambiente e instrumental para uma política estatal eficaz na matéria: a Lei n. 8.884/94 entrou em vigor em um cenário de estabilização da moeda, após um período de inflação agressiva, em um mercado aberto e com início de estruturação institucional, pós-Constituição democrática de 1988.

Adequada para o momento em que surgiu, passados quase duas décadas de vigência, a lei mostrou-se pouco efetiva em relação aos novos fatos que disciplina: a autoridade administrativa responsável por sua aplicação demandava nova estrutura, que a fortalecesse e permitisse enfrentar com instrumentos mais adequados a nova realidade e os novos desafios. Igualmente, era indispensável dotá-la de novos mecanismos para tornar sua atuação mais eficiente. Foi nesse

---

<sup>14</sup> O desenvolvimento histórico da legislação brasileira de defesa da concorrência até a Lei n. 8.884/94 foi detalhado em OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

sentido que surgiu a Lei n. 12.529/2011, reestruturando o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, e dispondo de maneira mais atual sobre problemas de concorrência que se propõe a disciplinar. Considerados os 180 dias previstos para *vacatio legis*, a nova lei entrou em vigor em fins de maio deste ano. Pretende-se, assim, modernizar e alinhar a política nacional de defesa da concorrência aos desafios contemporâneos.

c) o Brasil e a proteção da propriedade intelectual.

Detentora de legislação (especialmente a Lei n. 9.279/96) e autoridade administrativa específica, a disciplina da propriedade intelectual, no Brasil, tem enfrentado novos desafios, especialmente relacionados com sua inter-relação com questões concorrenciais, tendo em vista os propósitos nacionais e os valores constitucionais envolvidos.

Provocado, especialmente, por um caso em análise no Conselho responsável pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, conhecido como “o caso das autopeças”, os limites e o papel da política nacional de proteção da propriedade intelectual na busca do desenvolvimento econômico nacional e a sua convergência com outras políticas públicas têm sido revisitados, a partir da perspectiva e dos objetivos nacionais.

## 8) REFLEXÃO FINAL.

O momento global ( e brasileiro) atual é de revisão e readequação do papel do Estado em relação à economia. Iniciativas de revisão e adaptação das políticas públicas, especialmente aquelas que versem sobre a economia, devem ser constantes e, na medida do possível, devem ser implementadas em tempo hábil, o que tende a ser um desafio.

Especificamente no Brasil, as políticas e legislações nacionais que constituem as bases da economia de mercado nacional, conforme as diretrizes constitucionais, encontram-se em manifesta revisão. Leis da década de 1990, e que foram adequadas para aquele momento histórico-econômico nacional, mostram-se defasadas, e impõem reflexão sobre o que efetivamente se busca com elas.



## 9) BIBLIOGRAFIA.

- CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual. Uma abordagem pela análise econômica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- GHIDINI, Gustavo. *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de e FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *An economic approach to consumer law in periods of recessions: not really a bad deal, if correctly done*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, 2012.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor. Análise da situação político-institucional brasileira em relação à defesa do consumidor e da concorrência tendo em perspectiva os estudos empreendidos por ocasião dos 90 anos da Federal Trade Commission*. Revista do IBRAC, vol. 14, n. 1, 2007.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O Direito da Concorrência e o*

*Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2000-2001, pp. 925-943.

POSNER, Richard A. *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*. *Harvard Law Review*, v.100, p.761-780, 1987.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003.