

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

FELIPE ALEXANDRE SANTOS DE SOUZA

**O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR**

São Luís
2017

FELIPE ALEXANDRE SANTOS DE SOUZA

**O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Aleksandro Rahbani A. Feijó

São Luís

2017

Souza, Felipe Alexandre Santos de.

O antitruste como instrumento de efetivação do princípio constitucional econômico da defesa do consumidor / Felipe Alexandre Santos de Souza. - 2017.

70 f.

Orientador: Prof. Aleksandro Rahbani A. Feijó.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Antitruste. 2. Concorrência. 3. Defesa do consumidor. 4. Monopólio. I. A. Feijó, Aleksandro Rahbani. II. Título

FELIPE ALEXANDRE SANTOS DE SOUZA

**O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Aleksandro Rahbani A. Feijó (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus ascendentes, cujos mais recentes enfrentaram os desafios do campo piauiense e maranhense, para garantir a continuidade da sua história e da geração que carrega o seu nome.

A Raimundo Vaz de Souza Filho, pai e paladino pessoal, meu símbolo de como ser um homem bom e justo. Instruiu-me como agir, refletir, ponderar. A sua história de firmeza e vitalidade para resistir e progredir ensina-me a ser uma pessoa melhor. É o meu líder terreno, o qual conduz-me a vitória.

À Mirian Santos Chagas, mãe e heroína pessoal, minha *alma mater*, lapidou-me na prudência e perseverança. Lecionou-me que os grandes sofrimentos e as grandes perdas são bons quando você os entende e os vive com verdadeiro sentimento, forjam a armadura da boa experiência. É a minha mestra de cada dia.

Tudo de bom que carrego hoje no meu ser devo a eles. Por sua vez, tudo de insatisfatório em mim se manifesta porque não segui suas lições como deveria, sendo, portanto, minha responsabilidade.

À Rebeca Suanne Santos de Souza, irmã amada, exemplo de persistência e dedicação. Ajudou-me e continua a fazê-lo nessa caminhada em busca da felicidade.

Ao Professor Alexsandro Rahbani A. Feijó, que acolheu-me no desafio deste trabalho e sempre esteve de prontidão para orientar-me com preciosas instruções e correções, além de ter me proporcionado valiosos ensinamentos catedráticos em sala de aula.

A todos aqueles que fizeram esse trabalho possível.

“É fácil defender a liberdade de expressão quando as pessoas estão dizendo coisas que julgamos positivas e sensatas, mas nosso compromisso com a liberdade de expressão só é realmente posto à prova quando diante de pessoas que dizem coisas que consideramos absolutamente repulsivas.”

Walter Williams

“O Estado proíbe ao indivíduo a prática de atos infratores, não porque deseje aboli-los, mas sim porque quer monopolizá-los.”

Sigmund Freud

“A consciência é a presença de Deus no homem.”

Emanuel Swedenborg

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise do antitruste e sua repercussão no Direito brasileiro, especialmente quanto a efetivação do princípio constitucional da defesa do consumidor. Pretende-se examinar alguns dos fundamentos da teoria do antitruste, a fim de identificar a sua eficácia normativa frente aos seus objetivos pretendidos no meio jurídico, especificamente no que diz respeito a defesa do consumidor. Procura-se analisar alguns dos princípios constitucionais econômicos que alicerçam juridicamente o direito antitruste, bem como a sua origem histórica. Verificou-se que o direito antitruste se consolidou no Brasil sob a premissa da defesa da concorrência contra condutas consideradas atentatórias a competição no mercado, no intuito de amparar o interesse da coletividade, representado pelo bem-estar do consumidor e sua defesa. Averiguou-se doutrinariamente dois dos principais fundamentos da teoria antitruste, concorrência e monopólio. Concluiu-se que as suas concepções adequadas a este respeito impedem que a perspectiva de atuação utilizada pelo direito antitruste atualmente, centrada nas restrições de origem privada, alcance a eficácia normativa socialmente desejável conforme seus objetivos, posto que levadas a cabo afrontam diretamente a soberania do consumidor e não ampliam a sua satisfação e defesa. Constatou-se, por fim, que a melhor maneira do direito antitruste alcançar a eficácia normativa desejada, de maneira a efetivar o princípio constitucional econômico da defesa do consumidor, é voltar-se para as condutas coercitivas legais promovidas pela própria atividade estatal que afrontem a concorrência e dificultam sobremaneira a atividade competitiva, posto que estas são as únicas inescapáveis a todos os agentes econômicos, incluindo o consumidor, que no mercado concorrencial deve ser soberano.

Palavras-chave: Antitruste. Concorrência. Monopólio. Defesa do consumidor.

ABSTRACT

The present work aims the analysis of antitrust and its repercussion in Brazilian Law, especially as to the effectiveness of the constitutional principle of consumer protection. It is intended to examine some of the foundations of antitrust theory, to identify its normative effectiveness against its intended legal purposes, specifically with regard to consumer protection. It seeks to analyze some of the constitutional economic principles which legally bases antitrust law, as well as its historical origin. It was verified the antitrust law was consolidated in Brazil under the premise of the defense of competition against conduct considered to be detrimental to competition in the market, in order to support the interest of the collectivity, represented by the consumer's welfare and its protection. It was doctrinally verified two of the main foundations of antitrust, competition and monopoly. It was concluded their adequate conceptions in this respect prevent the perspective of action currently used by antitrust law, centered on the restrictions of private origin, it reaches socially desirable normative effectiveness according to its objectives, since they carry out directly face the sovereignty of the consumers and do not increase their satisfaction and protection. Finally, it was found that the best way for antitrust law to achieve the desired normative effectiveness, in order to implement the constitutional economic principle of consumer protection, is to turn to the legal coercive conduct promoted by the state's own activity that confronts competition and hampers competitive activity, since these are the only ones inescapable to all economic agents, including the consumer, which in the competitive market must be sovereign.

Keywords: Antitrust. Competition. Monopoly. Consumer's protection.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	10
2.1	Princípios constitucionais econômicos.....	12
2.1.1	Livre iniciativa.....	16
2.1.2	Livre concorrência.....	18
2.1.3	Defesa do consumidor.....	20
3.	O ANTITRUSTE: HISTÓRICO E APONTAMENTOS LEGAIS.....	23
3.1	Abordagem histórica: origens e evolução.....	25
3.1.1	Canadá.....	25
3.1.2	Estados Unidos da América.....	26
3.1.3	Europa.....	30
3.1.4	Brasil.....	32
3.2	Direito antitruste: conceito, objetivos, bem jurídico tutelado e titular do direito	35
4.	O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	40
4.1	Concorrência.....	42
4.1.1	Observações gerais sobre a concorrência na doutrina antitruste.....	44
4.1.2	Uma outra perspectiva: concorrência como sinônimo de dinamismo constante.....	47
4.2	Monopólio.....	51
4.2.1	Observações gerais sobre o monopólio na doutrina antitruste.....	54
4.2.2	Uma outra perspectiva: monopólio como sinônimo de barreiras coercitivas à entrada.....	57
4.3	Eficácia normativa do direito antitruste e a defesa do consumidor.....	60
4.3.1	Algumas propostas.....	63
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
	REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

A antitruste é uma teoria cujos os primórdios estão mais de um século no passado. Suas propostas e sua inserção no âmbito jurídico geraram debates acalorados desde as origens. Atualmente não é diferente. Estudiosos dos mais diversos países debruçam-se sobre essa teoria, tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito econômico, de onde originou-se.

Alega-se por um lado, que o antitruste foi e é a medida necessária para inibir os atos anticompetitivos advindos de concorrentes participantes do mercado, além de corrigir as denominadas falhas de mercado. De outro lado, argumenta-se que o antitruste não promove efetivamente o que se propõe a fazer, posto que se funda em alicerces incorretos, tanto se confrontado com os fatos, quanto com a lógica econômica. Ocorre que, não obstante, ele é atualmente bastante disseminado ao redor do mundo, possuindo legislação própria em vários países, inclusive no Brasil, e pode ser um forte aliado na efetivação dos princípios constitucionais econômicos.

Nessa perspectiva, o estudo dessa teoria e de sua repercussão no Direito, bem como, especificamente, da possibilidade de utilização do direito antitruste para efetivar o princípio constitucional econômico da defesa do consumidor, apresenta bastante pertinência. Apesar de no Brasil ainda ser incipiente o seu estudo frente a outros ramos jurídicos, essa importância se consolida em virtude das significativas consequências de sua aplicação perante a coletividade. Afinal, envolve diversos princípios constitucionais, ao passo que reverbera no cotidiano das pessoas, alterando comportamentos dos agentes econômicos em geral.

Para esse fim, será feita uma análise do antitruste e seu correspondente jurídico levando em consideração os seguintes tópicos: i) explorar alguns dos alicerces constitucionais do direito antitruste, com ênfase na defesa do consumidor; ii) percorrer doutrinariamente as suas origens, delimitar sua conceituação e seus direcionamentos jurídicos frente a mais recente legislação; iii) analisar dois de seus principais sustentáculos; iv) apontar sobre a eficácia de seus objetivos, do antitruste como instrumento de afirmação do princípio da defesa do consumidor e indicar meios de concretização desses propósitos.

Este trabalho organiza-se em três capítulos, cuja metodologia funda-se em estudo descritivo-analítico, mediante pesquisa bibliográfica, embasado na utilidade do exame da teoria antitruste e sua vertente no Direito, para sua compreensão e correta aplicação como instrumento de execução da defesa do consumidor. No primeiro capítulo, faz-se necessária uma abordagem do seu vínculo com os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor.

No segundo capítulo, impõe-se a importância de uma breve investigação sobre as origens da teoria antitruste, a partir do fim do século XIX, perante os países que mais contribuíram para o desenvolvimento desse instituto jurídico, até chegar-se na perspectiva brasileira. Investiga-se a conceituação do direito antitruste, para que se possa promover a averiguação de quais os contornos jurídicos que permeiam esse direito no Brasil. Nesse ponto, serão abordados os seus objetivos perante o contexto nacional, qual o bem jurídico tutelado e quem é o titular desse direito, tudo isso alicerçado na mais recente legislação antitruste do Brasil, Lei 12.529/11.

Por sua vez, no terceiro capítulo, serão analisados dois dos fundamentos da teoria antitruste que lhe dão suporte teórico desde de seus primórdios, com intuito de perseguir as delimitações conceituais mais adequadas para uma aplicação coerente do direito antitruste que lhe traga eficácia normativa.

Por fim, faz-se as considerações finais, indicando propostas para que o direito antitruste possa efetivar o princípio constitucional econômico da defesa do consumidor, e assim que seja atingida sua eficácia normativa, obedecendo a própria soberania do consumidor.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como apontamento basilar, para uma compreensão prévia do que venha a ser os princípios constitucionais, faz-se necessária ter em mente um breve entendimento sobre o que vem a ser uma Constituição e os princípios.

O jusfilósofo austríaco Hans Kelsen¹, comparando o ordenamento jurídico a uma pirâmide, define Constituição como sendo a norma fundamental encontrada no topo da pirâmide, de onde emana o parâmetro de validade das demais normas. Outro jusfilósofo, o italiano Norberto Bobbio, define norma fundamental como sendo “o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*”².

A Constituição, portanto, contempla a busca pela unicidade e coerência fundante do sistema normativo. Utilizando-se de analogia, ela se apresenta tal qual a raiz de uma árvore: fornece a sustentação original e irradia a nutrição, sem a qual não podem haver caule, galhos, folhas e frutos.

Com o surgimento do constitucionalismo, iniciou-se um processo que desembocou em legar as sociedades capacidade de exporem com força normativa os valores e costumes mais caros que seu povo construiu paulatinamente durante séculos, aqueles que admite e deseja preservar, de modo a delimitar o limite do poder coator cedido ao Estado³. A partir da Constituição Americana de 1787, esse processo sistemático expandiu-se vertiginosamente ao redor do mundo. Assim, por meio deste, tornou-se mais prático transparecer, tanto aos próprios nacionais circunscritos pela respectiva Constituição, quanto às nações estrangeiras, qual o caminho que determinada sociedade desejava seguir em relação a seu modo de vida e o que deve ser respeitado por quem desejar adentrar em um determinado país soberano.

Embora Hans Kelsen tenha apresentado crítica relevante a esse modelo de redigir Constituições, apontando a possível presença de instabilidade provocada pela inserção deliberada de elementos axiológicos considerados vagos e flutuantes nesta, dando-os posterior

¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.

² BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Edipro, 2011, p. 71.

³ Nesse sentido, André Ramos Tavares aduz: “[...] as forças sociais não podem ser tratadas simplesmente como objetos, devendo ser integradas na concepção de Direito e Constituição. Essa lição se mostra extremamente preciosa para fins de revelar a impossibilidade de afastar as normas de Direito dos valores sociais que são consagrados em cada estrutura jurídica existente nos diversos países. A ideia de “Constituição aberta” leva a essa permeabilidade. Tais “valores”, a partir dessa concepção, passam a integrar o cerne do Direito.” (TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). Tratado de Direito Constitucional. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459).

caráter deontológico nos textos constitucionais, tal ponderação não veio a abalar a tendência alavancada com a Carta Magna Americana.

Nesse sentido, em uma análise mais finalística, a Constituição em um país democrático tem como seu maior papel tirar da pauta política as questões individuais e sociais intertemporais da mais alta importância, de modo que seja assegurado aos perdedores e as minorias que os vencedores e as majorias não os dominem. É a maior garantia do impedimento da tomada de controle social por um grupo de interesse, principalmente no que diz respeito a manter as liberdades humanas, seus modos de vida privados que não geram interferência concreta na vida alheia e na garantia de manter para si os frutos do seu trabalho.

Nesse ínterim, as Constituições modernas passaram a contemplar conteúdos não só formais como também materiais. Essa carga axiológica adotada pelas constituições trouxe consigo não somente a presença de verdadeiras normas a serem aplicadas, como também fontes de interpretação para as demais normas do ordenamento jurídico. A partir de então, foi capitaneado o processo de constitucionalização dos princípios. Em sua acepção lógica, Miguel Reale aponta que os princípios são:

[...] certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. [...] são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.⁴

O jusfilósofo alemão Robert Alexy, também se debruçando sobre a carga conceitual dos princípios jurídicos assim os define:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁵

Tomando estas lições basilares de tais conceitos, é possível partir a uma breve determinação diretiva acerca do que sejam princípios constitucionais. Pode-se afirmar então, sucintamente, que estes são as diretrizes insertas na Constituição inescapáveis a todo ato ou

⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

norma jurídica produzida posteriormente. São os encadeamentos lógicos primordiais para uma produção jurídica válida perante a sociedade que a suporta.

De maneira acurada, Antônio de Sampaio Dória, citado por Ruy Samuel Espíndola, faz a seguinte dedução descritiva a respeito dos princípios jurídicos e, por conseguinte, dos princípios constitucionais:

De modo que, genericamente, princípios se entendem por normas geraes e fundamentais que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são as bases organicas do Estado, aquelas generalidades do direito público, que como naus da civilização devem sobrenadar às tempestades políticas, e às paixões dos homens. Os princípios constitucionaes da União brasileira são aquelles cânones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes.⁶

Tal inserção, destas fontes principiológicas com tal status constitucional, apresenta-se, grosso modo, como a imposição de um pressuposto inicial, um axioma que possa dar sustentabilidade lógica para todo o dinamismo jurídico do porvir. Após a delimitação dos princípios constitucionais, nenhum ato ou norma jurídica pode originar-se, sem observar o teor axiológico e deontológico destes ditames superiores.

Percebe-se então, que descumprir uma norma jurídica é muito menos custoso ao futuro de uma sociedade do que desobedecer um princípio constitucional. Afinal, a função destes últimos é exprimir de maneira condensada toda a ordem estabelecida na vida prática e nos anseios individuais e comunitários de um povo. Dessa forma devem trazer uma carga muito maior de pertencimento ao corpo social que qualquer outro ente jurídico. Nenhum legislador ou aplicador do Direito pode sobrepor seus ideais ou anseios pessoais a tais mandamentos gerais exprimidos pela sociedade, haja vista que não foram habilitados para impor que princípios um indivíduo, uma família, uma comunidade ou uma sociedade devem seguir.

A par dessa apertada síntese sobre os conceitos de Constituição e princípios constitucionais, vislumbra-se a possibilidade de introdução na concepção dos princípios constitucionais econômicos a luz do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Princípios constitucionais econômicos

Como explanado no tópico anterior, as constituições ao longo do tempo passaram a elencar diversos princípios a serem seguidos pela sociedade nos mais diversos campos da vida

⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 109. Manteve-se a citação conforme o português escrito da época do lançamento da obra do autor.

humana. A economia, sendo uma área tão sensível ao cotidiano social e de reconhecida importância, tendo capacidade gigantesca de alterar o curso da vida de um ser humano através de pequenas alterações, não passou despercebida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

Ao longo da Constituição Federal de 1988, encontram-se de maneira explícita e implícita vários dos princípios constitucionais apontados como parâmetros básicos para o sistema econômico brasileiro. Majoritariamente, observa-se estes elencados no Título VII, Capítulo I, intitulado “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

Buscando classificar os princípios constitucionais da ordem econômica, Luís Roberto Barroso⁷ os separou em dois grupos. Segundo o autor, os princípios dispostos nos incisos I a VI, do art. 170 da Constituição Federal, são aqueles que estipulam os ditames basilares que vinculam todos os agentes econômicos nas suas relações produtivas e seus desdobramentos, sendo denominados princípios de funcionamento. São eles a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente.

Por sua vez, ainda segundo Luís Roberto Barroso, os princípios presentes no *caput*, e nos incisos VII a IX do referido artigo, são aqueles que determinam uma meta a ser alcançada pela ordem econômica, denominados princípios-fins. Tais princípios dirigistas são a existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Desse modo, os mencionados princípios tendem a revelar qual o caráter econômico da Lei Maior brasileira. Eros Roberto Grau, no intuito de definir o sistema e modelo econômico adotado pela Constituição Federal, elencou as seguintes conclusões de doutrinadores:

[...] a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo ‘controle’ no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na

⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 26 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>.

sustentação dessa posição); a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva); a Constituição consagra a “estatolatria” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho); o constituinte preferiu o modelo rígido-ortodoxo que conduz ao dirigismo econômico (Raul Machado Horta).⁸

Analisando-se o referido compêndio dos vários posicionamentos catedráticos, percebe-se, conforme o exame dos ditames expostos no texto constitucional, que a Carta Magna de 1988 adotou o sistema capitalista de produção e promove como modelo econômico o intervencionismo⁹.

No escopo de adentrar, mais adiante, no limiar de alguns dos princípios constitucionais econômicos que levam consigo a palavra “livre”, se faz necessária adotar um significado prévio de liberdade. Afinal, além de um conceito filosófico, político, econômico, trata-se também de uma definição jurídica, visto que necessariamente traz em seu bojo um apanhado de consequências legais. Apresentar uma definição é naturalmente uma tarefa laboriosa. Buscando aclarar os liames deste termo, o filósofo e jurista italiano Bruno Leoni, apresenta ponderações a respeito da complexidade desta incumbência¹⁰. Nesse sentido o autor considera:

⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 191-192.

⁹ Nesse sentido confira-se o artigo: OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. Liberalismo, intervencionismo ou neoliberalismo: qual a realidade constitucional brasileira? Debates em direito público: revista de direito dos advogados da União, Campinas, Millennium, v. 9, n. 9, p. 105-117, out. 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63007/liberalismo_intervencionismo_neoliberalismo_oliveira.pdf. Acesso em 7 Out. 2017. Por sua vez, debruçando-se sobre o que vem a ser o intervencionismo, o economista austro-americano Ludwig von Mises dilucida que o intervencionismo “procura, portanto, criar uma terceira ordem: um sistema social intermediário entre a propriedade privada e a propriedade pública. Desta forma, procura evitar os ‘excessos’ e males do capitalismo, mantendo, contudo, as vantagens da iniciativa e indústria privadas, que o socialismo não pode gerar” (MISES, Ludwig von. Uma Crítica ao Intervencionismo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 18). Em outra obra o autor aponta: “O intervencionismo ou a economia de mercado obstruída difere do modelo alemão de socialismo pelo simples fato de ainda ser uma economia de mercado. As autoridades interferem no funcionamento da economia de mercado, mas não desejam eliminá-lo completamente. Querem que a produção e o consumo sigam caminhos diferentes dos que seguiriam se não houvesse as obstruções, e querem atingir esse objetivo por meio de ordens, comandos e proibições, para cujo cumprimento contam com o respaldo do poder de polícia e o seu correspondente aparato de compulsão e coerção. Tais medidas, entretanto, são atos isolados de intervenção. Não pretendem, as autoridades, integrá-las num sistema que determinaria todos os preços, salários e taxas de juros, colocando em suas mãos o controle absoluto da produção e do consumo” (MISES, Ludwig von. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 817).

¹⁰ “‘Liberdade’, então, como um termo que designa um princípio político geral, pode, assim, ter significados só aparentemente semelhantes em sistemas políticos diferentes. É preciso que se tenha em mente, também, que essa palavra pode ter significados diferentes e implicações diferentes em momentos diferentes da história de um mesmo sistema legal, e, o que é ainda mais impressionante, pode ter significados diferentes, ao mesmo tempo, em um mesmo sistema legal, em circunstâncias diferentes e para pessoas diferentes” (LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 53).

Em suma: “liberdade” é uma palavra utilizada pelas pessoas, em sua linguagem cotidiana, para significar tipos especiais de experiências psicológicas. Essas experiências são diferentes em momentos e lugares distintos e também estão ligadas a conceitos abstratos e palavras técnicas, mas não podem simplesmente ser identificadas com conceitos abstratos, nem reduzidas a meras palavras. Finalmente, é possível, e provavelmente também útil, ou mesmo necessário, formular uma definição estipulativa de “liberdade”, mas as estipulações não podem evitar a pesquisa lexicográfica, porque somente esta tem condições de revelar os significados que as pessoas verdadeiramente atribuem à palavra, no uso cotidiano.¹¹

No afã de indicar um caminho para tal concepção, referido autor traça uma relação de fundamental importância existente entre liberdade e coerção, visto ser um termo que também se apresenta como uma atitude psicológica, a qual não traz ao ser humano possibilidade prática de apontá-la como algo materialmente tangível. A esse respeito anota:

Aristóteles fez uma observação penetrante, ao dizer, no início de seu tratado sobre política, que as pessoas se dividem em duas amplas categorias, as que nasceram para dar ordens e as que nasceram para obedecer a ordens. Mas, mesmo que alguém goste de “coerção”, seria um abuso de palavra dizer que “coerção” é liberdade. No entanto, a ideia de que “coerção” é algo muito proximamente ligado à liberdade é, pelo menos, tão antiga quanto a história das teorias políticas no mundo ocidental. Acho que a principal razão para isso é que ninguém pode dizer-se “livre de” outra pessoa, se esta é “livre” para, de alguma forma, reprimir aquela. Em outras palavras, todo mundo é “livre”, se pode, de algum modo, reprimir outras pessoas, de maneira a impedi-las de constrangê-lo em algum aspecto. Nesse sentido, “liberdade” e “coerção” estão inevitavelmente ligadas, e isso é por demais negligenciado, quando as pessoas falam em “liberdade”. Mas a própria “liberdade”, na linguagem usual, nunca é coerção, e a coerção que está inevitavelmente ligada à liberdade é apenas uma coerção negativa; ou seja, a coerção imposta unicamente para fazer outras pessoas renunciarem à coerção, por sua vez.¹²

Com efeito, Bruno Leoni traz apontamentos sobre a definição de liberdade, elucidando que no referido livro tenta “evidenciar um conceito de liberdade como a ausência de coerção exercida por outras pessoas, inclusive as autoridades, que implica liberdade nos negócios e em qualquer outra esfera da vida privada”¹³. Não obstante, esclarece que:

Para evitar mal-entendidos, deve-se acrescentar que a teoria da liberdade como sendo a ausência de constrangimento, por mais paradoxal que possa parecer, não prega a ausência de limitação em todos os casos. Há casos em que pessoas precisam ser constrangidas para que se preserve a liberdade de outras. Isso fica por demais óbvio quando as pessoas têm de ser protegidas contra assassinos e ladrões, apesar de nem tão óbvio quando essa proteção implica constrangimentos e, concomitantemente, liberdades não tão fáceis de se definir.¹⁴

¹¹ LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 63.

¹² LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 64.

¹³ LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 116.

¹⁴ LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 21.

Referido significado será adotado ao longo da exposição deste trabalho, considerando-se a liberdade como, em última instância, a ausência de coerção, de constrangimento, por parte de pessoas e do Estado em relação as ações ou inações de outrem, resguardados os limites definidos para a proteção dessa mesma liberdade.

Ainda levando em consideração as expectativas do presente trabalho, serão examinados, a seguir, os conceitos e as implicações dos princípios constitucionais econômicos da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, dispostos no art. 170¹⁵ da Constituição Federal como princípios da ordem econômica, visando compreender os desdobramentos do instituto jurídico do antitruste, que guarda relação estreita com estes princípios.

2.1.1 Livre iniciativa

Uma observação a respeito dos conceitos comuns atribuídos as palavras dispostas na denominação do princípio da livre iniciativa, pode ajudar a trazer um entendimento prático para o observador do que venha a ser tal princípio. Então, com base nisso, pode-se entender, preliminarmente, que livre iniciativa trata-se da capacidade atribuída a uma pessoa de voluntariamente praticar ou não um ato lícito, visando um determinado fim. Assim, à primeira vista, somente há livre iniciativa quando existe a possibilidade de realizar um ato voluntário, ou seja, descontaminado do vício da coerção.

No âmbito econômico, por conseguinte, pode-se depreender que significa o direito típico de qualquer pessoa livremente poder explorar qualquer atividade econômica lícita. Partindo para as considerações doutrinárias, José Afonso da Silva afirma que este princípio “envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”¹⁶. É, portanto, poder adentrar no mercado de produção de bens e serviços para deter os frutos e assumindo os riscos. Por sua vez, apontando a importância do referido princípio, Tercio Sampaio Ferraz Junior ilustra:

¹⁵ “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**;

V - **defesa do consumidor**;

[...]

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

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 805.

O que se diz da valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem Econômica vale também para a livre iniciativa. Afirmar a livre iniciativa é acreditar na liberdade como fundamento da Ordem Econômica. É acreditar na autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, é preferir uma ordem aberta ao fracasso a uma estabilidade certa e "infalivelmente" eficiente.¹⁷

A importância desse princípio para a sociedade brasileira, levou-o a ser inserido em todas as Constituições que antecederam a Constituição Federal de 1988. Nesta última, este está elencado mais precisamente no art. 1º, inciso IV¹⁸ e no aludido caput do art. 170.

Fábio Ulhoa Coelho aponta que existem dois vetores que regem tal princípio: um, em tese, impõe limites ao inerente impulso do Estado em intervir na economia, e outro age sobre práticas empresariais consideradas atentatórias a livre iniciativa¹⁹. Diante do fato de não existir sistema capitalista sem livre iniciativa, o referido autor também considera que existem desdobramentos referentes a esta. São eles: i) a empresa privada é imprescindível para atender as necessidades das pessoas por bens e serviços; ii) o lucro é a motivação que leva os empresários a querer voluntariamente atender as demandas das pessoas por bens e serviços; iii) a necessidade indissociável da proteção jurídica aos investimentos privados; e iv) a empresa é verdadeira fonte da geração de empregos, elevação de renda, tributos, satisfação consumerista e riqueza²⁰.

Vale destacar o entendimento de que, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum dos princípios constitucionais possui caráter absoluto, portanto o mesmo se aplica a livre iniciativa. No entanto, embora não haja hierarquia entre os princípios elencados constitucionalmente para a ordem econômica constitucional, André Luiz Santa Cruz Ramos²¹, mediante a análise de julgados colacionados nesse sentido, salienta que a livre iniciativa é constantemente mitigada pela jurisprudência nacional quando ponderada com outros princípios, que, em tese, possuem igual quilate, o que demonstra o maior prestígio dispensado pelo judiciário a estes últimos. Doutrinariamente também observa-se tal hierarquização em detrimento da liberdade de iniciativa, como por exemplo nas lições de José Afonso da Silva:

¹⁷ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>. Acesso em: 10 Out. 2017.

¹⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67-68.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69-72.

²¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial. São Paulo: Método, 2017.

[...] significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. [...] essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho [...].²²

Não obstante, a contemplação da liberdade de iniciativa no texto constitucional a qualifica para a devida tutela jurídica esperada pelas pessoas que dela se utilizam diariamente para promover seu bem-estar, desde que sem agredir a liberdade alheia de também buscar o próprio.

2.1.2 Livre concorrência

Por seu turno, a livre concorrência, embora não seja sinônimo de livre iniciativa, ambas estão umbilicalmente ligadas, posto que não existe possibilidade fática de ocorrer a primeira sem essa última. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que “os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado [...]”²³. Ainda a respeito dessa relação indissociável ente os dois princípios mencionados, o filósofo e economista austro-britânico Friedrich August von Hayek assevera que “se, numa sociedade em que o espírito de iniciativa ainda não se difundiu, a maioria tem o poder de proibir tudo que lhe desagrada, é muito improvável que ela permita o surgimento da concorrência”²⁴.

Recorrendo ao significado das palavras que compõem este princípio, pode-se concluir, de início, que este é uma faculdade possuída por qualquer indivíduo de utilizar livremente seus recursos para adentrar no mercado de produção de bens e serviços, sendo tratado de forma igual pelo Estado perante seus concorrentes, possuindo os mesmos direitos e obrigações juridicamente.

Ou seja, é poder disputar com outro ofertante a preferência dos consumidores, sem que lhe sejam aplicadas restrições coercitivas diferenciadas intransponíveis ou dificultosas para o seu negócio, conforme sua situação fática. De uma forma mais ampla, seria como não haver entraves impositivos para que o mais humilde dos ofertantes de bens e serviços dependa apenas do seu esforço e criatividade para disputar no mercado com o mais poderoso dos ofertantes. O julgamento final de quem deve prevalecer é exclusivamente do consumidor. Doutrinariamente, descrevendo o aludido princípio, considera-se que:

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 800.

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 807.

²⁴ HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. v. III. São Paulo: Visão, 1985, p. 82.

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo.²⁵

A liberdade de concorrência é que garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes. Ao competirem pela preferência do consumidor, os empresários se empenham em aparelhar suas empresas visando à melhoria da qualidade dos produtos ou serviços, bem como em ajustá-las com o objetivo de economizar nos custos e possibilitar redução dos preços; tudo com vistas a potencializar o volume de vendas e obter mais lucros. Uma vez mais, contudo, é necessário pontuar que, ao dedicar-se ao aprimoramento das condições de competitividade de sua empresa, o empresário persegue um interesse individual inteiramente compatível com a realização dos interesses metaindividuais da sociedade.²⁶

A Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão que atualmente integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, discorre sobre tal princípio da seguinte forma:

Em síntese, a livre concorrência maximiza o bem-estar social, na medida em que aumenta a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados. A eficiência alocativa é alcançada quando a produção de bens ou serviços (em qualidade e quantidade) atende os desejos dos consumidores, refletindo na exata proporção dos preços que estes estão dispostos a pagar. Assim, reduz-se a chance de os preços e/ou serviços produzidos não serem de interesse do consumidor. A eficiência produtiva diz respeito à capacidade de produzir e de distribuir a custos mínimos. Dessa forma, a pressão contínua decorrente da concorrência dos agentes econômicos incentiva os produtores a reduzirem custos e, conseqüentemente, a praticar preços menores, sob pena de perderem clientes para outros negócios mais eficientes. Por fim, o processo de adequação às preferências do consumidor representa o incentivo necessário para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e tecnologia, de forma a melhorar os seus produtos e serviços.²⁷

Fábio Ulhoa Coelho também aborda a respeito da lei econômica da competição, que rege o princípio da livre concorrência e produz um efeito determinado. Didaticamente afirma:

Que dita esta regra? Ela estabelece que serão “premiados” os empresários que tiverem adotado as decisões empresariais acertadas e “penalizados” os que adotaram as equivocadas. Raro é o empresário que ganha sempre. Em razão dos riscos próprios da

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 195, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 26 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72. O autor complementa, afirmando que o princípio da liberdade de concorrência implica na coibição de práticas ilícitas empresariais que o afetem ou o impossibilitem (infrações de ordem econômica e de concorrência desleal), assim como a livre concorrência também acarreta na restrição da revisão dos contratos pela coerção do Estado.

²⁷ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Cartilha de promoção à concorrência* (2016). Brasília: SAE, 2016, p. 3. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrenca/documentos/cartilha-da-concorrenca_versao-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

atividade empresarial, o mais comum é que ele tanto ganhe, como perca, em seus negócios, obtendo o lucro da mera circunstância de que ganha mais do que perde.²⁸

Os efeitos dessa regra, segundo referido jurista, são que invariavelmente os consumidores terão seu poder de escolha ampliado, e o mercado será impulsionado a ofertar sistematicamente bens e serviços de maior qualidade e com o menor preço possível. O filósofo alemão Karl Marx, embora crítico do sistema capitalista, em uma de suas obras também descreve alguns dos efeitos da economia de mercado pautada na livre concorrência, tais quais inovação acelerada dos instrumentos de produção, ampliação da comunicação e diminuição de preços²⁹.

2.1.3 Defesa do consumidor

Este princípio, decerto, partindo-se da ligeira observação da realidade prática, é o mais abrangente dos três aqui mencionados. Ao passo que, uma pessoa que, em geral, não possui capacidade fática de exercer a sua livre iniciativa econômica para adentrar na livre concorrência — como, por exemplo, um adolescente de 14 anos ainda sob dependência dos cuidados e assistência financeira dos pais —, ainda sim tem grandes chances de ser um consumidor cotidiano de algum produto ou serviço, como produtos de moda ou serviços de lazer direcionados para seu perfil individual.

Assim, uma gama bem maior de pessoas está potencialmente mais propensa a entrar em contato com o princípio da defesa do consumidor, que circunscreve praticamente todas as pessoas. Reportado princípio está elencado na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXII³⁰ — além do art. 170, inciso V já mencionado.

No âmbito da ordem econômica constitucional, o princípio da defesa do consumidor é um dos fins almejados mediante a tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, posto que são princípios que estão intrinsecamente ligados, seja no âmbito constitucional

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

²⁹ Nas palavras do autor: “Com o rápido aperfeiçoamento dos instrumentos de produção e o infinito melhoramento dos meios de comunicação, a burguesia arrasta para a corrente da civilização até mesmo as nações mais bárbaras. Os preços baixos de seus produtos são a artilharia pesada com que derruba todas as muralhas da China e força à capitulação os bárbaros mais obstinadamente hostis aos estrangeiros.” (MARX, Karl. Manifesto do partido comunista. São Paulo: Escala, 2009, p. 58-59)

³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

Percebe-se o referido inciso atribuiu ao Estado a promoção desse princípio, ou seja, o Estado, provocado ou de ofício, poderá usar seu aparelho coercitivo para, em tese, defender os interesses do consumidor.

teórico, seja no âmbito prático. Vicente Bagnoli assevera que “garantir a livre concorrência no mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem-estar econômico do consumidor, que sai prestigiado com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos”³¹. Neste trabalho, a ideia de bem-estar econômico do consumidor ou bem-estar do consumidor ao qual se vinculará será a referente ao acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, alcançados mediante a eficiência produtiva³².

A seu turno, a noção do princípio da defesa do consumidor ao qual se vinculará este trabalho será aquela voltada para o aspecto econômico e de poder de escolha. Conforme expõem Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³³, na seara econômica tal princípio distingue-se daquele presente na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Aquele que se apresenta no art. 170, inciso V, não detém-se apenas a relação consumerista em si e aos desdobramentos da relação de consumo, tem conotação mais ampla e almeja o melhor situação de oferta para todos os potenciais consumidores de bens e serviços, ou seja, abarca até mesmo aqueles que não estão participando de uma relação consumerista específica e imediata.

A respeito da importância do aludido princípio para o ordenamento jurídico pátrio, Fábio Guimarães Bensoussan e Marcus de Freitas Gouvêa pontuam que:

Trata-se, portanto, de um princípio que informa toda a ordem econômica, o que faz com que, por vezes, sejam afastadas normas infraconstitucionais que signifiquem em retrocesso na defesa do consumidor. O desenvolvimento econômico não pode ser atingido por meio de violação ao direito do consumidor.³⁴

Portanto, este princípio pode ser definido como a busca pela melhor circunstância de mercado consumidor possível, permitindo ao público comprador ter a potencialidade de

³¹ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66.

³² Consoante o disposto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, eficiência produtiva: “[...] diz respeito à capacidade de produzir e de distribuir a custos mínimos. Dessa forma, a pressão contínua decorrente da concorrência dos agentes econômicos incentiva os produtores a reduzirem custos e, conseqüentemente, a praticar preços menores, sob pena de perderem clientes para outros negócios mais eficientes”.

³³ “É importante salientar que a resguarda constitucional do consumidor, ora invocada, não se confunde com as normas especificamente estabelecidas de proteção ao consumidor no tocante à relação de consumo, mas, sim, com uma das finalidades últimas da aplicação conjugada dos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência. Trata-se de uma finalidade mais aferível sob a ótica econômica, tida como o bem-estar do consumidor, expresso, e. g., pelos ganhos em eficiências, como menores preços, maior qualidade dos produtos e serviços ofertados no mercado. A proteção do consumidor via defesa da concorrência diverge das normas relativas à proteção em relações de consumo, previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, pois estas se referem à tutela imediata das relações entre consumidores e demais agentes econômicos, enquanto aquelas, preservando e impulsionando a livre concorrência, buscam gerar, em plano mediato, ganhos ao consumidor em termos, v. g., de melhores preços, maior qualidade e segurança.” (GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57-58).

³⁴ BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 143.

livremente escolher a melhor opção de consumo que lhe possa ser oferecida. Ou seja, é deixar com o indivíduo consumidor o poder que lhe é peculiar em uma economia de mercado autônoma: o poder de definir o que será produzido, em que quantidade, com que qualidade e com qual preço será ofertado. É, portanto, deixar o caminho cristalino para que o consumidor exerça sua intrínseca soberania.

Este, em tese, deve ser o fim último da legislação antitruste, posto que através da promoção da livre concorrência busca a maior eficiência econômica — que conseqüentemente desembocará na situação de melhores preços e maiores qualidades possíveis dos bens e serviços disponíveis — e a amplitude da capacidade de escolha dos consumidores. A legislação antitruste não deve afrontar a soberania do consumidor em nenhuma hipótese, posto que isso acarretaria em a administração colocar-se acima dos interesses dos administrados, sujeitos de onde todo o sentido do ordenamento jurídico deriva e a quem deve reverência.

Para compreender um pouco mais a respeito da teoria antitruste, serão tratados a seguir alguns aspectos sobre sua construção histórica, sua inserção no meio jurídico e seus propósitos.

3. O ANTITRUSTE: HISTÓRICO E APONTAMENTOS LEGAIS

O antitruste em si é uma palavra de conceito delicado. No Brasil, por exemplo, o próprio direito antitruste é também conhecido como direito da concorrência³⁵, direito concorrencial ou direito econômico³⁶. Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, citados pelo jurista americano Edwin S. Rockefeller, afirmam que o antitruste “é uma mescla singular de teoria intelectual, política social, economia política, microeconomia e lei”³⁷.

Ao pesquisar sobre este, não se percebe uma unicidade ou clareza delineadora. Corroborando essa noção, seguem os seguintes apontamentos de Paula Forgioni sobre o instituto jurídico do antitruste:

Não bastasse, lembremos ainda que, no Estado Democrático de Direito, o antitruste aparece como a disciplina capaz de gerar maior grau de insegurança e imprevisibilidade para os agentes econômicos, especialmente em virtude da (necessária) amplitude de sua linguagem. [...]. Devemos resistir à tentação de afirmar que o antitruste está “em crise”. Por definição, crises são passageiras, possuem início, meio e fim. Quando a situação perpetua-se no tempo e no espaço, não se trata de crise, mas de característica da matéria. Embora a ninguém agrade admitir, um dos atributos intrínsecos do direito concorrencial é a insegurança.³⁸

[...] qual o objetivo da lei antitruste? De início, constata-se o equívoco da pergunta, pois não há um objetivo geral que posso ser perseguido, e qualquer tentativa de se estabelecer escopo único está fadado ao insucesso. A lei antitruste desempenha em cada sistema, em cada ordenamento, função própria, cambiável, inclusive, em virtude do momento histórico.³⁹

Logo, diante da possibilidade de o antitruste no meio legal apresentar-se desprovido de objetividade delineadora e solidez, estando envolto de volatilidade geográfica e temporal, torna-se compreensível o supramencionado conceito também não conter uma inteligibilidade límpida à primeira vista. Não obstante, perante a leitura das doutrinas que alicerçam esse trabalho e que se debruçam sobre este instituto, é notório que o antitruste guarda uma relação existencial com o fenômeno econômico da concorrência.

Apesar das ressalvas ao mercado concorrencial trazidas pelos doutrinadores aqui estudados, capta-se uma convergência para o entendimento de que o modelo produtivo pautado na concorrência é aquele que historicamente apresentou melhores resultados, e que seus benefícios não se restringem ao particular que dela faz uso. Se ampliam e refletem na

³⁵ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

³⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 64.

³⁷ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 42.

³⁸ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 13.

³⁹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

diminuição dos preços, no incremento da qualidade dos produtos a disposição da sociedade, na ampliação das oportunidades de trabalho, na geração de riqueza, em suma, em um bem-estar econômico e social⁴⁰.

A conexão da concorrência com a origem do antitruste revela-se na própria constituição da palavra. Observando-a, nota-se que é formada pelo prefixo “anti” — prefixo de origem grega utilizado como sinônimo de oposição à alguma coisa — e pelo vocábulo *truste*. A leitura dos manuais de direito antitruste permite ter uma ligeira impressão sobre o significado que é atribuído doutrinariamente ao *truste*. Gesner Oliveira e João Grandino Rodas⁴¹ referem-se ao *truste* como sendo uma situação na qual alguns controlam a produção de certos bens, ao ponto de poder fixar os respectivos preços, conforme a vontade. Paula Forgioni⁴² e Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues⁴³ afirmam tratar-se da concentração de poder sob domínio de alguns agentes econômicos.

A ligeira conclusão a que se chega é que o *truste* é a denominação dada a formações empresariais com as quais agentes econômicos praticam condutas tencionando controlar preços e diminuir ou eliminar a concorrência, mediante a posse de influência mercadológica (denominada poder de mercado). Ou seja, utilizam o poder econômico e a preponderância obtida no mercado para controlar circunstâncias que afetam a demanda e a oferta — consequentemente os preços e as margens de lucro —, objetivando afastar o máximo possível a instabilidade negocial que um ambiente concorrencial livre causa aos atuantes no mercado.

De certo que, o antitruste é, em linhas gerais, uma teoria que visa combater estas situações que possam diminuir o ambiente competitivo (dentre elas as colusões, monopolizações, práticas exclusionárias e fusões), em tese, tentando manter ou ampliar o bem-estar econômico do país como um todo.

Para uma melhor compreensão do caráter jurídico do antitruste e seus fundamentos é preciso analisar suas origens e evolução. Apesar de autores como Paula Forgioni⁴⁴ trazerem considerações sobre disciplinamentos remotos voltados para a concorrência, desde a antiguidade grega até a fase mercantilista do século XVI e XVII, neste trabalho a abordagem

⁴⁰ Nesse sentido: AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 268; FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 59 e 339; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 206; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias a concorrência*. Bolo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24-29.

⁴¹ OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17-18.

⁴² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

⁴³ GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37-55.

histórica se focará a partir do fim do século XIX, período histórico que deu azo as manifestações modernas do direito antitruste. Daí então, será possível traçar apertadamente o conceito de antitruste, os objetivos do direito antitruste brasileiro, o bem jurídico tutelado e o titular do direito.

3.1 Abordagem histórica: origens e evolução

A análise do histórico do antitruste permite ter a noção de aspectos importantes sobre os motivos da sua criação, as intenções da sua legislação e os seus efeitos. Importante frisar que, embora os contextos dos diversos países pioneiros na elaboração de legislação antitruste tenham sido diversos ao longo do período analisado, a juridicidade do instituto nunca se desvinculou do fenômeno da concorrência ou teve alterações que o fizesse apontar para uma direção diametralmente oposta as suas origens. As diferenças basicamente se concentraram em alguns tratarem a concorrência como um fim em si, e outros como um instrumento para alcançar outros objetivos.

3.1.1 Canadá

A primazia da normatização da moderna legislação antitruste é atribuída ao Canadá, por meio da elaboração em 1889 do *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. Nesse sentido:

O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas.⁴⁵

Em 1910 esse ato legal foi ampliado para abarcar atividades de monopolização e fusão, por meio do *Combines Investigation Act*. Mais tarde, em 1923 foi criada uma Secretaria para promover a execução mais acurada dessa legislação. A discriminação de preços e a precificação predatória foram adicionadas como crimes com uma emenda de 1953⁴⁶.

⁴⁵ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70. Nessa esteira também lê-se: OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18-20.

⁴⁶ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18.

Uma ampla reforma na legislação antitruste canadense deu origem a um novo *Competition Act* em 1986, ampliando a importância do direito da concorrência, tipificando condutas e intensificando o combate aos cartéis. Na primeira década dos anos 2000, houveram mais algumas modificações:

Ocorreram algumas medidas importantes no Canadá, em junho de 2003, com a publicação de um estudo que busca modernizar o regime concorrencial no país, o qual determinou: (i) reforçar os procedimentos cíveis do Act de 1986 com relação às condutas; (ii) reformar a regra criminal que trata do conluio; e (iii) reformular as regras sobre preço. Algumas condutas que eram tratadas na esfera criminal foram revogadas em 2009, tais como preços predatórios e discriminação de preços, as quais ainda estão sujeitas à esfera civil (seções 78 e 79).⁴⁷

Essas alterações trouxeram reforços e reformulações a legislação até então vigente, passando a ampliar o papel da concorrência perante o ordenamento jurídico canadense.

3.1.2 Estados Unidos da América

É doutrinariamente pacífico que foi nos Estados Unidos do final do século XIX que nasceu a normatização que influenciaria todo o mundo moderno. Em 2 de julho de 1890 foi concebido o primeiro estatuto antitruste americano, o *Sherman Act*. A seu respeito pontua a doutrina:

Considerando este cenário foi elaborado o *Sherman Act*, em 1890 — a primeira lei antitruste norte-americana —, numa tentativa de coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico. Essa norma é considerada como o mais significativo diploma legal antitruste, no qual se reagiu à concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos e onde também se procurou discipliná-la.⁴⁸

O contexto de criação do *Sherman Act* é bastante debatido na doutrina. Eduardo Ferreira Jordão, por exemplo, afirma que “dentre as razões que motivaram a promulgação do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, destacavam-se as preocupações relacionadas com o poder político de grupos econômicos muito fortes”⁴⁹. Já Paula Forgioni aponta que as consequências que os trustes trouxeram para a sociedade americana da época, tais quais monopolização de

⁴⁷ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

⁴⁸ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71. Sobre o assunto também tem-se: FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65-74.

⁴⁹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias a concorrência. Bolo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

preços e submissão dos outros agentes econômicos aos grandes conglomerados que se formaram, foram a grande causa do desejo da coletividade por uma norma antitruste⁵⁰.

Por seu turno, André Luiz Santa Cruz Ramos, analisando o estudo feito por um economista americano sobre o período anterior a edição do *Sherman Act*, assevera que os dados e os fatos não corroboram a visão de que os trustes estavam piorando a situação econômica da sociedade americana. Ao contrário, na realidade estavam promovendo altíssima eficiência na produção e distribuição de bens e serviços, além da diminuição de preços⁵¹.

Apesar de apresentar novidades no campo da regulação da atividade econômica concorrencial, o *Sherman Act*, segundo a doutrina, não se fazia apto a produzir efeitos condizentes com as pretensões idealizadas pelos congressistas americanos que o promoveram⁵². Haja vista que, conforme foi elaborado, o recém-criado estatuto antitruste americano textualmente impunha, por exemplo, o paradoxo de proibir todos os atos que restringissem a concorrência, sem aparentemente nenhuma discriminação correlacionada ao contexto jurídico americano e aos casos concretos. Consoante afirma Edwin S. Rockefeller:

A Seção 1 do Sherman Act designou como um crime federal “todo contrato, combinação na forma de truste ou de outra maneira, ou conspiração, que restringe os negócios ou o comércio entre vários estados ou com nações estrangeiras”. Essa declaração do Congresso teria proscrito qualquer contrato no comércio interestadual, porque todo contrato proíbe algum tipo de comércio. (Se eu contrato para lhe vender

⁵⁰ “Os consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários colocaram-se, ao invés, contra a concentração do poder econômico, tida como causa de muitos males que assolavam a sociedade da época. A prática de preços de monopólio, a posição de sujeição dos demais agentes econômicos (inclusive consumidores) ao poder dos grandes revoltavam a população mais miúda”. (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71).

⁵¹ “No mencionado estudo, DiLorenzo cita dados comprovando que entre os anos 1880 e 1890 a produção americana estava crescendo a uma média de 24%, enquanto os setores industriais em que atuavam as empresas acusadas de monopolização estavam crescendo a uma média de 175%, isto é, aproximadamente sete vezes mais. E alguns setores industriais específicos estavam verificando uma expansão da produção até dez vezes maior do que a média de crescimento da economia americana. Por exemplo: aço (258%), zinco (156%), carvão (153%), aço para trilhos ferroviários (142%), petróleo (79%) e açúcar (75%). Quanto aos preços, os dados colacionados por DiLorenzo também são impressionantes. No período de 1880 a 1890, ou seja, nos dez anos anteriores à edição do Sherman Act, os preços nos setores industriais em que as empresas acusadas de monopolização atuavam sempre caíram, alguns sensivelmente. Por exemplo: aço para trilhos ferroviários (de 68 para 32 dólares: -53%), açúcar refinado (de 9 para 7 centavos de dólar: -22%), chumbo (de 5,04 para 4,41 dólares: -12%) e zinco (de 5,51 para 4,40 dólares: -20%). Enfim, DiLorenzo demonstra haver evidências claras de que o Sherman Act nunca teve a intenção de promover a concorrência para proteger o consumidor, como muitos acreditam, sendo na verdade uma lei editada para atender a pressões protecionistas do final do século XIX, notadamente em favor das pequenas empresas”. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 72).

⁵² “Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejam. Ressentia-se, no texto do *Sherman Act*, da vagueza de suas previsões. Não se pode ainda olvidar que o *Sherman Act* não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando a margem da regulamentação prática geralmente condenada pela opinião pública.” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73).

um relógio de pulso, estou proibido de vender o relógio para outra pessoa. Você, por sua vez, está proibido de comprar outro produto com o dinheiro que me pagou.).⁵³

Dessa forma, foram necessários ajustes legais que clarificassem satisfatoriamente a obscuridade e afastasse minimamente o relativismo que pairava sobre o recém-criado estatuto antitruste americano. Nesse contexto, o principal ato legislativo concebido foi o *Clayton Act*, que trouxe ao *Sherman Act* ajustes visando maior objetividade quanto a tipificação dos atos e dos fatos que tornaram-se alvo da legislação aplicada. Conforme os ensinamentos de Paula Forgioni:

Nesse contexto, no ano de 1914, é promulgado o *Clayton Act*, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição de controle de outras companhias etc. A sistemática adotada pelo *Clayton Act* é bastante interessante e inspirou várias legislações antitruste: ao lado da tipificação de algumas condutas potencialmente anticompetitivas, há uma *qualifying clause*, segundo a qual as práticas elencadas somente serão consideradas ilícitas se, e somente se, restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem a criação de um monopólio.⁵⁴

No mesmo ano da edição do *Clayton Act*, também houve a criação do *Federal Trade Commission* — através do *Federal Trade Commission Act* —, agência antitruste americana que passou a ter a incumbência de investigar e policiar os casos concretos, encontrar sua adequação aos estatutos antitruste, aplicá-la e fazer cessar os atos considerados anticompetitivos, além de refinar o entendimento da lei. Ou seja, essa agência tem poderes executivos, legislativos e judiciais⁵⁵.

A partir da década de 30 e ao longo século XX e XXI, vários novos complementos, adições e reforços legislativos foram implementados nos Estados Unidos, ajustando entendimentos sobre discriminação de preços, os poderes do *Federal Trade Commission* e o controle de fusões. Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, citando os principais, lecionam:

Em 1936, o *Robinson-Patman Act* reforçou os dispositivos sobre discriminação de preço do *Clayton Act*, facilitando a prossecução. Seguiu-se em 1938, o *Wheeler-Lea Act* que aumentou os poderes do *FTC Act*, possibilitando-lhe agir contra métodos desleais detrimenais aos consumidores ou que prejudicassem empresas rivais. O *Celler-Kefauver Act*, de 1950, incrementou o controle de fusões, banindo a consolidação de bens e estoques, que possibilitavam dominação e permitiam ao governo atacar fortemente integrações horizontais e verticais. O advento do *Antitrust Improvements Act* de 1976, obrigou as empresas a notificarem fusões e a apresentarem

⁵³ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 15.

⁵⁴ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73-74.

⁵⁵ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20-21.

dados para o exame do respectivo impacto. Em 1992, foram exaradas diretrizes para fusões horizontais, que cinco anos depois foram atualizadas.⁵⁶

A partir de 2002, foi implementada a Comissão de Modernização Antitruste, entidade com membros nomeados pelo Presidente norte-americano, pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. Os objetivos dessa comissão são: examinar e estudar a necessidade de modernizar a legislação antitruste; solicitar diferentes interpretações relacionadas às operacionalidades da legislação antitruste; promover a elaboração de artigos, relatórios e pareceres para o Congresso e para o Poder Executivo. Recentemente, em 2010, foi publicada uma nova edição do *Horizontal Merger Guidelines* que define diretrizes sobre as principais práticas, técnicas e políticas em fusões e aquisições envolvendo (potenciais) competidores sujeitos à lei antitruste norte-americana. [...]. Em Agosto de 2011, o FTC anunciou diversas mudanças ao documento que regula as Regras de Prática da comissão, que objetivam aumentar a eficiência com a qual se atende casos.⁵⁷

Não obstante a elaboração do *Sherman Act*, e posteriormente suas diversas ampliações e ajustes legislativos, a insegurança em relação a sua aplicação judicial e sua ineficiência em distinguir de maneira objetiva se as práticas empresariais que pretendia coibir realmente causavam prejuízo a sociedade no mundo dos fatos, em maior ou menor grau, se perpetuou ao longo do tempo. Visando amenizar esse quadro, foram surgindo várias teorias que geraram regras econômicas e judiciais nos Estados Unidos⁵⁸.

Importante citar duas que mais se disseminaram ao redor do mundo, oriundas da jurisprudência americana, que foram as denominadas regra da razão e a regra *per se*. Basicamente, a regra do *per se* assemelha-se ao que na seara penal brasileira conhecemos como tipo penal de mera conduta ou formal, ou seja, essa regra define como anticompetitiva e ilícita a conduta pela sua mera existência, não importando seus efeitos⁵⁹. Já a regra da razão, detidamente, significa que uma decisão regulatória ou repressiva baseada na legislação antitruste só pode ser tomada se ficar razoavelmente comprovado que a conduta analisada prejudica ou prejudicará a sociedade, ou seja, serão punidos apenas os comportamentos concorrenciais denominados ilógicos⁶⁰.

⁵⁶ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20-21.

⁵⁷ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-23.

⁵⁸ “A investigação de um procedimento para a aplicação do direito necessita que haja certas regras, chamadas de “parajurídicas” ou de “economia processual”, para nortear a verificação da licitude ou ilicitude de uma prática. Isso ocorre a partir do momento em que existem certas informações e evidências a seu respeito” (GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96).

⁵⁹ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

⁶⁰ “Para evitar esse truísmo, o judiciário inventou a assim chamada regra da razão, alterando a proibição feita pelo Congresso de todo contrato que restrinja o comércio, para proibir somente aqueles contratos que os tribunais consideram que restringem o comércio “illogicamente”. Consequentemente, a não ser que a proibição seja tal que a Suprema Corte tenha considerado ilógica – tal como os chamados crimes por si mesmos (per se) discutidos mais adiante –, poderá ser impossível dizer se um contrato é ilegal sem um longo julgamento.” (ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 15).

Um dos casos judiciais que deu origem as duas regras foi o *United States vs Trans-Missouri Freight Association*⁶¹. O caso foi decidido em 1898, e colocou frente a frente as duas teorias, na tentativa de dar uma sentença definitiva. E em uma decisão apertada (5 a 4), prevaleceu a regra do *per se*, capitaneada pelo Ministro Relator Peckman, enquanto o Ministro White advogou pela regra da razão. No entanto, esse foi apenas um dos primeiros embates das duas regras que se alternaram no decorrer do tempo, inicialmente trazendo alguns entendimentos quanto a aplicação da legislação antitruste judicialmente:

Percebeu-se nas decisões subsequentes que proibir todos os acordos com potencial de restringir a liberdade comercial poderia comprometer formas benéficas de cooperação, como as associações e sociedades. Vários casos julgados à época contribuem para a compreensão da formação das teorias da concorrência na atualidade e elucidam os fundamentos da regra da razão, ou dos ilícitos *per se*, entre os quais: *United States v. Addyston Pipe & Steel Co. Standard Oil Co. v. United States* (1911); *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912).⁶²

Esse embate das duas teorias desembocou, por exemplo, no próprio *Clayton Act*, como forma de tentar afastar as vaguezas da legislação e a discricionariedade judicial, e permanecem sendo aplicadas mundo afora. Além disso, ao longo do tempo, “a tentativa de racionalizar o antitruste como economia do bem-estar do consumidor eliminou um pouco da irracionalidade gritante das interpretações dos estatutos antitruste”⁶³.

3.1.3 Europa

No cenário europeu, a disseminação da teoria antitruste e suas inserções legais foram se desenvolver mais proeminentemente apenas após a Segunda Guerra Mundial. Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rodas⁶⁴, Reino Unido e Alemanha eram os únicos que possuíam políticas mais consistentes voltadas para a concorrência à época.

O país germânico editou em 1958 a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, lei antitruste alemã, tendo como principal órgão voltado para o assunto o *Bundeskartellamt*. O Reino Unido teve sua primeira manifestação legal sobre a concorrência com o *Monopolies and Restrictive Practices Act*, que em 1948 passou a combater condutas anticompetitivas, reforçado com o *Restrictive Trades Practices Act*, de 1956. Em seguida, o *Fair Trading Act* tornou-se o principal regramento antitruste da comunidade britânica, editado em 1973. Posteriormente

⁶¹ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72-73.

⁶² GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

⁶³ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 25.

⁶⁴ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-27.

vieram complementações com o *Resale Practices Act*, de 1976, o *Competition Act*, de 1998, e o *The Enterprise Act*, editado em 2002, todos voltados para o aumento do poder de investigação, regulação e punição de comportamentos atentatórios a concorrência, como forma de proteção do interesse público.

Já num contexto europeu mais amplo, em 1951, o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço tornou-se o ponto inaugural de regras voltadas para disciplinar a livre concorrência⁶⁵. Mais abrangente, no entanto, foi o Tratado de Roma de 1957, que estabeleceu aos Estados-Membros das Comunidades Europeias (a União Europeia somente viria a se estabelecer de fato em 1993, com o Tratado de Maastricht) disciplinamento elencando a livre concorrência como regra geral dos signatários abrangidos. Mais recentemente, em 2009, o *Treaty on the Functioning of the European Union* trouxe adições ao regramento antitruste europeu. A respeito destes pontuam Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues:

Originalmente, as principais regras sobre antitruste do Tratado de Roma estavam contidas nos seus arts. 81 e 82, notadamente as regras que disciplinam os acordos entre concorrentes (i. e., cartéis) e abuso de posição dominante. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) — *Treaty on the Functioning of the European Union* —, que entrou em vigor em 2009, contém as regras de direito antitruste. Em suma, o art. 101 (equivalente ao art. 81 do Tratado de Roma) dispõe que as práticas que tenham por seu objeto ou efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência no mercado interno devem ser proibidas. O art. 102 (equivalente ao art. 82 do Tratado de Roma) proíbe qualquer abuso de posição dominante no mercado interno ou em parte substancial dele, cometidos por uma ou mais empresas, sendo incompatível com o mercado interno na medida em que possa afetar o comércio entre os Estados Membros.⁶⁶

Praticamente todo esse nascimento e desenvolvimento do antitruste na Europa continental teve influência dos Estados Unidos, exceto nos países coordenados pela extinta União Soviética, com economias planificadas, que somente no fim do século XX passaram a adotar políticas concorrenciais e normas de direito antitruste:

Com o esfacelamento da URSS na década de 80 do século XX, vários países da Europa Centro-Oriental tornaram-se independentes e, no afã de criar estruturas de crescimento sustentável de suas economias, passaram a preocupar-se com a estabilização monetária, a liberalização do comércio e de preços, a abertura de mercados para investimentos estrangeiros, a privatização, bem como com práticas concorrenciais. Sendo essas transformações concomitantes com o interesse de passar a fazer parte da União Europeia é natural a influência dos modelos concorrenciais da mesma. Em 1999, a União Europeia adotou um pacto de estabilidade para a Europa Centro-Oriental, que previu assistência técnica e financeira para as reformas políticas e econômicas, que incluía a política e a legislação da concorrência.⁶⁷

⁶⁵ GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77-78.

⁶⁶ GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78

⁶⁷ OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

Portanto, a Europa utilizou-se da teoria antitruste para o desenvolvimento de legislação na tentativa de reprimir o chamado abuso do poder econômico e extirpar “comportamentos discriminatórios verificados na relação entre os diversos Estados-membros da UE, por exemplo: vedação de concessões, favorecimentos e/ou proteções estatais a mercados internos em face dos demais mercados dos membros”⁶⁸.

3.1.4 Brasil

A disseminação da teoria antitruste no Brasil e sua implantação legislativa ocorreu somente a partir de meados do século XX. Isso porque as duas primeiras Constituições brasileiras alicerçavam-se na doutrina liberal. Eram convictas de que o Estado empiricamente não produz resultados melhores que as próprias pessoas agindo no âmbito privado, e, portanto, não cabia a política definir os rumos econômicos do país.

No entanto, na década de 1930, auge dos regimes fascista italiano e nazista alemão, essa convicção começou a ser suplantada no Brasil, com o Estado passando a ter um papel de maior interferência. Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, que no art. 115 já trazia a noção de que cabia ao Estado intervir no meio econômico. O mesmo ocorreu na Constituição de 1937, que previa no art. 141 que cabia a legislação o papel de desenvolver a economia.

Segundo Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues⁶⁹, com exceção do Código de Propriedade Industrial — que pretendia combater a competição desleal —, essas menções iniciais constitucionais não traziam um direcionamento específico para regular a competição no mercado. Gesner Oliveira e João Grandino Rodas⁷⁰ apontam, todavia, que os primeiros dispositivos legais a abrir espaço para a futura legislação antitruste brasileira foram o Decreto-lei 431 e o Decreto-lei 869, ambos de 1938. Estes já possuíam caráter de regulamentação da concorrência ao punir condutas que visassem alterar preços de determinados produtos.

Referidas doutrinas consideram que o primeiro documento legal brasileiro a tratar do chamado abuso do poder econômico foi o Decreto-lei 7.666, de 1945 — chamado de Lei Malaia —, que carregava “nítidas cores protecionistas e nacionalista”⁷¹. Este visava combater

⁶⁸ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78.

⁶⁹ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83-86.

⁷⁰ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30-37.

⁷¹ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

comportamentos empresariais que fossem atentatórios aos interesses nacionais, especificamente trustes e carteis.

Este mesmo diploma, para efetivar seu cumprimento, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão autônomo e subordinado ao Presidente da República. Esse decreto inseriu a ideia de necessidade de repressão ao denominado abuso do poder econômico. Assim, a Constituição de 1946 pela primeira vez deu status constitucional a essa visão, através do art. 148⁷².

Contudo, aludidos doutrinadores são unânimes em afirmar que o marco legal antitruste no Brasil foi a Lei 4.137/62, que regulamentou o art. 148 da Constituição de 1946. No entanto, Paulo Furquim de Azevedo adverte que tal “movimento legislativo não era original e não parece ter sido derivado de uma demanda da sociedade brasileira à época”⁷³. É possível notar na intenção do seu projeto a influência da teoria antitruste norte-americana e que a defesa do consumidor foi considerada um dos objetivos finalísticos do antitruste no Brasil, conforme se observa a seguir:

Consoante seu próprio autor, o desiderato do projeto era armar o Estado contra o poder dos grupos econômicos com o intuito de proteger o consumidor brasileiro, tendo sua estruturação seguido a experiência americana, que combina a repressão administrativa com a judicial. O parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, em 1948, sublinhou a finalidade do projeto, como sendo a repressão do abuso do poder econômico, restaurando-se a liberdade e a concorrência no mercado.⁷⁴

Este marco legal também criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), inspirado no *Federal Trade Commission*, a fim de redigir normas administrativas e processuais, e investigar e combater condutas anticompetitivas. Nesse sentido:

O art. 8º da referida Lei criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. O art. 2º da Lei n. 4.137/62 considerava abuso do poder econômico as seguintes práticas, a medida em que pudessem produzir os seguintes resultados: a) domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; b) elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; c) condições monopolísticas ou abuso da posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; d) formação de grupo econômico.⁷⁵

⁷² 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.

⁷³ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 269.

⁷⁴ OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁷⁵ GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84.

Em seguida, as Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a posição de caráter antitruste em seus textos, respectivamente, nos arts. 157, VI e 160, V, ambos no título da Ordem Econômica e Social.

Acompanhando toda a concepção antitruste anterior, a Constituição de 1988 dispõe em seu art. 173, § 4º, 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”. Nessa esteira, editou-se a Lei 8.884/94, considerado, até o surgimento do seu sucessor, o diploma legal mais detalhista e aperfeiçoador da doutrina antitruste no âmbito jurídico brasileiro. Com ela o CADE adquiriu a posição de autarquia federal.

Por fim, surgiu a atual legislação antitruste nacional, a Lei 12.529/11, que, conforme destaca Paula Forgioni, teve suas principais mudanças concentradas na reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência — SBDC —, na imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, no aumento do poder da Administração Pública, na modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica e no aumento dos recursos à disposição do CADE⁷⁶. Além de inaugurar a fase do controle prévio dos atos de concentração e aumentar as prerrogativas do, segundo a doutrina, “super-CADE”⁷⁷, a nova legislação também salienta a essencialidade de difusão dos valores da livre concorrência:

O sistema de tutela da livre concorrência adotado pela Lei n. 8.884/94 e posteriormente seguido pela atual Lei n. 12.529/2011 possui triplo enfoque de atuação, qual seja, o controle de estruturas, o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate aos cartéis e ao abuso de posição dominante, e a advocacia da concorrência (ou *competition advocacy*). Embora conceitualmente muito eficaz, a advocacia da concorrência ainda é incipiente no Brasil, se comparada aos controles de estruturas e condutas. [...]. Observa-se que na legislação existem dispositivos que salientam a importância da promoção da concorrência. De acordo com o art. 9º, XIV, da Lei n. 12.529/2011, é responsabilidade do plenário do CADE (...) instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica. Desse modo, a atividade de combate às condutas e controle de estruturas anticoncorrenciais *stricto sensu* está aliada à atividade de divulgação e promoção da cultura da concorrência (aqui entendida como ação integrante da advocacia da concorrência), dado que reforça, sem sombra de dúvidas, a eficácia social da defesa da concorrência no Brasil. Isso fortalece, ainda, nos termos da referida Lei, pelo balizamento das sanções, em duplo enfoque de finalidade, isto é, de punir aqueles que extraíam renda da sociedade com práticas ilegais e de educar os agentes econômicos, de modo geral, para que no futuro não incorram em semelhantes e indesejáveis condutas.⁷⁸

⁷⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-124.

⁷⁷ ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 3.

⁷⁸ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-86.

Percebe-se que todo o contexto internacional da doutrina antitruste aqui apresentado, por lhe ser anterior, reverberou na construção da teoria e da legislação antitruste brasileira propriamente dita⁷⁹.

3.2 Direito antitruste: conceito, objetivos, bem jurídico tutelado e titular do direito

A teoria do antitruste, através de sua evolução, ganhou respaldo jurídico para permitir que o Estado usasse seu poder coercitivo para constranger os agentes econômicos a tomarem atitudes diversas daquelas que se entende prejudicial a concorrência, e, em casos mais extremos, punir os transgressores, no intuito de resguardar ou reestabelecer o ambiente concorrencial considerado mais benéfico ao coletivo social.

Conforme visto anteriormente, a conceituação da palavra antitruste é algo intrincado. De modo diverso não poderia ser, portanto, a delimitação do conceito de direito antitruste. Não obstante, a doutrina é mais atuante nesse sentido, de modo que encontram-se dentre os estudiosos do tema várias definições. Então, para a necessária reflexão elenca-se aqui alguns conceitos expostos doutrinariamente na ciência jurídica, dentre as quais afirmam que o antitruste é:

[...] conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre-concorrência.⁸⁰

[...] ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade.⁸¹

[...] técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência.⁸²

[...] conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade.⁸³

⁷⁹ Paula Forgioni, por exemplo, entende que o sistema da lei brasileira antitruste é “*híbrido*, que aproveita o europeu no que tange a caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que toca a tipificação dos atos” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 130).

⁸⁰ VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 243.

⁸¹ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

⁸² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 84.

⁸³ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

Dessa forma, observando-se o exposto acima, o direito antitruste pode ser então conceitualmente compreendido como o ramo do direito sob o qual são criadas regras e instituições para a defesa e promoção da livre concorrência como fruto da livre iniciativa, que, como consequência, visa defender e favorecer o consumidor ampliando sua possibilidade de escolha por produtos com preços mais baixos e qualidades mais altas possíveis.

De posse disso, é possível apontar detidamente quais os objetivos da legislação antitruste nacional mais disseminados, além de investigar o bem jurídico tutelado e o titular do direito vinculado a ela.

No que concerne aos objetivos vislumbrados pelo direito antitruste no Brasil, os conceitos doutrinários trazidos supra são amplamente profícuos no que diz respeito a fornecer esclarecimentos sobre a essência finalística a qual afirmam estar adstrita a legislação antitruste brasileira.

Destarte, nos excertos acima destacam-se como objetivos “promover a defesa da livre-concorrência”⁸⁴, o “estabelecimento de um ambiente de livre concorrência”⁸⁵, “implementação de políticas públicas”⁸⁶ e “impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa”⁸⁷. Paula Forgioni afirma que o intuito da disciplina jurídica do antitruste é:

[...] criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.⁸⁸

Citado por Paula Forgioni, José Inácio Gonzaga Franceschini leciona que o propósito do direito antitruste é “a eficiência econômica, em benefício do consumidor, tutelando um bem jurídico da coletividade”⁸⁹. A seu turno, ensina Vicente Bagnoli:

Em linhas gerais, cumpre salientar que a defesa da concorrência tem como principal objetivo assegurar a concorrência no mercado. Isso porque, garantindo-se a plena e equilibrada competição, as empresas que concorrem entre si esforçam-se para oferecer produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais atrativos ao consumidor. Percebe-se que, ao se defender a concorrência em prol do mercado, um grande beneficiado com a defesa da concorrência acaba sendo o consumidor.⁹⁰

⁸⁴ VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 243.

⁸⁵ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

⁸⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 84.

⁸⁷ OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 188.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

⁹⁰ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 136-137.

Assim, a análise da doutrina elencada e da própria lei, permite depreender que o objetivo maior da Lei 12.529/11 é, em tese, defender a ordem econômica constitucional para a promoção do bem-estar do consumidor, mediante, em geral, a fomentação de um ambiente econômico aberto a concorrência e a liberdade de iniciativa. É, portanto, defender os interesses do consumidor, ou seja, dar vassão ao princípio constitucional econômico da defesa do consumidor.

Tendo em vista os objetivos, é possível partir para a averiguação do bem jurídico tutelado pela referida legislação. A lei é a fonte mais imediata para uma investigação do que por ela é tutelado. Nada mais proveitoso do que atentar para os dizeres do seu texto. No caso da legislação antitruste brasileira, Lei 12.529/11, o art. 1º⁹¹ e o art. 36⁹² trazem em seu bojo nuances sobre o bem jurídico que esta visa tutelar. Debruçando-se sobre esta temática, a doutrina assim se posiciona:

Do ponto de vista da finalidade e dos bens jurídicos por ela tutelados, a lei antitruste possui um viés triplo: (i) *de prevenção*, a partir do controle de estruturas de mercado e da análise de concentração econômica; (ii) *de repressão*, a partir da fiscalização e imposição de penalidades sobre condutas anticoncorrenciais; e (iii) *de educação*, através da disseminação da cultura de defesa da concorrência à sociedade em geral⁹³. [...]. Em bases gerais, pode-se afirmar que a lei antitruste tutela, em última análise, o bem-estar do consumidor.⁹⁴

O texto legal menciona expressamente uma miríade de interesses dignos de tutela jurídica. O art. 36, *caput*, como expusemos no capítulo terceiro, trata da *livre concorrência*, da *livre iniciativa* e da *tutela daqueles que se encontram em posição de sujeição* em relação ao titular de poder econômico ou de posição dominante. Além disso, o art. 88, § 6.º, da Lei 12.529, 2011, prevê a possibilidade de autorização de concentrações restritivas da concorrência que propiciem “a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”. O texto legal faz também referência aos “consumidores” e aos benefícios que lhes são repassados pelas operações.⁹⁵

Assim, ao apresentar como um dos seus fins o bem-estar do consumidor, a legislação antitruste também confere aplicação ao princípio da defesa do consumidor. Nesse sentido, preconiza-se com a tutela antitruste a consecução de eficiências. E, em complemento às eficiências, a ampliação ou não restrição da possibilidade de escolha

⁹¹ “Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica [...]”.

⁹² “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

⁹³ ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 3.

⁹⁴ ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 6.

⁹⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

por parte dos consumidores. Desse modo, o bem-estar do consumidor, posto como um dos fins da tutela antitruste repousaria no binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha pelo consumidor.⁹⁶

[...] procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade.⁹⁷

Depreende-se então, que tal tutela é conferida à ordem econômica, à livre concorrência, à livre iniciativa e ao consumidor contra atos anticompetitivos, tendo como fim último o bem-estar do consumidor — aqui tratado como acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, alcançados mediante a eficiência produtiva —, quer seja prevenindo, reprimindo ou educando. Como ordem econômica, entende-se o regular arranjo econômico eficiente, que permite o melhor aproveitamento dos recursos escassos (naturais e humanos) utilizados para produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Avistados então, os objetivos e o bem jurídico tutelado, resta necessária a delimitação de a quem se dirige a tutela inserida na legislação, em outras palavras, o titular do direito. Nesse aspecto, a Lei 12.529/11 é bem mais explícita. O parágrafo único do art. 1º dispõe que a “coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Comentando tal dispositivo, leciona a doutrina:

No Brasil, costuma-se dizer que a lei antitruste protege a *concorrência*, e não o *concorrente*. Isso significa que é a coletividade, e não um indivíduo, ou determinado (s) grupo (s) de indivíduos, o verdadeiro titular dos direitos protegidos. A coletividade costuma ser compreendida aqui por consumidor, sendo este, em última análise, o titular do direito da concorrência. Interpretando-se, assim, de maneira conjugada o *caput* e o parágrafo único deste artigo 1º da Lei, poder-se-ia afirmar que a finalidade desta Lei (*caput*) é proteger seu titular — coletividade/consumidor (parágrafo único) — de qualquer potencial dano à livre concorrência.⁹⁸

Percebe-se que tal titularidade deriva da própria defesa da concorrência promovida pela referida legislação. Os beneficiários de um ambiente concorrencial sem vícios são os consumidores, que se confundem com a coletividade, haja vista que, em geral, no mundo contemporâneo, nenhum ser humano é capaz de produzir tudo daquilo que necessita, de modo que optam por fazer trocas no mercado e, portanto, inevitavelmente tornam-se consumidores.

⁹⁶ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58. Segundo o autor, a promoção do bem-estar do consumidor como fim da legislação antitruste é o entendimento das autoridades antitruste brasileiras, conforme o parecer da Secretaria de Direito Econômico, emitido nos autos do Ato de Concentração n. 08012.005799/2001-92, onde figuram como requerentes as empresas Copene Petroquímica do Nordeste e Odebrecht Química S.A.

⁹⁷ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

⁹⁸ ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 6.

Com o intuito de adquirir um arcabouço mínimo visando refletir a respeito de como utilizar o direito antitruste como um forte aliado na defesa do consumidor e promover sua eficácia normativa atrelada ao bem-estar do consumidor (ou seja, acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, mediante a eficiência produtiva), torna-se importante compreender concepções basilares — econômicas, jurídicas e políticas — que formam o escopo teórico do antitruste.

Para fins deste trabalho, serão abordadas mais detidamente duas formulações conceituais de penetração bastante destacada por toda a teoria de combate aos trustes: as noções de concorrência e monopólio. Essas duas concepções bem delineadas, e suas respectivas compreensões, permitem projetar o objetivo central deste estudo, que é analisar e propor a utilização da legislação antitruste como instrumento profícuo para a efetivação do princípio constitucional econômico da defesa do consumidor, garantindo-se a eficácia normativa do antitruste perante o ordenamento jurídico brasileiro e o titular do bem jurídico tutelado.

4. O ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A construção da civilização ocidental deu impulso ao chamado Estado de direito. Nesse contexto, a edição de legislações aplicadas aos mais variados campos da vida humana tem intuito, dentre outros, de permitir aos seres humanos o autogoverno, entregar e sustentar o ambiente mais pacífico possível entre os membros do corpo social, a fim de permiti-lhes a utilização dos seus próprios meios para alcançar a sua própria definição de contentamento pessoal.

Nas palavras de Edwin S. Rockefeller⁹⁹ “aspiramos a ter um governo de leis, não de homens” e por isso “o estado de direito implica regras averiguáveis e coerentes destinadas a guiar e julgar o comportamento”. O Estado de direito, portanto, objetiva acima de tudo afastar a humanidade o máximo possível da regra do predomínio da força — de forma indistinta e em detrimento da vontade —, mantendo-a distante dos regimes autoritários. Visa tirar a fonte do poder coativo dos impulsos da mera manifestação do arbítrio e guardá-la nas leis, as quais possam ser examinadas, verificando-se a tangibilidade dos seus fundamentos e se estes são harmoniosos com sua eficácia normativa.

Desse modo, para uma melhor reflexão de qual a maneira mais eficaz de efetivação do princípio constitucional econômico da defesa do consumidor por meio do direito antitruste, é indispensável a análise dos fundamentos que alicerçam a própria teoria do antitruste. Somente examinando-os é possível observar e promover a eficácia normativa da legislação antitruste, no que diz respeito a defesa do consumidor, ou seja, do seu bem-estar.

A respeito dos fundamentos e da eficácia normativa, Miguel Reale apresenta importantes noções interligadas ao âmbito jurídico. Relativo ao fundamento, elucida o referido jurista que este “é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia”¹⁰⁰.

Os fundamentos têm a capacidade de tornar uma norma jurídica válida eticamente, pois são os “valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres”¹⁰¹. Dessa forma, observa-se que alguns dos fundamentos da legislação antitruste são

⁹⁹ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 9.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115.

¹⁰¹ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

defender a concorrência e impedir a formação de monopólios. Daí a importância de se averiguar as noções sobre concorrência e monopólio.

Sobre a eficácia, aludido autor também oferece lições singulares. Nesse ponto, demonstra que uma norma jurídica somente tem capacidade de cumprir sua finalidade se possuir, além da validade técnico-jurídica, a devida eficácia normativa. Tais requisitos são indissociáveis, posto que:

Há leis que entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais. Isto não obstante, *valem*, isto é, vigem. Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não *eficácia* espontânea no seio da comunidade.¹⁰²

Por conseguinte, o autor afirma que não basta a sociedade viver o Direito, ela deve antes de mais nada reconhecê-lo como tal. A coletividade incorpora-o à sua maneira de ser e de agir a partir desse reconhecimento, alcançado perante a observação dos fatos, podendo concretizar-se através da adesão racional deliberada ou mediante a intuição da respectiva conveniência ou oportunidade. Concluindo, leciona:

O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, *ser formalmente válida e socialmente eficaz*.¹⁰³

Ao longo de sua explanação, Miguel Reale vai então apresentando conceituações sobre o que seja eficácia e formula que:

A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.¹⁰⁴

Fiquemos aqui, para fins deste trabalho, com a noção pormenorizada de eficácia normativa, sendo a simbiose entre os efeitos ou consequências sociais que uma regra jurídica produz e as finalidades que a própria regra se propõe e que a sociedade exige. Depreende-se então, que a própria Lei 12.529/11, apenas alcançará sua finalidade se adquirir eficácia normativa.

¹⁰² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

¹⁰³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

4.1 Concorrência

Investigar a concepção de concorrência é essencial para a análise do direito antitruste, afinal este foi instituído com a pretensão de defendê-la. Em um contexto concorrencial, pressupõe-se a existência de disputa. Trata-se de uma situação onde dois agentes livres possuem objetivo semelhante, ao qual apenas um pode alcançá-lo em um mesmo espaço de tempo. A concorrência entre estes ocorre — e somente tem razão de ser — porque não se sabe ao certo, antecipadamente, quem alcançará o objetivo¹⁰⁵. Concorrer ou ser competitivo — palavra originária do latim *cumpetitio* — é uma ação de reivindicar algo ao mesmo tempo que outro.

A concorrência, aliás, é algo presente na própria natureza, desde animais disputando território, até plantas que rivalizam por luz solar, além do próprio processo reprodutivo natural. Outro exemplo são as competições esportivas, como futebol, que envolvem a concorrência, sejam jogadores competindo pelos melhores contratos e prêmios, os clubes pelo maior número de títulos importantes, as emissoras de telecomunicação pelos direitos de transmissão dos times mais populares, etc. Na seara do Direito, os próprios litígios judiciais, grosso modo, são marcados pela concorrência, onde ambas as partes disputam a tutela judicial a seu favor, por exemplo.

Tais quais vários dos vocábulos conduzidos a conceituações ao longo deste trabalho, a concorrência — relacionada ao mercado — também tem suas dificuldades. Edwin S. Rockefeller aponta que essa dificuldade se traduz na existência de ao menos cinco significados diferentes para esta, quais sejam:

- (1) Rivalidade, (2) ausência de restrição sobre as atividades econômicas de uma pessoa por outra pessoa, (3) estado do mercado em que o comprador individual ou vendedor não influencia o preço pelas suas compras ou vendas, (4) existência de setores fragmentados e mercados preservados por meio da proteção de pequenos negócios viáveis, de propriedade local e (5) qualquer situação em que o bem-estar do

¹⁰⁵ A esse respeito, Friedrich August von Hayek traz a seguinte reflexão acerca concorrência: “Dentro ou fora da esfera econômica, quase sempre só faz sentido adotar o processo da concorrência quando não sabemos, de antemão, quem terá o melhor desempenho. Porém, em exames ou competições esportivas, assim como no mercado, ela nos diz apenas quem teve a melhor atuação naquela ocasião específica e não necessariamente que cada um conseguiu o máximo possível — embora forneça também um dos mais eficazes incentivos ao desempenho. Estimula a superar o concorrente mais próximo, mas, se este estiver muito atrás, o grau de liberdade que tem o melhor para decidir o quanto se empenhará pode ser muito amplo. Só julgará necessário empenhar-se ao máximo se o concorrente mais próximo estiver logo atrás e ele não souber qual é sua vantagem. E só se houver uma escala mais ou menos contínua de capacidade, e estiverem todos ansiosos por obter a melhor classificação possível, cada um ficará alerta para verificar se o concorrente mais próximo o está alcançando” (HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. v. III. São Paulo: Visão, 1985, p. 72).

consumidor não pode ser aumentado pela troca por uma condição alternativa por meio de decisão judicial.¹⁰⁶

Não obstante, Paula Forgioni traz a seguinte definição para a concorrência no mercado:

[...] fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a terceiro o mesmo bem, ou bens intercambiáveis. Temos concorrência sempre que dois ou mais agentes econômicos competem pela mesma oportunidade de troca.¹⁰⁷

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Secretaria de Acompanhamento Econômico dispõem das seguintes conceituações para concorrência:

A concorrência é um processo empreendido por determinados agentes econômicos que se caracteriza pela busca de vantagens (diferenciação) obtidas por meio de estratégias deliberadas com o objetivo de gerar ganhos excepcionais (lucros de monopólio), ainda que temporários.¹⁰⁸

A concorrência é o processo pelo qual, por um lado, diferentes consumidores disputam entre si pela aquisição de determinado produto ou serviço e, por outro, diferentes fornecedores de um bem ou serviço tentam conquistar a preferência dos consumidores. Os meios empregados nesse processo são os preços, a qualidade do produto ou serviço e a inovação. Portanto, por meio da concorrência, os agentes econômicos empregariam o máximo esforço possível para alcançar seus objetivos, o que contribuiria para a obtenção de uma máxima utilidade ou bem-estar, sem desperdício dos recursos econômicos, que são finitos.¹⁰⁹

Logo, pode-se afirmar que em um mercado baseado na competição, cujos vendedores e compradores promovem trocas voluntárias de bens e serviços, a concorrência, de modo sumário, é uma conjuntura onde, no mínimo, dois agentes econômicos estão desimpedidos e aptos a convencer um terceiro a efetuar uma troca com um deles.

Um dos aspectos mais essenciais da concorrência é, pois, transmitir as informações necessárias para que os recursos escassos da sociedade não sejam desperdiçados e possam ser alocados da maneira mais eficiente possível.

¹⁰⁶ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 56.

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

¹⁰⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE (2016). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁰⁹ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Cartilha de promoção à concorrência (2016). Brasília: SAE, 2016, p. 3. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrenca/documentos/cartilha-da-concorrenca_versao-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

4.1.1 Observações gerais sobre a concorrência na doutrina antitruste

Majoritariamente, os estudiosos do antitruste adotam um padrão para a concepção de concorrência, que entendem dever ser perseguida pelo direito antitruste. Chama-se concorrência perfeita. Essa teoria passou a ser adotada, aproximadamente, a partir de 1920 pela teoria econômica neoclássica, conforme explicita André Luiz Santa Cruz Ramos:

Analisando o período entre 1885 e 1920, Jack C. High e Thomas J. DiLorenzo verificaram que os economistas de então não apoiavam as leis antitruste justamente porque consideravam a concorrência um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta. Nesse estudo, High e DiLorenzo verificaram também que após 1920 o modelo estático de “concorrência perfeita” passou a ter mais aceitação, e isso fez com que as leis antitruste recebessem mais apoio.¹¹⁰

Ao passo que, passou-se a aplicar a concorrência perfeita também como balizamento do mercado na teoria antitruste. Nesse sentido, Phillip Areeda e Louis Kaplow, citados por Edwin S. Rockefeller, afirmam que:

Portanto, o modelo perfeito de concorrência pode ser visualizado como um alvo central, cujos resultados são almejados pelo antitruste, mas cujas condições o antitruste não toma como certas. Sendo assim, o antitruste procura orientação na concorrência perfeita, mas a análise inevitavelmente enfatiza as várias e complexas imperfeições dos mercados reais.¹¹¹

Por tratar-se de um conceito advindo da ciência econômica, salutar, portanto, iniciar esta detida averiguação pela concepção trazida pelo economista americano N. Gregory Mankiw:

Vamos supor neste capítulo que os mercados *sejam perfeitamente competitivos*. Os mercados perfeitamente competitivos se definem por meio de duas características: (1) os bens oferecidos à venda são todos iguais, e (2) os compradores e vendedores são tão numerosos que nem um único comprador ou vendedor pode influenciar no preço de mercado. Como compradores e vendedores em mercados competitivos devem aceitar o preço que o mercado determina, diz-se que são *tomadores de preços*.¹¹²

Referido autor, também adiciona uma terceira condição que caracteriza a concorrência perfeita, que é “as empresas podem entrar e sair do mercado livremente”¹¹³. Usando desse modelo, que desconsidera variáveis que podem existir fora dele, a conclusão

¹¹⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109.

¹¹¹ ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 42.

¹¹² MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 66.

¹¹³ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 292.

numérica a que se chega é de que um mercado de concorrência perfeita é aquele onde os preços de um bem ou serviço são iguais aos seus custos de produção marginal¹¹⁴ — ou seja o valor do aumento dos custos totais para produzir uma unidade a mais de um determinado bem ou serviço.

Assim, na tentativa de tornar os estudos sobre os mercados mais exatos — através do auxílio de cálculos matemáticos —, com conclusões menos variáveis e mais previsíveis, muitos estudiosos passaram a adotar a concorrência perfeita como um sistema modelo, um quadro ideal que representaria o ponto máximo de eficiência econômica produzido por um mercado competitivo e de estabilização da satisfação social. É uma forma utilizada para estudar os mercados e definir para onde eles devem guiar-se.

O próprio N. Gregory Mankiw justifica a escolha pela concorrência perfeita dessa maneira: “Apesar da diversidade de mercados encontrados no mundo real, começaremos estudando a concorrência perfeita. Mercados perfeitamente competitivos são os mais fáceis de analisar”¹¹⁵. Na doutrina jurídica, observam-se as seguintes noções de concorrência perfeita:

A concorrência perfeita seria aquela em que num ambiente revestido por um grande número de compradores e vendedores em interação recíproca: i) todos os vendedores fazem produtos absolutamente homogêneos e assim os consumidores são indiferentes na escolha do vendedor, com a condição de que todos os preços sejam iguais; ii) cada vendedor no mercado é tão pequeno em proporção comparado ao mercado como um todo, que, se um vendedor aumentar ou diminuir a sua produção, ou até sair do mercado, não afetará as decisões dos outros vendedores naquele mercado; iii) todos os recursos são completamente móveis (não são perdidos/não realocáveis) ou de fácil realocação; iv) todos os vendedores têm o mesmo acesso aos insumos (inputs) necessários; v) todos os participantes do mercado têm bom conhecimento sobre preço, produção (output) e outras informações sobre o mercado; vi) não há economias de escala e escopo significativos e também externalidades. Como regra geral, quanto mais próximo um mercado está de preencher essas condições, mais competitivo é o seu desempenho.¹¹⁶

Assim, o modelo de concorrência perfeita considera: (i) que há um número indefinido de concorrentes e consumidores; (ii) que eles possuem todas as informações sobre o mercado em que atuam; (iii) que há homogeneidade de produtos; (iv) que não existem barreiras artificiais à circulação dos bens; (v) que não ocorrem inovações tecnológicas capazes de interferir nos preços e na preferência dos consumidores etc. Em suma: esse modelo pressupõe uma série de condições “perfeitas” para o funcionamento de um mercado.¹¹⁷

Esse modelo de mercado, que se diz ideal, mas utópico de ser atingido em sua plenitude, notabilizar-se-ia pela sua perfeita competitividade, dada a existência alta e equivalente de produtores e compradores, todos pequenos em relação ao todo, e com isso incapazes de influenciar no preço de produtos ou serviços e na atuação de outros competidores com suas decisões individuais. Uma empresa nesta condição jamais poderia elevar seus preços ou reduzi-los demasiadamente, caso contrário perderia

¹¹⁴ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 350.

¹¹⁵ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 67.

¹¹⁶ GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100.

¹¹⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 112.

participação de mercado, já que seus compradores procurariam outro fornecedor, ou os custos de produção implicariam prejuízos certos.¹¹⁸

A Secretaria de Acompanhamento Econômico também pontua o seguinte a esse respeito:

Diz-se que um mercado possui concorrência perfeita quando é caracterizado por um grande número de vendedores e compradores de um produto homogêneo, sem barreiras à entrada de mais empresas nesse mercado, de modo que nenhuma empresa ou consumidor poderia influenciar os preços ou a quantidade do produto nesse mercado.¹¹⁹

Depreende-se, portanto, que a concorrência perfeita é um modelo atomístico, onde o mercado competitivo seria capaz de apresentar todos os fins de eficiência e bem-estar pretendidos pela legislação antitruste homogeneamente, a livre concorrência e livre iniciativa estariam em constante equilíbrio com a livre entrada e saída dos agentes econômicos, sem influências nas tomadas de decisões, preferências e preços.

Ao fim e ao cabo, ela define o parâmetro ao qual um ambiente competitivo deveria perseguir, cujas condutas que não se adequem a essa perspectiva — denominadas falhas ou efeitos autodestrutíveis de mercado — deveriam ser combatidas através da intervenção estatal, por meio, por exemplo, do direito antitruste¹²⁰. A concorrência perfeita abre espaço para a noção de que se seus efeitos teóricos podem ser pressupostos matematicamente, a concorrência em si pode ser capturada na prática por condutas econômicas e políticas, e, portanto, pode ser dirigida conforme os objetivos desejados.

Os economistas e adeptos dessa corrente de pensamento, passaram então a classificar todos os mercados que apresentem características diversas da concorrência perfeita como mercados de concorrência imperfeita ou mercados imperfeitamente competitivos¹²¹, os

¹¹⁸ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 146.

¹¹⁹ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Cartilha de promoção à concorrência (2016). Brasília: SAE, 2016, p. 3. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrenca/documentos/cartilha-da-concorrenca_versao-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹²⁰ “A essência do antitruste, portanto, é essa: aplicando-se o modelo de “concorrência perfeita”, qualquer mercado opera, na prática, fora das suas condições ideais de funcionamento, isto é, todos os mercados são “imperfeitos” e tendentes à concentração, cabendo ao Estado, conseqüentemente, intervir nesses mercados para corrigir suas supostas falhas, evitando a concentração empresarial” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 113).

¹²¹ Definindo concorrência imperfeita ou mercado imperfeitamente competitivos tem-se: “Em sentido oposto existiriam os mercados imperfeitamente competitivos, onde, apesar de a concorrência ocorrer entre produtores e compradores, suas condições não são ideais, pois faltam os pressupostos dos mercados perfeitamente competitivos. Nesse modelo, também denominado de regime de concorrência monopolística, a diferenciação entre os produtos e a constituição de uma rede de compradores fiéis garante ao produtor uma condição mais favorável daquela que teria se os seus produtos ou serviços concorressem mais efetivamente com os de outras marcas. Como resultado, o preço praticado pode ser maior do que de fato seria, e ainda ocorrer uma limitação na produção ou

quais possuem subclassificações a depender do arranjo observado. Novamente nas lições de N. Gregory Mankiw:

Contudo, os mercados de muitos bens e serviços não são perfeitamente competitivos. Em alguns mercados existe apenas um vendedor, e este vendedor determina o preço. Este tipo de vendedor constitui um *monopólio*. [...]. Em outros mercados há poucos vendedores que nem sempre competem agressivamente. Este tipo de mercado é denominado *oligopólio*. Em outros mercados, ainda, há muitos vendedores oferecendo produtos ligeiramente diferentes. Como os produtos não são idênticos, cada vendedor pode determinar, em certa medida, o preço de seu produto. Diz-se que um mercado desse tipo é *monopolisticamente competitivo*.¹²²

Dessa maneira, o estudo do mercado formula-se em um parâmetro de resultados fixos a serem alcançados, cujas subclassificações são utilizadas como forma de captar o liame dos diferentes mercados reais e propor os ajustes necessários para que se concretize uma prática mais próxima da concorrência perfeita.

4.1.2 Uma outra perspectiva: concorrência como sinônimo de dinamismo constante

Conforme exposto anteriormente, a ideia de concorrência perfeita passou a ser adotado por volta de 1920. No período anterior a esse, os economistas possuíam visão diferenciada a respeito. É o que leciona André Luiz Santa Cruz Ramos:

Pode-se afirmar, pois, que esses economistas de outrora tinham uma visão dinâmica do processo concorrencial, ou seja, adotavam o mesmo conceito de concorrência formulado por Adam Smith, para quem a concorrência nunca foi um estado de coisas ou uma situação estática, mas um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta permanentes, que dependia fundamentalmente da não intervenção estatal. Analisando o período entre 1885 e 1920, Jack C. High e Thomas J. DiLorenzo verificaram que os economistas de então não apoiavam as leis antitruste justamente

comercialização do bem ou produto. Contudo, acredita-se que, apesar de este modelo não ser o ideal para a concorrência, não se pode punir uma empresa que conquistou seus compradores, seja pela marca, seja pela qualidade do produto, e com isso pratica um preço mais elevado por esse produto ou serviço, e, mesmo existindo sucedâneos no mercado, os compradores continuam, por opção, fiéis à marca. Evidentemente, tal situação de dominação de mercado é aceitável, desde que os possuidores das marcas principais não se valham de práticas anticoncorrenciais para manterem essa condição” (BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 146-147). Outra definição é: “Na concorrência imperfeita, há, do lado da oferta, apenas um produtor (monopólio), ou alguns produtores (oligopólio) e, do lado da demanda, apenas um consumidor (monopsônio) ou alguns poucos consumidores (oligopsônio). Na concorrência imperfeita, também ficam afastados alguns postulados da concorrência perfeita, como a mobilidade dos fatores de produção ou a presunção de que toda a produção será vendida. De fato, como ocorre na realidade, mesmo em mercados não monopolistas, não é algo simples para a empresa vender parte de seu ativo, para investir em outra atividade mais lucrativa, ou aumentar sua capacidade instalada. [...]. Mas o que caracteriza a concorrência imperfeita é a capacidade de certos agentes econômicos fornecedores ou consumidores em definir, por sua vontade exclusiva, a quantidade produzida ou consumida ou o preço a ser praticado” (BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 51).

¹²² MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 67.

porque consideravam a concorrência um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta. Segundo High e DiLorenzo, era comum o entendimento entre os economistas do período inicial do Sherman Act de que o tamanho das empresas, por exemplo, não tinha muita relação com a existência de concorrência num determinado mercado. Para eles, por mais que um setor da economia estivesse sofrendo um surto de concentração empresarial, isso não significava, por si só, a supressão da concorrência, podendo ser, ao contrário, a própria essência do processo concorrencial, dinâmico e incerto por natureza.¹²³

Depreende-se, consoante o referido autor, que em referido período os economistas eram céticos em relação aos efeitos anticompetitivos das grandes empresas que se formavam, posto que, dentre outros fatores, mesmo com grandes combinações em curso, outras grandes combinações rivais mantinham a concorrência igualmente pujante. Ou seja, a concorrência não depende do número de competidores e sim da existência de entraves coercitivos para entrada de novos concorrentes aptos. E conclui:

Parece bastante claro que o surgimento de grandes empresas em decorrência de fusões e aquisições era visto pelos economistas do período inicial do Sherman Act não apenas como uma forma natural de reduzir custos com a produção em larga escala, mas também como uma forma de reduzir gastos com publicidade e com transporte. Isso, obviamente, acarretava benefícios para os consumidores e para a sociedade. Enfim, eles entendiam que era plenamente possível haver concorrência num mercado mesmo que ele fosse dominado por grandes empresas.¹²⁴

Referido autor assevera que esta concepção foi revisitada e é mais bem representada hoje pelos economistas da denominada Escola Austríaca de Economia — cujo principal autor é Ludwig von Mises.

Novamente, por trata-se de um conceito atrelado a economia, proveitoso, de antemão, trazer as palavras do economista Friedrich August von Hayek, outro expoente da referida escola, que leciona o seguinte sobre o que representa a concorrência:

A concorrência é, pois, acima de tudo, tal como a experimentação científica, um processo de descoberta. Nenhuma teoria que parta da premissa de que os fatos a descobrir já são conhecidos lhe pode fazer justiça. Não há um conjunto predeterminado de fatos conhecidos ou 'dados' que serão sempre plenamente levados em conta. Tudo que podemos esperar obter é um processo que tenda em geral a promover uma situação em que se levará em conta um maior número de fatos objetivos virtualmente úteis do que em qualquer outro procedimento conhecido. São as circunstâncias que tornam tão irrelevante, na escolha de uma política desejável, qualquer avaliação dos resultados da concorrência baseada na premissa de que todos os fatos pertinentes são conhecidos por uma única pessoa. A questão real é como melhor favorecer a utilização ótima do conhecimento, das habilidades e das oportunidades de adquirir conhecimento, dispersos entre centenas de milhares de

¹²³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109-110.

¹²⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111.

peças mas não possuídas inteiramente por ninguém. A concorrência deve ser encarada como um processo em que as pessoas adquirem e transmitem conhecimento — tratá-la como se todo esse conhecimento estivesse, desde o início à disposição de qualquer pessoa é transformá-la num contrassenso. E é tão absurdo julgar os resultados concretos da concorrência com base numa idéia preconcebida dos produtos que ela ‘deve’ gerar quanto o seria julgar os resultados da experimentação científica por sua correspondência com o que era esperado. Assim como no caso dos resultados da experimentação científica, só podemos julgar o valor dos resultados pelas condições em que a concorrência se desenvolveu, não pelos resultados em si. Exatamente como qualquer outra modalidade de experimentação, não se pode dizer, portanto, que a concorrência leva à maximização de quaisquer resultados mensuráveis. Simplesmente dá lugar, em condições favoráveis, ao uso de mais habilidade e conhecimento que qualquer outro procedimento conhecido. Embora toda utilização bem-sucedida de habilidade e conhecimento possa ser considerada um ganho — podendo, assim, cada ato adicional de troca em que ambas as partes preferem o que obtêm ao que cedem ser considerado uma vantagem —, nunca somos capazes de saber em que montante total aumentaram os benefícios líquidos para todos. Não precisamos ocupar-nos de grandezas mensuráveis ou aditivas, devendo antes aceitar como o ótimo possível os resultados propiciados por aquelas condições gerais que se revelam as mais favoráveis à descoberta do maior número de oportunidades.¹²⁵

Ao percorrer o pensamento dessa escola em seu livro, André Luiz Santa Cruz Ramos traz várias conceituações e apontamentos sobre a concorrência no mercado. Sintetizando-as, afirma que a concorrência é:

[...] um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta no qual (i) há bens e serviços diversos sendo demandados e ofertados, (ii) o número de ofertantes é grande ou pequeno em virtude de inúmeras circunstâncias, (iii) existe a criação de barreiras artificiais à entrada, (iv) os preços e as características dos produtos e serviços oscilam, (v) os consumidores e empresários não possuem todas as informações relevantes de cada mercado etc.¹²⁶

Adotando essa perspectiva de concorrência no mercado, aludido autor apresenta um conjunto de críticas à concorrência perfeita centradas no equivocado uso da matemática na ciência econômica para o estudo da concorrência, sem que existam bases realísticas para tal¹²⁷.

Essa posição tem por base o fato de que as ciências naturais (tal qual a matemática) possuem a condição de realizar teste laboratoriais e em situações controladas, que suscitam o uso do empirismo e do positivismo para seus experimentos científicos. Já as ciências humanas não possuem tais prerrogativas, pois tratam de objetos muito mais complexos — seres humanos e suas ideias —, que possuem liberdade, vida e dignidade a serem contempladas de antemão, e

¹²⁵ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*. v. III. São Paulo: Visão, 1985, p. 72-73.

¹²⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125.

¹²⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114-121.

que fazem uso de uma faculdade totalmente imprevisível: a ação humana¹²⁸. O economista espanhol Jesús Huerta de Soto, citado por André Luiz Santa Cruz Ramos, assim aduz:

Uma [...] diferença entre as ciências naturais e as ciências sociais é que o objeto de estudo das ciências naturais são as coisas, as matérias, as substâncias: uma pedra, um mineral, uma planta, uma vesícula biliar. Já o objeto de investigação ou estudo das ciências humanas não são coisas, mas sim ideias – as ideias que os seres humanos têm a respeito de seus objetivos e dos meios com os quais alcançar esses seus objetivos. Esta é uma diferença essencial entre o mundo da ciência natural e o mundo da ciência social. Nas ciências naturais, seus profissionais estão sempre fazendo experimentos em laboratório, observando e analisando como reagem coisas externas a nós; nas ciências sociais, investigamos as ideias que outros indivíduos têm, investigamos como agem e o que fazem – ou seja, investigamos seus objetivos e os meios utilizados para alcançarem estes objetivos.¹²⁹

Nesse viés, sobre a economia pontua André Luiz Santa Cruz Ramos:

A economia estuda a ação humana e, portanto, lida com indivíduos que agem em busca da satisfação de seus objetivos. Em busca desses objetivos, os indivíduos pensam, aprendem, mudam hábitos, inovam etc., e isso faz deles um objeto de estudo absolutamente imprevisível, que não pode testado em laboratório como coisas inanimadas ou ter suas ações descritas como meras curvas ou gráficos em equações ou modelos matemáticos.¹³⁰

Desse modo, a utilização de métodos cartesianos para o enfrentamento e a modelação do processo concorrencial competitivo é errôneo, posto que todo o teorema se apresenta alicerçado em pressupostos que não podem ser identificados na realidade prática, de forma estática, atemporal e abrangente, como pretendido. Com efeito, não há em nenhum lugar do mundo um mercado onde nenhum agente econômico possa influenciar no preço ou, no mínimo, na qualidade dos produtos — seja promovendo métodos diferenciados de produção, distribuição, marketing, ou mesmo inovando —, a menos que sejam coagidos a essa situação.

¹²⁸ Ludwig von Mises a esse respeito elucida: “A experiência com a qual as ciências da ação humana têm de lidar é sempre uma experiência de fenômenos complexos. No que diz respeito à ação humana, não se pode realizar experiência em laboratório. Nunca temos condição de observar a mudança em um elemento isolado, mantendo-se todos os demais inalterados. A experiência histórica, na condição da experiência de fenômenos complexos, não nos fornece fatos, no sentido com que as ciências naturais empregam este termo, para designar eventos isolados testados em experiências. A informação proporcionada pela experiência histórica não pode ser usada como material para a construção de teorias ou para previsão de eventos futuros. Toda experiência histórica está aberta a várias interpretações e de fato, é interpretada de diversas maneiras. Os postulados do positivismo e escolas metafísicas congêneres são, portanto, ilusórios. É impossível reformar as ciências da ação humana obedecendo a padrões da física ou de outras ciências naturais. Não há possibilidade de estabelecer a posteriori uma teoria de conduta humana e dos eventos sociais. A história não pode provar nem refutar qualquer afirmação de caráter geral, da mesma maneira que as ciências naturais aceitam ou rejeitam uma hipótese, com base em experiências de laboratório. Neste campo, não é possível provar por experiências que uma hipótese seja falsa ou verdadeira” (MISES, Ludwig von. *Ação Humana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 58).

¹²⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 116.

¹³⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119.

Além do mais, não há possibilidade humana de todos os agentes econômicos (nem mesmo um deles) adquirirem universalmente todas as informações de eventos do mercado atual e futuro, de forma a anular suas influências. Infere-se, portanto, que a concorrência perfeita é uma construção teórica onde a concorrência é um estado de coisas estático e homogêneo, e a criatividade e a diversidade são indesejáveis.

Ao fim e ao cabo, o autor aponta que uma concepção que vislumbra o ápice da concorrência como uma situação estéril e sem mobilidade, acaba por ir de encontro a própria essência desta, conforme dilucida:

Ocorre que, como explicaremos melhor no tópico seguinte, a inadequação da teoria da “concorrência perfeita” para análise de mercados reais é patente, porque, se um mercado operasse conforme o modelo estático de concorrência perfeita, não haveria, na verdade, concorrência nenhuma. De fato, qualquer atuação competitiva de um agente do mercado (inovação tecnológica, marketing publicitário ou redução de preços, por exemplo) extrapola os limites do modelo da “concorrência perfeita” e, portanto, justifica a intervenção. Em suma: a aplicação da teoria da “concorrência perfeita” impede, paradoxalmente, a própria existência do processo concorrencial.¹³¹

Logo, a concorrência não é uma situação de vários competidores, onde nenhum integrante, atuante ou em potencial, dispõe de qualquer possibilidade de fazer alguma diferença. É, na verdade, um processo dinâmico¹³² e incerto de rivalidade e descoberta onde nenhum potencial integrante encontra barreiras coercitivas externas à entrada que o impossibilite de disputar a preferência dos consumidores.

4.2 Monopólio

Etimologicamente, segundo Modesto Carvalhosa, citado por Paula Forgioni¹³³, a palavra monopólio provém de dois vocábulos gregos, *monos* que significa só e *polien* que quer dizer vender. Grosso modo, a palavra representa algo como único vendedor. Sobre o histórico dessa categoria econômica, Paula Forgioni afirma que “são várias as notícias sobre, por

¹³¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114.

¹³² Ilustrando aspectos dessa dinâmica, Ludwig von Mises pondera: “Todo homem engenhoso pode iniciar uma nova atividade econômica. Pode ser pobre, seus recursos podem ser escassos e a maior parte deles pode ter sido obtida por empréstimo. Mas, se satisfaz o desejo do consumidor de uma maneira melhor e mais barata, obterá lucros “excessivos” e vencerá. Reinvestirá a maior parte de seus lucros no seu negócio, fazendo-o crescer rapidamente. É a atividade desses novos empresários que imprime à economia de mercado o seu “dinamismo”. Esses nouveaux-richtes são os precursores do progresso econômico. A ameaça de sua concorrência força as firmas mais antigas e as grandes companhias a ajustarem sua conduta, de modo a servir melhor o público, para não serem obrigadas a encerrar suas atividades.

¹³³ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 259.

exemplo, a vedação dos monopólios na antiguidade, do acaparramento de mercadorias etc.”¹³⁴ e que “os monopólios não eram regulados na antiguidade pois que contrários a uma forma de mercado escolhida como ótima, mas por razões extremamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias e ao abastecimento da população”¹³⁵. E acrescenta:

[...] na antiguidade grega, havia a regulamentação dos monopólios, de forma a gerar para o governo receitas consideráveis. Como exemplo, a estratégia da cidade de Selimbria, que reteve todas as provisões de fermento, exceto aquelas necessárias a população por um ano. Posteriormente, vendeu o produto por preço elevado, inclusive no mercado externo. Na mesma linha, Pítoles sugeriu que a cidade de Atenas instituisse monopólio estatal do chumbo sobre as minas da região de Lauria, possibilitando a elevação de seus preços — proposta que foi combatida por Demóstenes. De qualquer forma, os monopólios estatais na Grécia antiga, ao que tudo indica, tinham pouca duração e eram instituídos, pelos governantes, em períodos de dificuldades econômicas. No que diz respeito aos monopólios privados, não havia sua proibição *per se*, o que podemos deduzir do relato feito por Aristóteles da estratégia comercial encampada por Tales de Mileto. Este filósofo, prevendo abundante safra de azeitonas, alugou todos os lagares das cidades de Mileto e Chio. Chegada a época da colheita, detinha, com exclusividade, os instrumentos necessários a seu processamento, podendo cobrar por sua utilização o que hoje chamaríamos de “preços de monopólio”.¹³⁶

A mesma autora cita Fritz Machlup e descreve a cronologia dos monopólios na antiguidade da seguinte forma:

[...] *circa* 2100 a.C. — Código de Hamurábi, contendo referências a práticas monopolísticas; 347 a.C. — a palavra “monopólio” é utilizada, pela primeira vez, na Política de Aristóteles, em discussão sobre as pessoas que instituíram monopólios de lagares e ferro, para posteriormente revendê-los com lucro em tempo de alta procura; *circa* 160 a.C. — Cato faz referência a associações entre companhias rivais para o estabelecimento de preços de monopólio; *circa* 30 d.C. — Tiberius introduz a palavra “monopólio” na língua latina em um comunicado ao Senado; *circa* 79 d.C. — Plinius faz referência as reclamações dos cidadãos contra os excessos dos monopólios; 483 d.C. — Zenão proíbe todos os monopólios, públicos ou privados, combinações e acordos de preços; 533 d.C. — o Código de Justiniano contem proibições de práticas monopolistas.¹³⁷

Mais adiante, Paula Forgioni refere-se ao período romano, onde o monopólio, em suma, era usado para favorecer os proventos do Estado, seja praticando-o diretamente ou concedendo a um agente privado em troca de retribuição.

Por volta do século XV na Inglaterra, tal conceito atribuiu-se as concessões que a monarquia fazia a certos produtores de bens e serviços, impondo regime de exclusividade para

¹³⁴ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

¹³⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37-38.

¹³⁷ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38.

estes nos mercados que atuavam. Tal prática era comum entre os regimes absolutistas da idade média¹³⁸. Especificamente sobre o cenário inglês, André Luiz Santa Cruz Ramos aponta:

Esse conceito de monopólio como uma proibição de concorrência imposta pelo Estado remonta à Inglaterra do século XV, quando os monarcas adquiriram o costume de conceder privilégios exclusivos como uma forma de fortalecer o poder real e aumentar as receitas, ou mesmo como forma de alcançar determinados objetivos políticos, por exemplo, atrair novas indústrias e estimular a produção nacional. Essa atitude da Coroa britânica de conceder privilégios monopolísticos, principalmente para as guildas, permaneceu por muito tempo, mas no final do século XVI começou a sofrer contestações, como nos casos Davenant x Hurdís (no qual se questionou, com sucesso, o monopólio da guilda dos alfaiates de Londres) e Darcy x Allen (no qual se questionou, também com sucesso, o monopólio da fabricação de cartas de baralho concedido pela rainha Elizabeth a Edward Darcy), até que em 1623 o Parlamento inglês editou o Statute of Monopolies, restringindo o poder arbitrário da Coroa de conceder monopólios coercivos. A partir do século XVII, sobretudo após a edição do Statute of Monopolies, é possível perceber também que a concessão de monopólios pela coroa britânica passou a gerar conflitos nas colônias americanas, que começaram a questionar leis que atribuíssem privilégios monopolísticos a fabricantes ingleses. Não há dúvidas de que esse ideal contrário a monopólios concedidos pelo Estado inspirou a revolução americana, tanto que vários Estados expressamente os proibiram em suas respectivas constituições.¹³⁹

Ainda segundo o autor, com o movimento de alta concentração empresarial ocorrido nos Estados Unidos durante o fim do século XIX, essa concepção passou a ser ampliada também as dificuldades que grandes empresas hegemônicas no mercado impunham a entrada de novos concorrentes. Com a edição do *Sherman Act*, essa passou a ser a visão mais usual. Assim empresas que possuíam quase a totalidade do mercado passaram a ser denominadas monopolistas.

A vista dos apontamentos sobre concorrência apresentados anteriormente, pode-se angariar uma análise sobre noções de monopólio. A adoção de cada uma das concepções de concorrência demonstradas acima leva a uma diferente visão lógica do que venha a ser o monopólio, suas consequências e soluções.

Apesar de o direito antitruste dedicar-se também a outras formas de concentração empresarial, como duopólio e oligopólio, a atenção aqui será dada ao monopólio, posto ser uma categoria amplamente difundida, seja no âmbito acadêmico ou no campo do senso comum, e por permitir, a partir da sua compreensão, ampliar-se a reflexão para as outras categorias.

¹³⁸ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42-52.

¹³⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 130-131.

4.2.1 Observações gerais sobre o monopólio na doutrina antitruste

Tal qual a concorrência, o monopólio é também uma categoria familiarizada com a ciência econômica. É um comportamento econômico amplamente debatido, uma vez que, embora em geral seja visto de forma negativa, existem análises que o inserem no contexto público como necessário para, por exemplo, fornecimento de bens e serviços considerados de interesse nacional. No entanto, o monopólio público não será aqui o foco de abordagem e sim o do tipo privado.

Partindo-se da noção de concorrência perfeita, avista-se o monopólio como um empecilho para o seu alcance, tendo em vista ser diametralmente oposto aos seus pressupostos apresentados em tópico anterior. Nesse sentido:

Com efeito, se aceitarmos o modelo de “concorrência perfeita” – o qual pressupõe a existência de um número indefinido de concorrentes – como um critério normativo legítimo para análise dos mercados na prática, temos que concluir logicamente que um mercado no qual existe apenas um ofertante apresenta uma imperfeição (no caso, um monopólio) que precisa ser corrigida por meio de uma intervenção antitruste (se há apenas dois ofertantes, ter-se-ia um duopólio; se há poucos ofertantes, ter-se-ia um oligopólio).¹⁴⁰

Mais uma vez, interessante, portanto, iniciar a apuração desta categoria pelas lições da ciência econômica. N. Gregory Mankiw assim define monopólio:

Uma empresa é um monopólio se for a única vendedora de seu produto e este produto não tem substitutos próximos. A causa principal do monopólio está nas *barreiras à entrada*: um monopólio permanece como único vendedor em um mercado porque outras empresas não conseguem entrar no mercado e concorrer com ele. As barreiras a entrada, por sua vez, têm três origens: um recurso-chave é propriedade de uma única empresa; o governo concede a uma única empresa o direito de produzir com exclusividade algum bem; os custos de produção tornam um único produtor mais eficiente do que um grande número de produtores.¹⁴¹

Portanto, o monopólio seria uma empresa cujo produto somente ela vende e não possui similar ou substituto próximo, e nessa situação o consumidor possui somente duas escolhas no mercado: ou compra dessa empresa ou opta por não adquirir o bem ou serviço. Qualquer uma das opções é tomada de acordo com a premissa de que o indivíduo, ao fazer sua escolha, estará fazendo-a visando sair de uma situação de maior desconforto para uma de menor desconforto. No entanto, o grau desse desconforto é que pode ser alto demais se comparado

¹⁴⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128.

¹⁴¹ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 316-317.

com uma situação onde não exista monopólio (esse é o efeito do denominado na ciência econômica de preço monopolístico¹⁴²). É que mesmo aumentando os preços poderá existir mercado consumidor, no entanto, esses consumirão menos do que fariam em uma situação não monopolista, conforme sustenta o mencionado autor em uma rápida exemplificação:

Talvez não seja surpreendente o fato de que monopólios cobrem preços elevados por seus produtos. Clientes dos monopólios parecem ter pouca escolha a não ser pagar o preço cobrado, qualquer que seja. Mas, sendo assim, por que uma cópia do Windows não custa US\$ 1 mil? Ou US\$ 10 mil? A razão é que, naturalmente, se a Microsoft cobrasse esses preços, poucas pessoas comprariam o produto. Elas comprariam menos computadores, optariam por outros sistemas operacionais, ou fariam cópias ilegais. Os monopólios não podem atingir qualquer nível de lucro que desejem porque preços altos reduzem a quantidade adquirida pelos consumidores. Embora os monopólios possam controlar os preços dos bens que produzem, seus lucros não são ilimitados.¹⁴³

Em sua maioria, a doutrina que se debruça sobre o direito antitruste tem entendimento semelhante para os monopólios privados. Ou seja, de que são situações onde a empresa assume a predominância da disponibilização de um produto ou serviço aos consumidores reduzindo seu poder de escolha. A seguir algumas definições e apontamentos doutrinários nesse sentido:

No monopólio, a empresa é a única fornecedora de um bem ou serviço. Assim se julgar oportuno, ela irá praticar preços mais elevados e lucrar mais, mantendo seus custos em níveis baixos. As consequências são a redução da quantidade ofertada, mas isso não causa prejuízo para a empresa, ao contrário, gera lucro para ela e redução da utilidade para o consumidor disposto a pagar qualquer preço pelo bem e exclusão do mercado daqueles que não estão propensos a pagar o preço exigido pelo monopolista. A empresa monopolista pode reduzir a sua produção e aumentar o preço, e com isso lucrar mais com a produção menor, pois não tem concorrentes que possam ofertar o mesmo bem, como ocorre na concorrência perfeita. Assim, a análise marginal realizada pelo monopolista não se encontra limitada pelo preço de mercado (é a empresa monopolista que define o preço) nem se estende até a situação em que o lucro marginal é igual a zero, mas é limitada apenas pela sua própria estrutura de custos, e a produção cresce somente até o ponto em que seu lucro é máximo.¹⁴⁴

Por último, têm-se os mercados monopolizados, marcados pela atuação de uma única empresa no mercado para ofertar um produto ou serviço sem a ameaça do ingresso de um concorrente. Tal situação, entretanto, pode gerar seus efeitos no caso de um agente com absolutamente a totalidade do mercado, estando a outra pequena parcela com

¹⁴² O economista N. Gregory Mankiw esclarece que, fazendo uso da sua condição de formador de preços, o monopolista pratica o preço monopolístico que é a situação onde “o preço cobrado pelo monopólio excede o custo marginal” (MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 315). Outro economista, Ludwig von Mises assim delimita tal conceito: “Se as condições são de tal ordem que o monopolista possa assegurar para si mesmo maiores receitas líquidas, ao vender uma quantidade menor de seu produto por um preço mais elevado em vez de vender uma quantidade maior por um preço mais baixo, estamos diante de um preço monopolístico maior do que o preço que o produto alcançaria no mercado, se não houvesse o monopólio” (MISES, Ludwig von. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 337).

¹⁴³ MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 316.

¹⁴⁴ BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 51.

pequenos agentes que não representam a menor concorrência ao grande “monopolista”. Nesta situação o agente monopolista para maximizar seus lucros reduziria a produção “alavancando” o preço dos produtos ou serviços. Quanto maior a demanda e menor a oferta, o preço tende a aumentar. Os resultados podem ser desastrosos para a sociedade, pois muitas vezes parcela da população não consegue acompanhar os aumentos impostos pelo monopolista, e se vê excluída do consumo ou da utilização desse produto ou serviço. Daí a importância da atuação atenta das autoridades antitrustes.¹⁴⁵

De certa forma, a busca do monopólio (*attempt to monopolize*) e a posição monopolística são potencialmente prejudiciais a concorrência, uma vez que, em geral, implicam processo que passará pelo aniquilamento dos competidores.¹⁴⁶

Esse entendimento é seguido pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Secretaria de Acompanhamento Econômico delimita monopólio como “o caso de um mercado possuir um único fornecedor do seu bem ou serviço”¹⁴⁷, ao passo que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica assim dispõe:

Monopólio significa a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço. Empresas monopolistas podem determinar os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada. Como não tem concorrentes, o monopolista pode restringir a produção e, assim, elevar os preços de mercado, até que obtenha o máximo lucro possível. Comparado com um mercado competitivo, o monopólio produzirá quantidades menores e preços maiores do que os que prevaleceriam em uma situação competitiva, com perdas para o bem-estar da sociedade. Sem rivalidade de concorrentes, o monopolista pode também incorrer em ineficiências produtivas. Além disso, monopólios têm pouco estímulo para perseguir inovações e elevar a qualidade de seus produtos. A existência de outros concorrentes gera a necessidade de investir e inovar, como condição para não perder participação de mercado. Isso implica maior desenvolvimento tecnológico, com consequentes benefícios para a sociedade.¹⁴⁸

Logo, depreende-se que o monopólio tem sua atuação regulada pela legislação antitruste em virtude das condutas anticompetitivas que o concorrente pode praticar visando alcançá-lo e mantê-lo — como as que estão descritas no próprio art. 36, incisos I a IV da Lei 12.529/11¹⁴⁹ —, além das consequências que ele provoca em detrimento da coletividade, como redução da produção e aumento dos preços que serão por ela suportados.

¹⁴⁵ BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

¹⁴⁷ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Cartilha de promoção à concorrência (2016). Brasília: SAE, 2016, p. 3. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrencia/documentos/cartilha-da-concorrencia_versao-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE (2016). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁴⁹ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

4.2.2 Uma outra perspectiva: monopólio como sinônimo de barreiras coercitivas à entrada

Consoante relatado acima, a noção de concentração monopolística privada como promotora de prejuízos a concorrência e a coletividade, e alvo de necessária intervenção do Estado, se iniciou nos Estados Unidos no fim do século XIX e ganhou força a partir da edição do *Sherman Act*, ao passo que anteriormente a esse período ela tinha outra conotação. Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos:

Num estudo minucioso sobre o que se considerava monopólio entre os séculos XVII a XIX, Eric Daniels chegou à conclusão de que, antes da edição do *Sherman Act*, os Estados Unidos, seguindo uma tradição de liberdade econômica, combatiam o que ele chama de “monopólios coercivos”, ou seja, mercados em que o governo impedia a concorrência mediante a concessão de privilégios legais. Em contrapartida, mercados que apresentavam concentração empresarial em decorrência da eficiência das empresas dominantes não causavam maiores preocupações. Segundo Daniels, tudo mudou após a edição do *Sherman Act*, em basicamente dois aspectos: (i) a definição de monopólio, que passou a não mais distinguir entre aquele criado pelo governo, por meio da concessão de privilégios legais, e aquele criado pela eficiência superior de um concorrente em relação aos demais; e (ii) o tratamento jurídico dado aos monopólios, que sempre foi de restringir a intervenção do Estado na economia (já que era ele o criador dos monopólios), e passou a ser de aumentar exponencialmente a intervenção estatal por meio da regulação antitruste, a qual passou a abarcar qualquer setor do mercado e todas as decisões das empresas, desde a forma de aquisição de matérias-primas até as suas estratégias de publicidade.¹⁵⁰

À vista disso, portanto, o entendimento anterior ao *Sherman Act* era de que nenhum agente privado pode criar barreiras compulsórias à entrada de novos competidores, por mais poder econômico que ostente. Essa prerrogativa somente o Estado possui. Mencionado autor, por conseguinte, elucida que essa perspectiva, que também pode ser vislumbrada na denominada Escola Austríaca de Economia, não enxerga a alta concentração empresarial como algo prejudicial, desde que decorrente da eficiência competitiva.

Esse entendimento inclusive, de certa forma, está presente no art. 36, § 1º da Lei 12.529/11, dispondo, em suma, que não serão reprimidas as dominações de mercado decorrentes da eficiência do competidor, posto que, em regra, somente é mais eficiente em um mercado competitivo aquele que atende da melhor maneira os anseios do consumidor. Conforme leciona Paula Forgioni:

Retornamos ao problema que muito já foi referido: a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que

IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

¹⁵⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 130.

resultantes “de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 36, § 1.º, da Lei 12.529/2011). Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada do que seu concorrente, poderá licitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, com a eliminação de seus competidores. Nada há de mais esperado senão a busca do domínio de mercado, uma vez que o objetivo do agente econômico é o seu crescimento no setor em que atua.¹⁵¹

Tal perspectiva trazida por André Luiz Santa Cruz Ramos, procura demonstrar que em um mercado sem privilégios e entraves legais, um agente econômico somente consegue alcançar relevância no mercado se apresentar bens e serviços de preços baixos, de melhor qualidade, ou ambas as coisas, não importa se para alcançar esse fim ele promova atos de concentração. E somente se manterá nessa posição se continuar compenetrado nesses objetivos. Fora disso não há outra possibilidade. Conclui que “nesse caso, pois, a concentração empresarial, ainda que seja chamada equivocadamente de ‘monopólio’, não gera danos ao mercado”¹⁵².

Além disso, também atenta que existem vários fatores, em virtude da dinamicidade e incerteza provocada pela concorrência, que forçam o competidor considerado monopolista ou em posição monopolística a manter-se alerta e não abusar de sua condição de mercado. Tais variantes englobam a concorrência potencial, os produtos substitutos e a elasticidade da demanda. Ou seja, ao fim e ao cabo, em um cenário de mercado sem a concessão de privilégios e ampliação de barreiras pelo Estado, só existe um soberano que determina quem cresce e quem vai a falência: o consumidor. O princípio é que quanto menos entraves a entrada no mercado existirem, mais pressionado estarão os concorrentes, incluindo o monopolista. A respeito de cada um desses fatores elucidada:

O que impede o “monopolista”, nesse caso, de abusar da posição dominante que assumiu é, basicamente, a concorrência potencial: como a entrada é livre, no momento em que o “monopolista” começar a praticar preços altos ou a reduzir a qualidade dos seus produtos, a insatisfação dos seus consumidores não tardará a se manifestar, e rapidamente novos concorrentes surgirão.¹⁵³

¹⁵¹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138. De igual maneira, aduz Eduardo Ferreira Jordão: “Ainda, não há maiores inconvenientes sociais quando a dominação do mercado decorreu de maior eficiência econômica do agente dominante: “a concorrência é feita para que alguém a vença”. Seria paradoxal pretender como indesejada a situação em que um dos concorrentes passa a se destacar no mercado (que se torna, então, menos competitivo), se é justamente este o objetivo da concorrência, do ponto de vista deles.” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias a concorrência. Bolo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33).

¹⁵² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133-134.

¹⁵³ Complementa o autor: “O próprio caso da Standard Oil, tão mencionado pelos defensores do antitruste, fornece exemplos interessantes que ilustram muito bem como a concorrência potencial contém o ímpeto de dominação de um pretenso “monopolista”. O magnata do petróleo John Rockefeller realmente tentava afugentar seus concorrentes vendendo abaixo do custo, mas suas tentativas sempre fracassavam: muitos concorrentes simplesmente suspendiam suas atividades temporariamente, voltando a operar tão logo os preços da Standard Oil eram elevados.

Outro fator que impede uma empresa de abusar de sua condição de “monopolista” é a concorrência de substitutos. Por exemplo, se um produtor “monopolista” de refrigerantes aumenta seu preço abusivamente, muitos de seus consumidores podem deixar de comprar seus produtos e passar a adquirir sucos naturais. Se um produtor “monopolista” de carne bovina fizer o mesmo, pode perder alguns de seus consumidores para produtores de carne suína ou de frango. De fato, produtos substitutos exercem uma forte pressão competitiva sobre seus produtos substituídos.¹⁵⁴

Mesmo nos casos em que não há produtos substitutos, a elasticidade da demanda é responsável por frear qualquer tentativa de um “monopolista” de abusar de sua condição. Por exemplo, um estabelecimento “monopolista” de lavagem rápida de veículos numa determinada cidade pode tentar se aproveitar dessa situação para aumentar injustificadamente os preços de seus serviços. No entanto, ainda que não exista um serviço exatamente substituto ao alcance de seus consumidores, estes podem simplesmente mudar seus hábitos, passando a lavar seus veículos em casa, nos finais de semana.¹⁵⁵

Em virtude disso, segundo o autor, a incerteza e o receio com relação a essa gama de nuances, satisfatoriamente impede que o agente econômico com domínio relevante de mercado, em posição monopolística, abuse de sua posição e não atente aos interesses do consumidor. Ao passo que, os consumidores sempre estão predispostos a acolher rivais no mercado que afrontem o empresário negligente, tratem-se de concorrentes potenciais (sejam financistas, especuladores ou organizadores de empresas dispostos a arriscar capital para atender a demanda), substitutos ou a própria elasticidade da demanda.

Com essas premissas, André Luiz Santa Cruz Ramos faz uso das lições do economista norte-americano Murray Rothbard — também membro da Escola Austríaca de Economia — para concluir que o conceito correto de monopólio não está relacionado nem com a existência de um único vendedor, nem com a possibilidade de prática do chamado preço monopolístico. Posto que, em ambos os casos, os fatores decorrentes do processo concorrencial dinâmico e incerto, impede que qualquer dessas manifestações possa prejudicar o consumidor,

Rockfeller então decidiu comprar alguns dos negócios desses concorrentes espertos, mas muitos deles, assim que viam novas oportunidades de lucro, abriam novas refinarias com o dinheiro da venda. Em suma: a concorrência potencial decorrente da livre entrada fez com que os planos “monopolísticos” de Rockfeller não obtivessem êxito [...]”. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133-134).

¹⁵⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

¹⁵⁵ Mais ainda: “Vale salientar também que a elasticidade da demanda faz com que, na prática, todos os fabricantes de bens e prestadores de serviços concorram entre si, por mais distintas que sejam suas áreas de atuação. [...] Com efeito, quanto mais sensível ao preço for um consumidor, mais ele estará disposto a mudar seus hábitos e preferências. Assim, não é incorreto afirmar, por exemplo, que uma companhia de aviação civil concorre com um fabricante de joias! Afinal, passagens aéreas muito caras podem fazer com que um marido prefira presentear sua esposa com um anel a fazer uma viagem comemorativa”. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137-138).

sob pena de a empresa sucumbir a presença de um concorrente avido por obter os lucros que se apresentam com preços abaixo e qualidade acima dos praticados pelo agente monopolista¹⁵⁶.

Desta feita, conclui o autor que a única forma que garante todos os benefícios econômicos de uma posição monopolista a um competidor, sem estar à mercê dos fatores tempo e dinamismo concorrencial (incerteza, descoberta e inovação), são as barreiras legais — medidas cuja garantia de eficácia é o uso da coerção pelo Estado.¹⁵⁷

4.3 Eficácia normativa do direito antitruste e a defesa do consumidor

Após essa breve exposição sobre os diversos aspectos da teoria antitruste, sua evolução histórica, sua inserção na seara jurídica, seus fundamentos e objetivos, pode-se intentar, sem fito de esgotar o tema, responder a formulação do problema que esse detido trabalho se propôs, qual seja: analisar se a legislação antitruste pode alcançar sua eficácia normativa, conforme os ensinamentos de Miguel Reale, e de que forma o direito antitruste pode ser aplicado para efetivar o princípio constitucional econômico da defesa do consumidor. Salutar então lembrar o entendimento desse jurista brasileiro sobre a eficácia normativa, a qual corresponde “particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento”¹⁵⁸.

A vista disso, pode então o direito antitruste atingir eficácia normativa, consoante seus objetivos elencados, tais quais a defesa da concorrência e a tutela do bem-estar do consumidor (acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, por meio da eficiência produtiva)? A resposta, adstrita ao conteúdo aqui exposto, pode ser não e sim. A condicionante reside na adoção ou não da concepção correta dos seus fundamentos.

Adotando entendimento de concorrência perfeita, e monopólio como poder adquirido pela concentração empresarial, entende-se que o direito antitruste não é capaz de

¹⁵⁶ Como exemplo, Jesús Huerta de Soto, citado por André Luiz Santa Cruz Ramos, menciona: “A IBM, por exemplo, chegou a deter 70% do mercado de computadores. Converteu-se em uma empresa mastodôntica e arrogante. Quando lhe apresentaram um projeto sobre computadores portáteis, de uso pessoal, ela desprezou, dizendo que era besteira. Como resultado desta desconsideração para com as genuínas demandas dos consumidores, esta empresa outrora tão rica e poderosa quase foi à bancarrota.” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 134).

¹⁵⁷ Nas palavras do autor: “Não há como negar: é o Estado quem cria monopólios, duopólios e oligopólios, porque só ele pode criar barreiras legais à entrada de concorrentes. Sem essas barreiras, a concorrência sempre existirá, mesmo em mercados com alta concentração. [...] A criação de barreiras legais à entrada – normas regulatórias, entraves burocráticos, encargos tributários, concessão de patentes, medidas protecionistas, [...] – impede que competidores ingressem no mercado, acabando com a concorrência potencial e deixando os consumidores reféns dos verdadeiros monopolistas, duopolistas ou oligopolistas” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 143).

¹⁵⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

efetivar a defesa do consumidor e atender a sua eficácia normativa. Isso porque, dessa forma, a concorrência passará a ser cada vez mais diminuída e esterilizada (mesmo havendo um grande número de agentes econômicos), tornando-a estática e homogênea, rejeitando a criatividade e a diversidade, tratando-as como coisas indesejáveis.

Nesse sentido, o direito antitruste acaba por se colocar de contra o próprio instituto que também visa defender, a concorrência¹⁵⁹. E mais, os anseios da coletividade (representada pelo consumidor), aqueles que devem ser o principal norte do direito antitruste, também não seriam atendidos, posto que os ataques as condutas empresariais não encrustadas em fraude ou coerção que visam ampliar participação no mercado, inibem e prejudicam o processo de procura do agente empresário pela maior eficiência (que ocasiona a diminuição de preço e aumento da qualidade dos bens e serviços ofertados)¹⁶⁰.

Por outro lado, a noção correta de concorrência que entende-se aqui, alicerçada nos ensinamentos doutrinários trazidos, é aquela que considera-a como um processo dinâmico e incerto de competição, cujo movimento, interação e distribuição de informações

¹⁵⁹ É o que expõe Eduardo Ferreira Jordão: “O fato é que, ainda nestes casos, as restrições a concorrência deveriam limitar-se àquilo que é estritamente necessário para a consecução destes objetivos sociais antes mencionados. É dizer: não se justifica a limitação da competitividade dos mercados para além destes limites. Lamentavelmente, no entanto, a realidade não corresponde a esta diretriz teórica. Muitas limitações concorrenciais veiculadas na regulação pública ou não visam à realização de qualquer interesse social constitucionalmente protegido ou excedem o necessário para a realização destas finalidades relevantes. [...] Mesmo quando estas ações estatais se tenham produzido com “propósitos públicos”, a desatenção ou o descompromisso com os seus efeitos no processo concorrencial poderá ser problemática: (i) para as empresas reguladas, em razão do risco de violação excessiva das liberdades privadas, escudadas detrás de argumentos genéricos de persecução de finalidades sociais; (ii) para os consumidores, por causar o aumento dos preços e a limitação de suas escolhas; (iii) para o próprio governo, que sofrerá o ônus político destas insatisfações.” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias a concorrência. Bolo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19)

¹⁶⁰ Nesse sentido: “É verdade que sempre há um tamanho ótimo para qualquer empresa, além do qual os custos de produção e a ineficiência gerencial vão aumentar inexoravelmente, em razão da lei econômica dos rendimentos decrescentes. Ocorre que esse tamanho ótimo da empresa não é uma informação dada, não pode ser aferido objetivamente e, fatalmente, está em constante mutação, em razão dos mais variados fatores, como o desenvolvimento tecnológico. Assim, esse tamanho ótimo deve ser descoberto na prática por meio do processo concorrencial (sistema de preços e mecanismos de lucros e prejuízos), em que as empresas mais eficientes vão se inter-relacionar e buscar, constantemente, realizar ganhos de escala e reduzir os custos de produção por unidade, o que redundará em expansão da produção e queda dos preços, algo sempre benéfico para os consumidores. [...] Fusões e aquisições, como atos essencialmente concorrenciais, são apenas formas de os empreendedores descobrirem, pelo método de tentativa e erro, melhores usos dos fatores de produção, guiados pelo sistema de preços e pelos mecanismos de lucros e prejuízos. [...] E, mesmo nos casos em que um ato de concentração empresarial não se mostra lucrativo ou eficiente, isso não significa a existência de uma falha de mercado que demande algum tipo de correção. Erros são comuns no mundo de incerteza em que vivemos, além de serem importantes para o contínuo processo de aprendizado. [...] E mais: da mesma forma que empresários podem errar ao decidir fazer um determinado ato de concentração, os burocratas também podem errar ao analisar o “potencial lesivo” dessa operação para o ambiente concorrencial. Entretanto, a lógica econômica nos recomenda preferir os improváveis erros dos empresários aos inevitáveis erros dos burocratas: aqueles tendem a errar menos não apenas porque são muito mais preparados tecnicamente e conhecedores da realidade do mercado em que atuam, mas principalmente porque sofrem inexoravelmente as consequências de seus erros – demissões, prejuízos, falências – ; [...]” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 153-156).

descentralizadas no mercado — formado por bilhões de indivíduos espalhados pelo mundo, já que a globalização impulsionou uma interação cada vez mais ampla — permite a constante ocorrência de descobertas, inovando nas formas de produzir e distribuir bens e serviços que atendam os anseios do consumidor. Como consequência, o mesmo vale para a concepção correta de monopólio, ou seja, a condição assumida por um agente econômico mediante a concessão de privilégios ou edificação de barreiras legais (normas regulatórias, entraves burocráticos, encargos tributários, concessão de patentes, medidas protecionistas).

Abraçando essas noções, entende-se que o direito antitruste conseguiria sim promover a concorrência e inibir situações de preços monopolísticos, tendo, portanto, eficácia normativa, bem como alcançaria sua relevância como instrumento de efetivação do princípio constitucional da defesa do consumidor¹⁶¹. Posto que, se poria a privilegiar os atos empresariais — não evitados de fraude ou coerção — que promovessem aumento da eficiência produtiva, independentemente da participação no mercado, e que, como consequência, beneficiariam sobremaneira a coletividade, seja com bens e serviços com preços mais acessíveis e qualidades mais elevadas, seja com a diminuição do desperdício dos recursos escassos.

Ademais, evita-se também os danos que o uso dos entendimentos incorretos dos fundamentos referidos pode ocasionar, como por exemplo, se depreende da observação feita pela doutrina quanto ao ato de concentração Sadia-Perdigão¹⁶². Ou seja, há que se assumir a falibilidade dos seres humanos como condição indissociável do seu existir. Ocupar um alto cargo em uma empresa privada ou em um órgão público não lhe retira esse gravame. Nada o fará. No entanto, assumir consequências advindas de seus próprios erros tem muito mais

¹⁶¹ “Portanto, muito mais importante do que adotar medidas antitruste contra empresas, restringindo ou proibindo fusões e aquisições, por exemplo, seria combater as ações anticoncorrenciais levadas a cabo pelo Estado (burocracia, protecionismo, alta carga tributária, regulamentação de profissões etc.)” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 127).

¹⁶² “[...] as restrições impostas pelo CADE foram extremamente severas. A autoridade antitruste brasileira considerou excessiva a concentração que a empresa resultante da fusão alcançaria em 14 classes de produtos — algo em torno de 70% a 90% —, de modo que condicionou a aprovação da operação ao cumprimento de várias medidas restritivas: venda compulsória de 13 marcas, 8 centros de distribuição e 19 fábricas, algo que rendia aproximadamente R\$ 2 bilhões por ano. Além disso, alguns produtos da marca Perdigão foram suspensos por períodos de três a cinco anos, e a marca Batavo foi obrigada a sair do mercado de carnes processadas por quatro anos. Como resultado dessas equivocadas imposições, houve desabastecimento do mercado varejista, já que a suspensão de diversos produtos da Perdigão gerou uma demanda excessiva pelos produtos da Sadia e de outros concorrentes, os quais, porém, não conseguiram suprir a contento a súbita lacuna de mercado criada pela intervenção do CADE. Consumidores e lojistas sentiram na pele os efeitos nocivos e inesperados da intervenção antitruste. Ademais, vale ressaltar que o simples fato de as empresas terem que se submeter a esse crivo de uma autoridade estatal antes de firmarem livremente arranjos empresariais é nocivo para a economia, pois isso cria um custo muitas vezes elevado, provoca incerteza e insegurança jurídicas e gera instabilidades nos mercados que eventualmente se encontram em momentos de surtos de concentração empresarial.” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 151).

afinidade com a dignidade humana do que ter que assumi-las por decisões tomada por outro a sua revelia.

Dessa maneira, em um primeiro momento, uma decisão referente a um ato de concentração, tomada com base no direito antitruste — na qual, como o exemplo visto acima, uma empresa com relevância no mercado tenha sido compelida a se desfazer de algumas de suas marcas para concretizar um acordo econômico com outra empresa —, pode aparentar ter sido benéfica, afinal, o que se vê é um mercado com mais empresas atuando, ao invés de menos, ou a mesma quantidade de empresas, porém com participação de mercado diluída. Contudo, o que não se vê é que, além de diminuir a eficiência produtiva que traria ganhos a coletividade com relação a preços e qualidade, essa decisão pode estar desprezando a própria soberania do consumidor (a escolha de quem deve prevalecer no mercado) — que optou pelo bem ou serviço de uma empresa e não de outra, deu seu dinheiro voluntariamente a ela e tornou-a forte o suficiente para suplantar ou adquirir sua concorrente¹⁶³.

Nenhum ato de concentração que seja fruto da soberania do consumidor (escolha voluntária dos produtos da empresa que melhor atendeu seus desejos, e, por conseguinte, essa empresa adquiriu legitimamente poder econômico para adquirir outra) deve ser revertida pelos órgãos antitruste, sob o grave erro de colocar-se acima da vontade justamente daqueles a quem devem reverência. Afinal, é notório que o agente mais eficiente de todos em fazer política antitruste, em determinar quem deve prevalecer e quem não, em apontar quem é o melhor ofertante de bens e serviços e qual o seu melhor arranjo no ambiente concorrencial, é somente um: o consumidor¹⁶⁴.

4.3.1 Algumas propostas

Para que o direito antitruste e sua legislação possa promover a efetivação do princípio constitucional econômico da defesa do consumidor, e, por conseguinte, alcançar referida eficácia normativa perante seus objetivos, sugere-se algumas proposições com vista a

¹⁶³ Essa ideia que prega prudência ao analisar os efeitos de uma decisão que tenha consequências múltiplas, principalmente econômicas, é melhor demonstrada pelo economista francês Frédéric Bastiat em sua obra “O que se vê, e o que não se vê”, na qual destaca-se a seguinte passagem: “Na esfera econômica, um ato, um hábito, uma instituição, uma lei não geram somente um efeito, mas uma série de efeitos. Dentre esses, só o primeiro é imediato. Manifesta-se simultaneamente com sua causa. *É visível*. Os outros só aparecem depois e *não são visíveis*. Podemos dar por felizes se conseguirmos *prevê-los*”. (BASTIAT, Frédéric. O que se vê e o que não se vê. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 19).

¹⁶⁴ Conforme Hovenkamp, citado por Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues: “Hovenkamp até mesmo afirma que quem faz a política antitruste são os consumidores e não os criadores das teorias econômicas” (GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68).

atingir também o mais nobre dos objetivos da legislação antitruste (no caso a Lei 12.529/11), qual seja, o bem-estar do consumidor, tido neste trabalho, repita-se, como acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, mediante a eficiência produtiva.

Em um contexto mais amplo, propõe-se como medida essencial, a aplicação da legislação antitruste contra as condutas públicas que dificultem a concorrência e promovam monopólios, posto que essas condutas são as únicas revertidas de coerção intransponível e passíveis de utilização do poder de polícia para concretização.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve apontar seus esforços de defesa da concorrência para eliminar as denominadas barreiras legais (normas regulatórias, entraves burocráticos, encargos tributários, concessão de patentes, medidas protecionistas) impostas pelo Estado, posto que, estas impedem todo o processo concorrencial benéfico ao consumidor, que acaba, a sua revelia, arcando com essas barreiras através dos custos acrescidos nos preços, que inevitavelmente tornam-se mais altos do que se estas não existissem. Assim, deve ser fortalecida a atuação dos órgãos de controle pertencentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seja contestando barreiras legais, seja educando a sociedade a respeito da defesa da concorrência e do consumidor.

Além disso, de maneira mais específica e concreta, propõe-se o avanço nos estudos e na aplicação dos métodos de atuação apontados no livro de Eduardo Ferreira Jordão¹⁶⁵, quais sejam: (i) a anulação judicial da lei restritiva da concorrência; e (ii) a advocacia da concorrência como forma de cooperação institucional. Embora o autor apresente também o controle do *lobby* por regulação anticompetitiva, acredita-se que este não é um método eficaz de atuação. Entende-se que a melhor solução nesse caso é justamente diminuir o poder dos legisladores de aplicar medidas regulatórias, posto que no mundo político o denominado risco da captura¹⁶⁶ é irremediável. Sendo assim, o controle do *lobby* nunca irá extinguir o ímpeto dos políticos por defender seus próprios interesses, o que pode significar atos e normas jurídicas enviesadas com interesses escusos ou direcionados a um grupo específico de privilegiados.

Por fim, outra proposta é tornar efetiva a criação e ampliação de banco de dados com estudos estatísticos e verificáveis com relação a aplicação da legislação antitruste. A

¹⁶⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias a concorrência. Bolo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁶⁶ Vicente Bagnoli sobre esse fato dilucida: “Já no tocante ao risco da captura, o agente regulado muitas vezes mantém uma estreita ligação com o agente regulador. Essa relação imbricada pode resultar em normas (legitimações de poder) que atendam aos interesses de uma minoria detentora de poder econômico (o agente ou o setor regulado), em prejuízo aos anseios da maioria (coletividade ou usuários)” (BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008, p. 115).

aplicação do direito antitruste, devido aos seus possíveis erros acarretarem em altíssimas consequências para a coletividade, deve estar sempre embasada cientificamente sobre melhorias fáticas que proporcionou ou que irá proporcionar. Ou seja, devem ser feitos estudos de todas as consequências que o emprego da legislação antitruste propiciou até o momento (como, por exemplo, analisar os níveis de preços e melhoria da satisfação do consumidor com a qualidade dos bens e serviços afetados após a adoção da legislação antitruste), além da própria análise de suas possibilidades¹⁶⁷. Assim, inclusive amplia-se a legitimidade da lei antitruste perante a sociedade. Isso tudo, em última instância, no intuito de que sejam mantidos os princípios do Estado de direito: governo de leis e não de homens, e leis devidamente averiguáveis e coerentes.

Afinal, a economia é um campo extremamente delicado, que pode decidir o destino de uma geração inteira, e, portanto, não é recomendável a aplicação de legislações e regulações baseadas apenas em teorização e suposições, sem compatibilidade com os fatos. É muito mais saudável permitir que os agentes econômicos hajam livremente do que promover ações coercitivas que não possuam base científica verificáveis, posto que alguém prejudicar-se por conta própria é muito menos danoso a dignidade humana (defendida no art. 1º, III, da Constituição Federal) do que forçar coercitivamente alguém a tomar comportamentos que o prejudique.

De toda forma, conforme explicitou Miguel Reale¹⁶⁸, não basta viver o direito, é preciso reconhecê-lo como tal, e dessa forma, extremamente importante também divulgar para a sociedade a importância da defesa da concorrência como forma de efetivação da defesa do consumidor, de modo a angariar que a coletividade reconheça e viva esse princípio constitucional econômico.

¹⁶⁷ No Estados Unidos, por exemplo, existem estudos nesse sentido, conforme depreende-se da doutrina de Edwin S. Rockefeller, ao afirmar que “Robert Crandall e Clifford Winston, da Brookings Institution, avaliaram as evidências para verificar se a política antitruste melhora ou não o bem-estar do consumidor e concluíram que não há evidências de que ela o faça”. (ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008, p. 27).

¹⁶⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da eficácia normativa do antitruste e sua utilização como instrumento para efetivação do princípio constitucional econômico da defesa do consumidor. Para tal, estudou-se diversos pontos dessa teoria interdisciplinar, que aproxima-se da ciência econômica quanto aos seus alicerces teóricos, e vincula-se ao Direito como método de análise jurídica de atos considerados anticompetitivos.

Enfatizou-se o seu vínculo com princípios constitucionalmente estabelecidos, o que demonstrou seu pacto com a ordem constitucional econômica, além do compromisso com os fins da defesa da concorrência e do bem-estar do consumidor, ou seja, acesso a bens e produtos com preços mais baixos e qualidade mais alta possíveis, conseguidos através da eficiência produtiva.

Foi imperioso, para alcançar esse fim, adentrar nos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, com foco neste último, para compreender o nexo do direito antitruste com a Constituição Federal. Junta-se a isso, a análise das suas origens, delimitação conceitual, objetivos jurídicos, bem jurídico tutelado e titular do direito, bem como o estudo da concorrência e do monopólio como fundamentos basilares da teoria antitruste.

Observou-se que, modernamente, as raízes do antitruste, e sua vertente jurídica, voltam-se ao final do século XIX, onde no Canadá introduziu-se pela primeira vez legislação com fito de disciplinar e defender a concorrência. No entanto, a maior parte de sua construção teórica, que influenciou a sua aplicação jurídica ao redor do mundo, deu-se nos Estados Unidos, durante o final do século XIX e início do século XX, a partir da edição do *Sherman Act*. O direito antitruste, então, expandiu-se para a Europa, chegando até o Brasil, dando origem a várias leis, sendo a mais recente a Lei 12.529/11.

Averiguou-se os objetivos que o direito antitruste se propõe no Brasil, com ênfase na defesa do consumidor, promovendo a proteção e ampliação do seu bem-estar. Constatou-se que a legislação antitruste brasileira, Lei 12.529/11, visa tutelar como bem jurídico a ordem econômica, livre concorrência, livre iniciativa e ao consumidor contra atos anticompetitivos, quer seja prevenindo, reprimindo ou educando. Ademais, observou-se que o titular dessa tutela é a coletividade, representada pelo consumidor.

Com o intuito de analisar quais os efeitos para a sociedade da aplicação do direito antitruste, e como este pode ser utilizado para a execução do princípio constitucional econômico

da defesa do consumidor, debruçou-se sobre os entendimentos doutrinários de concorrência e monopólio, que apresentaram-se ao longo deste trabalho como categorias econômicas fundantes da teoria antitruste.

De modo que, ao longo da investigação, observou-se a concepção de concorrência como uma situação onde exige-se a presença de no mínimo dois competidores econômicos, cujo ápice se encontra no modelo de concorrência perfeita, no qual existem um número alto e indefinido de concorrentes tanto do lado da oferta quanto da demanda. Também averiguou-se a noção de concorrência como um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta, no qual existem diversos fatores influentes, incluindo aquisição de informação incompleta e tempo, cuja presença de alto número de concorrentes não é relevante, e sim a ausência de barreiras legais que dificultem a liberdade de entrada e saída.

Por sua vez, o monopólio, de igual forma, teve dois entendimentos analisados. Um apresenta o monopólio como uma situação de alta concentração empresarial onde um único concorrente assume a condição de monopolista ou uma posição monopolística, tentando atingir o nível de venda dos preços de monopólio, podendo diminuir a produção e aumentar os preços. O outro, traz a noção de que o monopólio não possui relação com concentração empresarial, e sim com a instituição de barreiras legais que dificultam a entrada de outros concorrentes potenciais. Concluindo que, se não houver barreiras legais, não há monopólio.

Por fim, em relação à eficácia normativa advinda do direito antitruste aplicado no Brasil, para a efetivação da defesa do consumidor e promoção de seu bem-estar, constatou-se que é possível a sua concretização, desde que, adote-se as noções adequadas de concorrência e monopólio trazidas pela doutrina, promovendo a primeira e inibindo os efeitos negativos dos preços ditados pelo segundo.

Isso se alcança, de maneira mais abrangente, mediante: i) a aplicação da legislação antitruste contra as condutas públicas que dificultem a concorrência e promovam monopólios; ii) fortalecimento da atuação dos órgãos de controle pertencentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seja contestando barreiras legais, seja educando a sociedade a respeito da defesa da concorrência e do consumidor; iii) criação e ampliação de banco de dados com estudos estatísticos e verificáveis com relação a aplicação da legislação antitruste. E, de forma mais específica por meio da: i) anulação judicial da lei restritiva da concorrência; e ii) advocacia da concorrência como forma de cooperação institucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDERS, Eduardo Caminati, PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente (Organizadores) et al. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: Luciano Benetti Timm (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.
- BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. São Paulo: Atlas, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 26 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>.
- BASTIAT, Frédéric. O que se vê e o que não se vê. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE (2016). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Cartilha de promoção à concorrência (2016). Brasília: SAE, 2016. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorrenca/documentos/cartilha-da-concorrenca_versao-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>. Acesso em: 10 Out. 2017.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. Salvador: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. v. I, II e III. São Paulo: Visão, 1985.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias a concorrência. Bolo Horizonte: Fórum, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEONI, Bruno. Liberdade e a lei. Porto Alegre: Ortiz, 1993.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARX, Karl. Manifesto do partido comunista. São Paulo: Escala, 2009.

MISES, Ludwig von. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. Uma Crítica ao Intervencionismo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Gesner. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. Liberalismo, intervencionismo ou neoliberalismo: qual a realidade constitucional brasileira? Debates em direito público: revista de direito dos advogados da União, Campinas, Millennium, v. 9, n. 9, p. 105-117, out. 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63007/liberalismo_intervencionismo_neoliberalismo_oliveira.pdf.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial. São Paulo: Método, 2017.

_____. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCKEFELLER, Edwin S. A religião do antitruste. São Paulo: Singular, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). Tratado de Direito Constitucional. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.