

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A TUTELA DA CONCORRÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA ESCOLA
AUSTRIACA DE ECONOMIA**

David Guilherme Antonietti Faquim

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A TUTELA DA CONCORRÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA ESCOLA
AUSTRIACA DE ECONOMIA**

David Guilherme Antonietti Faquim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP

2019

**A TUTELA DA CONCORRÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA ESCOLA
AUSTRÍACA DE ECONOMIA**

David Guilherme Antonietti Faquim

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

HUGO CRIVILIM AGUDO

Presidente Prudente/SP

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço,

a Deus, pela graça imerecida;

ao meu Orientador, pela amizade e pelas contribuições à minha formação e ao desenvolvimento deste trabalho;

aos meus Pais, pelos incomensuráveis amor e cuidado, pelo ensino da Palavra, pela educação, pelo sustento material, afetivo e espiritual, pela transmissão de valores, por terem me disciplinado quando necessário; ao meu Pai, pelo exemplo de hombridade que me faz buscar me assemelhar a ele; à minha Mãe, por ter um dia escolhido dedicar sua vida à nossa família, e por tê-lo feito irretocavelmente;

à minha Irmã, por ser minha melhor amiga e pela revisão de redação;

aos meus Amigos, que caminham ao meu lado.

RESUMO

A presente monografia analisa as leis que protegem a concorrência, trazendo a visão da Escola Austríaca de Economia. Utiliza o método científico-bibliográfico fundado principalmente em pesquisas na doutrina jurídica e em diplomas legais nacionais e estrangeiros, o método histórico e comparativo embasado na literatura jurídica e econômica a respeito das leis antitrustes, bem como no método dedutivo no que tange às conclusões austríacas sobre a legitimidade de normas concorrenciais. A pesquisa se preocupou em demonstrar a correlação entre as ciências econômica e jurídica. Traçou a evolução histórica das Constituições econômicas, voltando a análise ao surgimento do Estado moderno. Perscrutou o surgimento das leis antitrustes e os seus fundamentos, demonstrando que, sob a ótica austríaca, sendo o Estado o único capaz de gerar monopólios nocivos aos concorrentes e consumidores por meio de intervenções triangulares, e tratando-se a lei antitruste de uma intervenção triangular sobre a produção, normas concorrenciais – ao invés de proteger – ferem a livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Direito Concorrencial. Direito e Economia. Escola Austríaca.

ABSTRACT

This monograph analyzes the laws that protect competition, bringing the Austrian Economics view on it. It uses the scientific-bibliographic method based mainly on research in legal doctrine and different countries legal diplomas, the historical and comparative method based on the legal and economic literature on antitrust laws, as well the deductive method regard to Austrian's conclusions on the legitimacy of competition rules. The research was concerned with demonstrating the correlation between Law and Economics. It traced the historical evolution of economic constitutions, returning to the analysis of the emergence of the modern State. It peered into the emergence of antitrust laws and it pleads, demonstrating that, from Austrian-School perspective, if the State is the only one capable of generating harmful monopolies to the competitors and consumers through triangular interventions, and the antitrust law being an triangular intervention on production, competition rules – rather than protection – harms free competition.

KEYWORDS: Antitrust. Austrian Economics. Competition Law. Law and Economics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 A CORRELAÇÃO ENTRE A CIÊNCIA ECONÔMICA E O DIREITO	09
2.1 Regulamentação do Mercado pelo Direito: Sistemas Econômicos	12
2.2 Evolução Histórica das Constituições Econômicas no Brasil e no Mundo....	14
3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA PELO DIREITO	22
3.1 Evolução Histórica em Matéria Antitruste e suas Premissas	22
3.1.1 Direito Antitruste no Brasil	24
3.2 Outras Perspectivas Históricas	29
4 A PERSPECTIVA AUSTRÍACA EM MATÉRIA ANTITRUSTE	35
4.1 Contraposição Austríaca ao Pensamento Neoclássico	35
4.2 O Conceito de Concorrência e Monopólio	39
4.2.1 Monopólios ruins	44
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente se preocupou em compreender como se relacionam os estudos das ciências econômica e jurídica e a influência de uma sobre a outra, especialmente de que maneira se amolda na Constituição de cada Estado o sistema produtivo – distinguiram-se os sistemas capitalista, socialista e intervencionista – elencado como apto a concretizar os seus objetivos – no Brasil, garantir aos cidadãos vida digna.

Com base em estudo histórico-bibliográfico, o trabalho voltou à análise das Constituições econômicas desde o surgimento do Estado moderno, recorte temporal feito por se tratar do momento a partir do qual a economia de mercado, como é hoje conhecida, começou a se desenvolver. Traçou-se, de forma específica, um paralelo histórico entre as Constituições que foram marco da mudança de paradigmas no sistema econômico e as Constituições brasileiras. Com essa noção, buscou assimilar a ordem econômica vigente na Constituição de 1988 a partir de seus elementos fundantes – valorização do trabalho e livre iniciativa – e, de modo geral, trouxe o conjunto normativo pelo qual se busca protegê-los.

De maneira específica, a pesquisa abarcou o estudo das normas protetivas da concorrência. Também com base em estudo histórico-bibliográfico, a monografia buscou entender o contexto do surgimento das normas pioneiras de tutela da concorrência nos Estados Unidos, que influenciou o Direito Concorrencial pátrio, e no Brasil, apresentando as diferentes percepções – tradicional e revisionista – dos objetivos iniciais do legislador naquele contexto.

Tomando por parâmetro a doutrina tradicional que estuda o antitruste, delineou as condutas que se manifestam lesivas à concorrência e, portanto, à ordem econômica constitucional, como estas são reprimidas – e contra quem as sanções se impõem; justificou a importância do controle prévio de atos de concentração empresarial, eventualmente danos ao livre exercício concorrencial; expôs acerca da advocacia da concorrência, meio não contencioso de manutenção e de prevenção concorrencial.

Após, ainda mais especificamente, passou a explicitar a crítica da Escola Austríaca às leis editadas com vistas à proteção da concorrência. Neste ponto, expôs as diferenças entre alguns paradigmas econômicos do pensamento neoclássico – que fundamenta as leis antitrustes – e do pensamento austríaco.

Explanou sobre os conceitos de concorrência e monopólio que cada escola adota, diferenciando os “monopólios bons” dos “monopólios ruins”. A partir da definição de concorrência e monopólio aceita pelos austríacos, utilizou de método dedutivo e referencial bibliográfico para demonstrar que esses ensinamentos afastam a aplicação de leis concorrenciais.

2 A CORRELAÇÃO ENTRE A CIÊNCIA ECONÔMICA E O DIREITO

No estudo da proteção da concorrência pelo Estado, o pesquisador não pode segregar a ciência jurídica da ciência econômica. Ao revés, sempre que possível, os conhecimentos gerais de ambas as disciplinas devem ser aplicados concomitantemente. Necessário analisar qual o “ponto de encontro” entre as ciências, a justificar a abordagem interdisciplinar.

Em sentido amplo, ambas as ciências apresentam fins prognósticos, no sentido de viabilizar a existência de um ambiente social – e econômico – estável e previsível, de modo a garantir aos indivíduos a maximização do seu bem-estar (e, em consequência, proteção à sua dignidade) e a pacificação de eventuais conflitos de interesses.

Os seres humanos buscam, naturalmente, a melhoria de suas condições pessoais (fins), quaisquer que sejam, e, para tanto, utilizam de meios que os levam a atingir esses objetivos (espirituais, filosóficos ou econômicos, por exemplo) satisfatoriamente. Dessa relação meios-fins, decorre a necessária noção que compreende o binômio desejo-possibilidade (método de ponderação na escolha humana).

Desejo, primeiro elemento do binômio, tende a ser ilimitado, enquanto o segundo – *possibilidade* de utilização dos recursos (meios) – é limitado. Por assim os serem, os indivíduos deverão se utilizar da ponderação para conciliá-los, e, dessa maneira, utilizar os recursos disponíveis para perfazer suficientemente a sua vontade.¹

É esse, primordialmente, o objeto da ciência econômica: o estudo de como os indivíduos utilizarão os recursos limitados de que dispõem para tangenciarem os seus fins, em regra inalcançáveis, diante da insuficiência de meios. Ou melhor, concentra-se na ação humana diante da escassez de recursos, em sua escolha. Rodrigo Constantino (2009, p. 25), a partir de uma perspectiva praxeológica, ensina:

¹ Tratando-se de recurso infinito, não se fala em bem econômico. Ora, se infinita a disponibilidade de determinado bem, será *possível* dele se utilizar sem qualquer restrição. Não há, portanto, cálculo econômico a ser feito, pois aquilo nunca faltará, não possuindo, portanto, valor. Por outro lado, se o bem não for *desejável*, útil, também não será objeto de escolha humana (àquilo que não se deseja, não se alocam recursos). De modo geral, o Direito tende a acentuar a regulação sobre um bem ou serviço na medida em que ele é ou se torna necessário e escasso, fatores que influenciam no seu valor. Neste sentido, Fábio Nusdeo (2001).

O homem é um ser de ação que escolhe, determina e tenta alcançar uma finalidade. A ação humana significa o emprego de meios para a obtenção de certos fins. O homem estará agindo sempre que as condições para a interferência humana estiverem presentes – a inação, neste caso, também é uma escolha. Agir não é somente fazer algo, mas também se omitir quando algo era possível de ser feito. A ação pressupõe desconforto, é a tentativa de migrar de uma situação menos satisfatória para outra mais satisfatória, segundo avaliação subjetiva do agente.

O conjunto das ações humanas – positivas ou negativas – é o que impulsiona o processo de mercado. Sob um sistema baseado na divisão social do trabalho e na proteção à propriedade privada, a que se convencionou chamar de economia de mercado, os seres humanos interagem voluntariamente entre si buscando a sua própria satisfação e, por consequência lógica, cooperam para que os demais indivíduos daquela sociedade também se satisfaçam. Sobre o tema, perfeita e didática a colocação de Rothbard (2013, p. 57):

A economia de mercado desenvolvida, por mais complexa que seu sistema possa parecer na superfície, nada mais é que uma vasta rede de trocas voluntárias e de comum acordo estabelecidas entre duas pessoas [...]. Assim, quando compro um jornal por uma moeda, ocorre uma troca que beneficia mutuamente duas pessoas: eu transfiro minha propriedade da moeda ao dono da banca de jornal, e ele transfere a propriedade do jornal para mim. Fazemos isto porque, sob a divisão do trabalho, eu calculo que o jornal vale mais para mim que a moeda, enquanto o dono da banca prefere a moeda a ficar com o jornal. Ou, quando leciono numa universidade, eu calculo preferir meu salário a não gastar meu trabalho de ensinar, enquanto os responsáveis pela universidade calculam que preferem ganhar meus serviços como professor a não me pagar aquele dinheiro. Se o dono da banca de jornal insistir em cobrar 50 centavos pelo jornal, eu posso muito bem decidir que ele não vale aquele preço; da mesma maneira, se eu insistir em receber o triplo do meu salário atual, a universidade poderá muito bem decidir abrir mão dos meus serviços.

Enquanto a ciência econômica estuda – como exposto – a ação humana, o Direito as regula. Este o faz não necessariamente por meio da análise econômica pura (custo-benefício), de ponderação do binômio desejo-possibilidade, mas utiliza critérios socialmente tidos como justos para garantir aos indivíduos dignidade, atributo que lhes é imanente. Destarte, tem por escopo a Justiça.

Essa diferença não significa, porém, que sejam ciências antagônicas (como apontam alguns) ou completamente dissociadas; apenas reflete a autonomia de seus métodos e objetos.

A interdisciplinaridade se revela quando, por exemplo, por meio da análise econômica, se verifica a (im)possibilidade de uma norma jurídica positivada (meio) ser congruente com o objetivo comum à sociedade (fim). Ignorar a relação de causalidade entre o desejo (*mens legis*) e a possibilidade do meio (lei) alcançá-lo,² pode implicar em um resultado indesejado. Advém desse estudo uma nova disciplina: a Análise Econômica do Direito, que compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico” (POSNER, 1975 apud SALAMA, 2008, p. 9).

Evidencia-se a conjugação das matérias, de outro lado, da necessidade de observância pelo agente econômico dos preceitos normativos estabelecidos em uma determinada sociedade – na qual aquele age. O indivíduo só poderá agir para atingir seus fins empregando meios *disponíveis e lícitos*, sob pena de sofrer sanção pessoal e/ou patrimonial ulterior, comprometendo ainda mais os seus recursos escassos.

A conjunção “e” entre “meios disponíveis e lícitos” no parágrafo precedente não é empregada com a intenção de sustentar que existem duas condicionantes à utilização do meio (de um lado a disponibilidade, de outro a licitude). Em verdade, a ideia de disponibilidade do meio abarca, mas não só, a de licitude. Se disponível o meio, é também lícito. Trata-se de mera reiteração de requisito único – disponibilidade -, bem como de demonstração da importância do Direito à ciência econômica, na medida em que aquele pode restringir, total ou parcialmente, a possibilidade de utilização do bem, tornando-o mais escasso – econômico – do que naturalmente é.

Dispondo sobre os limites à utilização de meios para consecução dos fins individuais é que o ordenamento jurídico definirá a quem incumbe responder os principais problemas econômicos – a escolha de: o que produzir; quem produzir; como produzir; a quem produzir. Moldado nas normas jurídicas, dessa forma, o sistema econômico.

Eis a razão de se abordar as ciências jurídica e econômica interdisciplinarmente.

² Em outros termos: não compreender os efeitos econômicos – em sentido amplo – decorrentes de uma lei.

2.1 Regulamentação do Mercado pelo Direito: Sistemas Econômicos

O sistema econômico pode ser definido como o “conjunto de instituições por meio das quais uma determinada sociedade tenta resolver o problema da escassez” (NUSDEO, 2001). Ao formar ou garantir a existência de certas instituições, ao dispor, como delineado, sobre a quem incumbe a resposta dos principais problemas econômicos, mediante regulamentação da possibilidade de utilização dos meios, o sistema econômico adotado por um Estado é o meio tido como apto para que a sociedade como um todo atinja seu fim.

Cada “economia”, aqui compreendida como o sistema econômico adotado por uma sociedade específica, possui suas peculiaridades. A evolução histórica de cada Estado, irrepetíveis, leva a formação de instituições ímpares e, sendo o sistema econômico formado pelo conjunto destas, distintas umas das outras, consequência lógica é que não haja sistema econômico idêntico em Estados outros.

Embora a ressalva feita seja importante, de que não há sistema econômico idêntico em Estados diferentes, nada impede uma classificação teórica em razão da similitude – e não identidade – das instituições que o compõem. Aponta André Ramos Tavares (2003, p. 31-32):

O que realmente vai importar no universo econômico é a diferenciação que se deve fazer dos sistemas viáveis. Na lição de Avelã Nunes: [...] “é a natureza das relações sociais de produção (a posição relativa dos homens em face dos meios de produção) que, em último termo, distingue os sistemas”.

Importa, pois, para fins de classificação teórica, identificar a forma adotada quanto à propriedade dos meios de produção, verificando se há propriedade privada ou se é adotada a propriedade coletiva dos meios de produção.

De modo geral, as classificações elaboradas por diversos autores partem, ou adotam-na exclusivamente, da dualidade entre sistemas “capitalistas” e “socialistas”. Naquele se identifica a propriedade privada dos meios de produção e neste a propriedade coletiva desses meios.

No sistema capitalista se adota a economia de mercado, a qual foi abordada no tópico precedente. É o conjunto das ações humanas – cada uma – no sentido de sair de uma condição menos satisfatória para uma condição mais satisfatória. É o respeito à liberdade individual, às suas escolhas e à autonomia.

Como consequência do respeito à liberdade individual, é o sistema em que se garante a propriedade privada e a liberdade de os indivíduos dela gozar, usufruir e dispor sem qualquer limitação alheia às suas vontades.

Segundo André Ramos Tavares (2003, p. 33-34 e 51):

Considera-se capitalista o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na *propriedade privada* dos bens em geral, especialmente dos de produção, na *liberdade ampla*, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão-de-obra. Não por outro motivo, na síntese expressiva de Oscar Dias Corrêa, o capitalismo “tem na liberdade seu pressuposto, seu fundamento, a base ideal”.

[...]

O fundamento do liberalismo é o absoluto respeito às liberdades individuais na atuação do Estado. O liberalismo encarece a necessidade de garantir a liberdade individual já que a considera como indispensável para que os homens alcancem a sua satisfação. [...]

A própria ideia de mercado pressupõe a existência de propriedade privada. De outro lado, a ausência de propriedade privada é o elemento identificador do sistema diametralmente oposto ao capitalismo, o socialismo. Neste, há a coletivização da propriedade privada, por meio do Estado.

No socialismo, os indivíduos não “agem”, não tomam decisões econômicas, pois estas ficam a cargo do Estado, que controla e planifica a Economia. Nas lições de Tavares (2003, p. 63):

No seu grau máximo de intervenção, fala-se, pois, de uma economia centralizada. A economia centralizada baseada na sobrevalorização do coletivo identifica-se com o sistema socialista. Neste modelo, o centro exclusivo para a tomada de decisões econômicas é o próprio Poder Público. Suprimem-se ou mitigam-se ao máximo as chamadas “leis do mercado”, substituídas pelo dirigismo, pelo controle, pelo planejamento e execução. Esse sistema centralizado é também chamado de sistema de autoridade. Os bens de produção são, na total centralização, apropriados coletivamente pela sociedade por meio do Estado, de modo que este é produtor, vendedor e empregador único.

A dualidade na classificação dos sistemas era mais precisa à época da Guerra Fria. Como será apontado no estudo histórico das constituições econômicas, não se pode apontar um país puramente capitalista ou puramente socialista no contexto atual. Os países possuem sistemas econômicos intervencionistas, em

sentido amplo, traduzido pela relativização da propriedade privada, mas que ainda existe e é garantida nos termos em que é relativizada.

Poder-se-ia, portanto, falar de “sistemas mistos” que, evidentemente, partem da dualidade de dois sistemas puros e que, utilizando-se da mescla entre ambos, formam diferentes tipos de sistemas mistos, de acordo com a intensidade de combinação realizada. (TAVARES, 2003, p. 45)

Nos dizeres de André Ramos (2015, p. 24-25):

[...] é imprescindível destacar que, na verdade, o socialismo e liberalismo não são os únicos sistemas socioeconômicos conhecidos. Um terceiro sistema, o intervencionismo, não apenas existe, com características e contornos típicos e marcantes, como há tempos predomina, na teoria e na prática, em todo o mundo.

[...]

A tradição smithiana de analisar o intervencionismo como um sistema político-econômico autônomo, mais próximo do socialismo do que do liberalismo, só vai ser retomada com os estudos de Ludwig von Mises e seus seguidores, representantes da chamada Escola Austríaca.

Embora a dualidade entre os sistemas anteriormente traçados possa limitar a compreensão da realidade fática, pois superado os modelos econômicos “puros” – capitalista/socialista -, para fins de didáticos, classificar os países como pertencentes a um ou outro grupo ainda possui grande significado.

2.2 Evolução histórica das constituições econômicas no Brasil e no Mundo

Ao estudar os ramos compreendidos pelo Direito Econômico, impende-se assimilar, primeiramente, qual o sistema econômico adotado no país que regula o tema analisado.

Repisa-se: ao regular as instituições que servem à resolução do problema da escassez, e, dispondo sobre os limites de utilização dos bens econômicos pelos indivíduos, o Estado molda o seu sistema econômico.

Toda norma que influencie a ação humana (a manifestação da escolha do indivíduo em busca de mais conforto) produz efeitos econômicos. E qualquer norma que produzir efeitos econômicos repercutirá, ainda que minimamente, sobre o sistema. Quer seja uma lei municipal que obriga a colocação de obras de arte em certos edifícios, impondo aos seus proprietários que dispensem recursos escassos

em coisas as quais não atribuem valor,³ quer seja uma norma constitucional que impede a alocação de recursos privados na refinação do petróleo,⁴ a título de exemplo, ambas irão repercutir sobre o sistema econômico.

A ausência de norma específica sobre um bem também produz efeitos econômicos. Na verdade, é exclusivamente na ausência normativa que os efeitos econômicos são produzidos de forma natural. Não há economia sem escassez. É por isso que a não interferência na utilização de recursos escassos, podendo os indivíduos agir livremente, os efeitos econômicos serão puros. Só a limitação imposta pela própria natureza, a finitude de recursos naturais, é que dá sentido à economia.

Por sua vez, havendo regulamentação sobre um bem, há mais “escassez” do que a própria natureza lhe impõe. A ação do indivíduo não será baseada nos próprios problemas naturais, mas será influenciada pela escolha do legislador. Os efeitos econômicos, ao contrário da hipótese anterior, não serão puros, mas artificiais. Por oportuno, existem algumas leis que não produzem qualquer efeito econômico, como as leis comemorativas que não instituem feriados.

E, embora até mesmo legislações municipais possam influenciar sobre o sistema econômico, ainda que os efeitos estejam adstritos àquela localidade, qualquer norma deve conformar-se à Constituição, ponto chave na identificação do sistema adotado. É por isso que o trabalho atenta à evolução das constituições econômicas ao redor do mundo e especificamente no Brasil.⁵

Os primeiros Estados pós Revolução Francesa, *absenteístas* que eram, foram palco da economia de *laissez-faire*, deixando ao mercado (compreendido como o conjunto de ações humanas) o protagonismo na resolução

³ Realmente existe uma lei municipal que dispõe sobre isso. Trata-se da Lei Municipal n. 10.036/2006, do município de Porto Alegre/SP. Ela estabelece que “[t]oda edificação com área adensável igual ou superior a 2.000m² (dois mil metros quadrados) que vier a ser construída no Município de Porto Alegre deverá conter, em local de visibilidade à população, obra de arte original” (art. 1º), executada por artista plástico com cadastro no Poder Executivo municipal (arts. 2º e 3º). Determina ainda que a “obra de arte será vinculada à edificação, não podendo ser retirada, substituída ou ter suas características alteradas sem justificativa e prévia autorização do Poder Executivo Municipal, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior” (art. 5º).

⁴ Conforme art. 177, da CF/88: “Constituem monopólio da União: [...] II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro”.

⁵ A expressão constituição econômica é empregada para designar qual é o tratamento dado pela constituição às instituições que formam o sistema econômico do país. Não se faz defendendo a ideia de que haja “constituições” diversas, uma “política” e outra “econômica”, ainda que em um mesmo diploma. Em toda constituição se identificam conteúdos de caráter econômico, social, moral, e outros. Não há prevalência de um conteúdo sobre outro. Neste sentido, constituição econômica é apenas a expressão que traduz e separa de forma mais ou menos precisa as normas de conteúdo econômico das demais.

do problema da escassez. Vigorava a economia de mercado, refletia-se o sistema capitalista.

Sob o ponto de vista formal, poucas as disposições voltadas a economia, “afinal, a ameaça à liberdade individual provinha apenas do poder político do Estado e jamais do poder econômico dos particulares” (RAMOS, E., 2003). Não obstante, substancialmente, continham grande significado econômico, pois, ao deixar de regular massivamente o mercado, o Estado adota o sistema capitalista (RAMOS, E. S., 2003; GRAU, 2012, p. 71).

Seguia esse modelo econômico, no Brasil, a Constituição do Império (1824). Embora não contivesse conteúdo econômico-formal, a constatação pode ser observada a partir da nítida proteção que o texto constitucional dava à liberdade individual e à propriedade privada, elemento caracterizador e fundamental do sistema econômico capitalista. Preceituava:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indennisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

Referida Constituição aboliu, também, as Corporações de Ofícios, privilégios monopolísticos que limitavam a divisão social do trabalho e a livre concorrência (CF/1824, art. 179, XXV).

Do mesmo modo, a Constituição da Primeira República (1891), que, embora trouxesse algumas hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico, apresentava um cunho nitidamente liberal (TAVARES, 2003, p. 111)

Prosseguindo, em um segundo momento, com o objetivo de corrigir distorções e abusos sociais causados por agentes privados em uma economia livre, o Estado, agora prestacional, toma para si a condução econômica.

Tem como marco inicial a Constituição do México de 1917, que inovou ao disciplinar a economia formal e constitucionalmente, inserindo diversas regras

sociais e econômicas em seu texto. Porém, a Constituição de Weimar, de 1919, influenciada por aquela, é apontada como a principal contribuição à formalização de constituições econômicas, justamente por sua influência sobre o constitucionalismo pós Primeira Guerra.

São “Constituições econômico-formais bem mais extensas, [...] como meios de dar cumprimento aos objetivos econômicos e sociais [...] sediados em normas programáticas” (RAMOS, E. S., 2003). Não mais se resumem as constituições à proteção vertical do indivíduo em face do Estado, mas reconhece-se o abuso também entre os particulares – notadamente a partir do acúmulo de capital –, passando a protegê-los também horizontalmente.

A despeito dos valores sociais nelas insculpidos, do ponto de vista econômico, massivamente intervencionistas, tais Estados fracassaram. Não só fracassaram, como, em alguns casos, suas constituições dirigentes deram margem para que líderes populistas e autoritários a utilizassem de forma extremamente deletéria à humanidade.

No Brasil, normas de cunho social e econômico foram inseridas em todas as Constituições a partir da de 1934 (DELGADO, 2017, p. 71). É certo que antes já se verificava conteúdo econômico nas Constituições, justamente pelo afastamento do Estado de seu domínio. Porém, em 1934, sob influência da Constituição de Weimar de 1919, é que o Brasil passou “a instituir expressamente uma ordem econômica [e social], de maneira apartada, em seu título IV, arts. 115 a 143” (TAVARES, 2003, p. 111).

A Constituição “Polaca” (1937) também instituiu um Estado social, e, do ponto de vista econômico, massivamente intervencionista. Ensina Tavares (2003, p. 116) que “tendo se estabelecido no país uma ditadura, foi o período fértil em decretos-leis, estes devendo ser considerados fontes (efetivas) das normas econômicas que então vigorariam”.

A Constituição de 1946, promulgada após a queda do Estado Novo, também dedicou um título exclusivo à ordem econômica. Manteve-se, também, a intervenção econômica do Estado, mas limitada a casos específicos, afastando qualquer caráter socialista anteriormente verificado. De forma semelhante, sucederam-se a Constituição de 1967 e o Ato Institucional n. 5.

Desde a segunda metade do século passado, verifica-se nas constituições econômicas dos países democráticos todo um conjunto normativo pelo

qual se identifica e se compreende o verdadeiro sistema de produção adotado (RAMOS, E. S., 2003). Costuma-se privilegiar o sistema capitalista, limitando-o por preceitos sociais e de fraternidade.⁶

Os Estados não voltam ao capitalismo de primeiro momento, nem se mantêm como principal agente econômico; são essencialmente intervencionistas, variando no grau de liberdade de atuação privada ou de intervenção estatal na economia. É cediço, porém, que em nenhum Estado Democrático de Direito a constituição econômica se funda unicamente em seu sistema capitalista (nenhuma intervenção econômica) ou socialista (absoluta intervenção econômica).

No Brasil, a Constituição de 1988 dedicou um título específico à Ordem Econômica e Financeira (Título VII). O Capítulo I do Título VII (arts. 170 a 181) da CF/88 traz os princípios gerais da atividade econômica, e, principalmente por meio deste, é que se pode alcançar a resposta acerca do sistema adotado. Preceitua o art. 170 da CF/88:

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Cumpra esclarecer que a ordem econômica estabelecida na Constituição não é delineada unicamente no Título “Da Ordem Econômica e Financeira”. Ao contrário, sobre o sistema econômico, irradiam-se efeitos

⁶ A expressão aqui utilizada, “limitando”, carrega um significado aparente de que o sistema capitalista é alheio aos preceitos sociais e fraternais. É o que se extrai de boa parte doutrina que se dedica ao estudo do tema. Por hora, como contraponto, apenas há de se observar – e lembrar – que o capitalismo é apenas um sistema econômico pelo qual se objetiva a resolução do problema da escassez a partir do reconhecimento da autonomia – liberdade – individual. “Justiça social” apresenta significados diversos, e, apenas se afasta dos princípios capitalistas na hipótese de o conceito adotado por aquele que busca afastá-lo do capitalismo seja o de justiça distributiva por meio da coerção estatal.

provenientes de tantas outras normas fundamentais.⁷ Sobre o assunto, explica Lafayette Petter (2005, p. 149):

[...] por *constituição econômica* há de se entender o conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no *modo de ser econômico* da sociedade. É a regulação. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta. Neste sentido, preceitos outros, atinentes à ordem econômica, encontram-se não apenas no art. 170 e seguintes, mas em diversas passagens do texto constitucional.

Não obstante, o art. 170 da CF/88 permite, ainda que superficialmente, compreender o sistema estabelecido. Extrai-se do *caput* do artigo citado que o constituinte escolheu como fundamentos – da ordem econômica –, aptos a resolver o problema da escassez e, por consequência, assegurar os objetivos da República Federativa do Brasil, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Assume-se, pois, o sistema capitalista combinado com preceitos da justiça social (ideia contida nas expressões “livre iniciativa” e “valorização do trabalho humano”). Não se trata do sistema capitalista puro que, como apontado, não mais é verificado hodiernamente, mas de um sistema intervencionista com predileção ao capitalismo.⁸

E a partir do momento que a Constituição define a ordem econômica estabelecida, o conjunto normativo deverá abarcar, também, mecanismos que a sustentam e protegem.

Na consolidação do Estado Burguês, a tutela econômica pelo Estado se resumia basicamente à garantia da propriedade privada, à emissão da moeda e ao controle da taxa de juros, tal como proposto pela tradição econômica clássica smithiana.

No contexto atual, de intervencionismo moderado, diversas políticas públicas objetivam a valorização do trabalhador, primeiro fundamento da ordem econômica, a fim de garantir-lhe dignidade, inclusive por meio de normas protetivas. A Constituição de 1988 laureia o processo de constitucionalização justabalhista

⁷ Eros Grau, ao relatar a ADI 3512/ES, consignou que “[o]s preceitos atinentes à ordem econômica contidos em nossa Constituição não podem ser interpretados isoladamente, destacados da totalidade que o texto constitucional consubstancia”.

⁸ Aos que entendem que o estado brasileiro tende ao socialismo (planificação econômica), dado ao intervencionismo muitas vezes excessivo, cumpre ressaltar que nem sempre o sistema econômico percebido (*ser*), é aquele quisto pelo constituinte (*dever ser*).

iniciado na Constituição de 1934 na medida em que nela se inserem diversos princípios relativos à matéria. Leciona Delgado (2017, p. 81-82):

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.

Ao trabalhador é assegurada a livre associação profissional ou sindical (CF/88, art. 8º) e o direito à greve (CF/88), por exemplo. Outrossim, norteiam-se as relações justralhistas pelos princípios da proteção ao trabalhador, da aplicação de norma mais favorável ao trabalhador em caso de conflito normativo, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da manutenção da condição mais benéfica ao trabalhador, da continuidade da relação de emprego, dentre outros, sempre com vistas à proteção de elemento fundante da ordem republicana e econômica.

O segundo elemento basilar à ordem econômica vigente – livre iniciativa – é também, obviamente, protegido constitucionalmente. Limitam-se as interferências estatais na economia a casos específicos, bem como se reprimem condutas de agentes – público ou privado – que a ofenda.

O Supremo Tribunal Federal já consignou que a livre iniciativa é uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do art. 170, da Constituição Federal (ARE 1.104.266/SP Agr e AC 1.657/MC). Dentre os incisos encontra-se o princípio da livre concorrência, cujo estudo de sua tutela é objeto do presente trabalho.

Assim, para servir de fundamento à ordem econômica, a livre iniciativa deve observar, dentre outros, o princípio da livre concorrência. Por outro lado, não há livre concorrência sem livre iniciativa. A proteção de uma serve como instrumento de garantia da outra, sendo complementares. A liberdade de iniciativa é mais ampla (relacionada inclusive às escolhas não econômicas) que a de concorrência e acaba por abarcá-la. Normas de naturezas diversas, dentre as quais a de cunho concorrencial, irradiam efeitos assecuratórios à livre iniciativa. Para diferenciar os conceitos, classifica Eros Grau (2012, p. 201-202):

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico);

- a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;
- a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

Embora comumente se faça essa diferenciação entre os conceitos de livre iniciativa e livre concorrência, a perspectiva austríaca, objeto específico da pesquisa, os entende como intrinsecamente relacionados.

Por ora, o que nos interessa registrar, é que a ordem econômica brasileira é predominantemente capitalista, pois fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que o seu sistema de proteção inclui a tutela da concorrência.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA PELO DIREITO

À proteção da concorrência, vertente da proteção à livre iniciativa (e por isso, da própria ordem econômica), também se confere *status* constitucional:

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

[...]

IV – livre concorrência;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O texto dos dispositivos transcritos exprime a importância que o constituinte teve com a preservação da concorrência do ponto de vista sistêmico-estrutural, determinando ao legislador que elaborasse o que se convencionou chamar de leis antitrustes, objeto do direito concorrencial, às quais nos atentaremos.

3.1 Evolução Histórica em Matéria Antitruste e suas Premissas

Normas que regulam a concorrência, ainda que indiretamente, remontam à própria origem da civilização. A sistematização da disciplina, possível com o desenvolvimento da ciência econômica, se inicia, porém, na segunda metade do século XIX com o avanço da economia de mercado.

Paula Forgioni explica a profunda modificação do sistema de produção ocorrida durante a revolução industrial, período em que o Estado se limitava – como previamente exposto – a garantir o sistema econômico burguês, baseado na liberdade de atuar e de concorrer sem interferência exógena. Foi quando se percebeu que “Essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado” (FORGIONI, 2016, p. 63).

Por serem poucos os detentores da maioria do capital, surgiu a figura do “poder econômico”, potencialmente tão deletério quanto o abuso do poder estatal. Como resposta ao poder econômico, ou melhor, ao abuso do poder econômico, o legislador edita, dentre outras, legislações antitrustes. Percebeu-se que aqueles que detinham o poder econômico começaram a se agrupar, formando verdadeiros conglomerados restritivos do comércio, que eram chamados de “trustes”. Os “trustes” eram, portanto, a combinação de determinadas empresas oligopolistas de determinado setor, ou “cartéis”, que atuavam em prejuízo do livre mercado. Daí a origem do nome dado a este ramo do Direito Econômico: “Direito Antitruste”, ou seja, o ramo que busca combater os “trustes”. Também pode ser denominado de “Direito Concorrencial”, pois exprime a mesma ideia, a de se garantir um ambiente concorrencial saudável sem restrição à livre concorrência – ao livre mercado.

A primeira lei antitruste surge no Canadá, em 1889, com o *Act for the prevention and supression of combinations formed in restraint of trade*,⁹ com o escopo de combater os cartéis.

Porém, a mais importante contribuição histórica a esse ramo do direito é a estadunidense. Editado em 1890, o *Sherman Act* visava impedir que organizações monopolistas que nasciam na metade daquele século abusassem de seu poder econômico (não se limitando ao combate a cartéis). É nesse ato que se baseia a maioria dos países que têm leis antitrustes, inclusive o Brasil (GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 94-95; SALOMÃO FILHO, 2002, p. 72).

Duas são as principais ideias que as fundamentam historicamente, quais sejam: o liberalismo de *laissez-faire* é autodestrutível, sendo que a ausência de regulação de mercado implica em sua inviabilização; e que o direito concorrencial protege a sociedade do abuso do poder econômico, eis que, sem a intervenção estatal, os *players* de mercado, capaz de controlá-lo, prejudicarão os consumidores.

No primeiro sentido se identifica o posicionamento de Paulo Forgioni (2016, p. 64-65), para quem a potencialidade lesiva da competição selvagem existente poderia levar à destruição do sistema econômico então vigente e, para preservá-lo, é que a concorrência foi regulamentada. Aduz:

⁹ “Ato para a prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”, tradução livre.

[...] A regulamentação visava à correção do sistema, propiciando a manutenção do que lhe era essencial: o livre mercado. Superam-se, apenas, alguns dos princípios do liberalismo, em virtude de “acontecimentos” que “não poderiam ser imaginados ao tempo em que Adam Smith elaborou sua doutrina, no bucólico retiro de Kircaldy” [Modesto Carvalhosa].

Se, como referimos, em um primeiro momento do Estado liberal, não houve maiores preocupações de controlar a concorrência ou o comportamento dos agentes econômicos, impondo-lhes limites, a necessidade de fazê-lo, mediante a atuação do Estado, tornou-se evidente. *Mas, de qualquer forma e acima de tudo, mantinha-se o livre comércio, a livre concorrência e o livre-mercado, ou seja, mantinha-se o liberalismo econômico. Coarctava-se a excessiva acumulação de poder em mãos de alguns agentes que poderiam gerar a instabilidade do sistema e, conseqüentemente, seu comprometimento.*

Frise-se, mais uma vez: nada há, na regulamentação da concorrência, de contrário ao espírito do liberalismo econômico. [...]

Salomão Filho (2002, p. 27), sem negar o escopo de proteção ao próprio liberalismo econômico, defende, por outro lado, que a principal preocupação das legislações antitruste é com os interesses dos consumidores, “titulares imediatos das regras concorrenciais” (2002, p. 27). A maior atenção do legislador “relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 60).

Uma parcela mínima, que será abordada em apartado, sustenta que ambas as premissas históricas que embasaram as leis antitrustes são falaciosas. Eles não negam a concentração empresarial existente à época, mas dizem que, na verdade, tais arranjos eram benéficos aos consumidores e ao livre mercado. Sustentam, ademais, que a própria existência de uma legislação concorrenciais é contraditória à ideia de livre iniciativa (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 63-106).

Em que pese o último entendimento, prevalecem os dois primeiros.

Regula-se o poder econômico dos agentes sobre o mercado, assumindo que estes são capazes de abusar de sua posição monopolista para eliminar a possibilidade de escolha dos consumidores, bem como para criar barreiras de entradas a concorrentes no setor (SALOMÃO FILHO, p. 50).

3.1.1 Direito antitruste no Brasil

No Brasil a primeira legislação antitruste advém em 1945. Tratava-se do Decreto-Lei n. 7.666/1945, conhecido por Lei Malaia. Explica Calixto Salomão Filho (2002, p. 72) que seu escopo inicial foi a proteção do consumidor:

[...] o direito concorrencial brasileiro teve origem nos dispositivos constitucionais e penais de proteção à economia popular. O ponto de partida é, portanto, uma perspectiva eminentemente de proteção do consumidor contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha.

Mesmo Paula Forgioni (2016, p. 102), que identifica no *Sherman Act* a intenção de garantir-se a autopreservação do sistema capitalista, concorda com o supracitado autor quanto à *mens legis* das primeiras leis antitrustes brasileiras:

[...] *O primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor.*

A evolução histórica da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com certa tradição antitruste: *o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.* [grifo da autora]

Tal legislação foi revogada poucos dias depois pelo presidente José Linhares, que ocupou provisoriamente o cargo após a deposição do ditador Getúlio Vargas – quem assinou a Lei Malaia, pioneira na matéria neste país.

No ano seguinte, promulgada a Constituição de 1946, à proteção da concorrência já se dá *status* constitucional (art. 148)¹⁰, mas apenas com a promulgação da Lei n. 4.137/1962 é que o dispositivo constitucional ganha eficácia. Institui-se o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), incumbido de apurar e reprimir os abusos de poder econômico (Lei n. 4.137/1962, art. 8º) conforme os considerava o art. 2º da Lei. A doutrina aponta que as intervenções do CADE foram insignificantes à época, caracterizando-o por sua inoperância (GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 107).

Em 1991, sem revogar a lei anterior, promulga-se a Lei n. 8.158, que pretendia “dar maior celeridade ao procedimento administrativo e à apuração das práticas de violação à ordem econômica” (GABAN e DOMINGUES, 2009, p. 107), até então quase que inócuo.

¹⁰ CF/1946, 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 natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Cerca de três anos depois, constituindo o CADE em Autarquia Federal (art. 38), sistematiza-se a matéria antitruste na Lei n. 8.884/1994.

Esta Lei vigorou até a edição da Lei n. 12.529/2011, popularmente chamada de Lei do SuperCADE, que estruturou o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Amparada no art. 173, § 4º, da CF/88, a Lei n. 12.529/2011 objetiva a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (art. 1º). Não sanciona o poder econômico em si, mas o abuso deste, identificado a partir de condutas manifestadas capazes de produzir efeitos prejudiciais à liberdade concorrencial e lesivos à coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 131). Eis o que dispõe o artigo 36 da Lei:

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.

Portanto, a qualquer conduta de que possa decorrer – ou que tenha por objeto – a limitação ou falseamento da concorrência, o domínio de mercado relevante de bens ou serviços (ressalvada a conquista de mercado resultante de seu processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores, cf. Lei do CADE, art. 36, § 1º), o aumento arbitrário dos lucros ou o exercício abusivo de posição dominante, impõe-se limitação. São essas as formas de manifestação do abuso do poder econômico, capaz de macular a livre concorrência e a livre iniciativa, pilar da ordem econômica.

Para melhor compreensão de condutas que se enquadram em algumas das hipóteses previstas no *caput* do art. 36, o legislador traz, desde logo, um rol exemplificativo (§ 3º). Assim, exemplificam-se condutas que possam levar a restrição da concorrência: formação de cartéis, criação de barreiras de entrada a concorrentes potenciais ou de permanência a concorrentes reais, provocação enganosa da oscilação de preços de terceiros, abuso do direito em matéria de propriedade industrial ou intelectual, e outras.

Lesar a ordem econômica significa inutilizar (ou subutilizar – que já é gravoso) meio cuja finalidade é assegurar a todos existência digna (CF/88, art. 170); por corolário lógico, nenhuma ação neste sentido pode ser tolerada. Qualquer conduta lesiva será, então, reprimida.

Eventual responsabilização pelo ato, independentemente de culpa, pode recair sobre a própria empresa, seus dirigentes e administradores ou empresas com as quais a infratora componha grupo econômico – de fato ou de direito -, solidariamente, inclusive cabendo desconsideração da personalidade jurídica (Lei n. 12.529/2011, arts. 32 a 34).

Se empresas, sujeitam-se a penas que chegam a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto obtido no exercício anterior ao processo administrativo; nos demais casos, poderá chegar a dois bilhões de reais. Em ambos os casos, a reincidência comina pena em dobro. Além disso, ainda em âmbito administrativo, sem prejuízo de responsabilização por ilícitos tutelados por outros ramos do direito, pode ser imposta, dentre outras, isoladas ou cumulativamente:

Art. 38. [...]

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. [grifo nosso]

A tutela da concorrência não se resume à atuação estatal na repressão de práticas concorrencialmente lesivas. É certo que, assumindo o modelo de concorrência perfeita que se adota (ao qual se opõe a escola austríaca), a repressão é essencial – sem pena imposta, o mandamento proibitivo tornar-se-ia absolutamente ineficaz.

Acrescenta-se à repressão, outrossim, o controle prévio dos atos de concentração empresarial.

Considera-se ato de concentração passível de análise prévia a fusão entre empresas anteriormente independentes, a incorporação de uma empresa por outra ou outras ou a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Cumulam-se outros dois requisitos, a saber:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). (LEI N. 12.529/2011, art. 90)

Este controle importa à viabilização da concorrência, eis que, verificado que as empresas, ao se concentrarem, incorrerão nos atos descritos no art. 36 da Lei do CADE, evitar-se-á processo repressivo futuro. Por um lado, protege-se a coletividade, impedindo que os grupos envolvidos na operação lesem de qualquer forma os direitos subjetivos dos consumidores e dos demais concorrentes. De outro, é garantia às próprias empresas, já que essas operações de concentração, por si só, envolvem grande dispêndio de recursos, que poderá ser ainda mais elevado quando do reconhecimento de prática lesiva e da consequente determinação de reversão do processo, além de outras sanções já mencionadas que podem ser vultosas e implicar em crise à empresa.

Calha ressaltar que a visão que se apresenta – de necessidade de reprimir agentes que pratiquem atos lesivos e submeter a controle prévio concentrações potencialmente lesivas à concorrência – é a que comumente se tem em relação à tutela concorrencial. Mais adiante, em tópico oportuno, a presente pesquisa abordará perspectiva austríaca sobre a concorrência e sobre os monopólios.

Há mais uma função da qual o CADE se incumbem¹¹: a promoção da concorrência (ou, como se convencionou, a “advocacia da concorrência”). Trata-se

¹¹ Embora o CADE seja certamente incumbido desta função, não é o único competente para tanto; os próprios particulares podem exercê-la, uma vez que “a realização das atividades inerentes à

das “ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial”. Permeiam o texto legal diversos dispositivos que objetivam a manutenção pela via não contenciosa da liberdade concorrencial (Lei nº 12.529/11, art. 9º, IX e XIV; art. 11, IV; art. 13, XIV e XV; art. 19; e outros).

3.2 Outras Perspectivas Históricas

Como se demonstrou até aqui, é amplamente aceito entre os estudiosos do Direito Concorrencial que as primeiras legislações antitrustes surgiram em um ambiente de concorrência predatória percebido na América do Norte, no qual poucos produtores concentravam muito capital. Formavam-se, então, monopólios em determinados setores da economia, ou cartéis, trustes, oligopólios, quando os poucos grandes produtores daquele setor se arranjavam de modo a operar como se fossem uma só empresa monopolista.

Assim, com o crescimento dos monopólios, o livre mercado padecia em face das condutas monopolistas (ou oligopolista, que traduz a mesma ideia), prejudicando os demais concorrentes, incapazes de competir com aqueles, e os consumidores, que passaram a sofrer com a imposição de preços abusivos.

Introduziu-se no tópico precedente outra corrente que nega tais fundamentos históricos aceitos majoritariamente, a qual será abordada abaixo.

André Ramos (2015) sustenta que, na verdade, tais legislações se formaram para atender uma parcela ineficiente de produtores que sofriam com a competição pujante e não conseguiam manter seus lucros em um ambiente concorrencial livre. Nos dizeres de Domenick Armentano (apud CONSTANTINO, 2009, p. 201), “as leis antitrustes foram criadas precisamente para serem usadas pelos concorrentes menores para arrasar concorrentes mais eficientes”.

Eles não negam a existência dos trustes no final do século XIX e no início do século XX, “fruto do desenvolvimento natural de uma sociedade que tem como pilar fundamental o livre mercado” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 68 e 74), mas demonstram que

advocacia da concorrência (ou pelo menos a maioria delas) não depende de atribuição legislativa da competência correspondente. Isto porque elas não implicam a utilização de *poderes de autoridade* (JORDÃO, 2009, p. 7).

Tais conglomerados empresariais, na verdade, conseguiram racionalizar custos, integrar recursos logísticos e obter consideráveis ganho de escala, investindo pesadamente em inovação tecnológica e em *marketing* publicitário. Tudo isso se refletia, pois, no oposto do que nos conta a versão *mainstream* da história: preços mais baixos, maior qualidade dos produtos e serviços e incremento constante da produção.

[...] as leis antitruste, na verdade, têm raízes protecionistas muito claras: sua origem e seu desenvolvimento não guardam nenhuma relação com a defesa da economia de livre mercado genuíno – livre concorrência, livre-iniciativa, propriedade privada e soberania do consumidor –, mas com a defesa de grupos empresariais bem relacionados, os quais estavam perdendo espaço para empresas mais eficientes e inovadoras.

[...]

Vale ressaltar que essa situação de queda de preços e expansão da produção industrial era fruto da intensa competição que existia nos mais diversos setores da economia americana no final do século XIX. Thomas Woods afirma que o fim dos anos 1800, apesar de ser a era dos trustes e das grandes corporações, foi um período de extrema concorrência empresarial.

O autor traz, ainda, a posição do historiador socialista Gabriel Kolko (1963 apud RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 75), que estudou o período anterior ao *Sherman Act*, e assim sintetizou:

Houve durante esse período uma tendência dominante para o crescimento da concorrência. A concorrência era inaceitável para muitos dos principais líderes empresariais e financeiros, e o movimento de fusão foi em larga medida uma repercussão dos efeitos de negócios voluntários malsucedidos de colocar sob controle tendências irresistíveis. [...] Como surgiram novos concorrentes e como o poder econômico foi difundido por toda uma nação em expansão, tornou-se evidente para muitos empresários importantes que só o governo nacional poderia (controlar e estabilizar) a economia [...]. Ironicamente, ao contrário do consenso entre os historiadores, não foi a existência de monopólio que provocou o governo a intervir na economia, mas a sua ausência.

Os estudos de caso de Dominick Armentano (2007) demonstram que, não obstante os empresários eficientes estivessem reduzindo os preços e aumentando a produção, beneficiando, por consequência os consumidores, a legislação antitruste sempre foi utilizada para persegui-los. Um dos exemplos é o caso da ALCOA – Aluminum Company of America:

The Aluminum Company of America prior to 1937 is a classic example of a dominant firm that maintained its market portion essentially through innovation and industrial efficiency as a barrier to entry. [...] Prices for aluminum ingot-Alcoa's primary product declined from approximately \$5 per pound in 1887, the year Alcoa was founded as the Pittsburgh Reduction Company, to 22 cents per pound in 1937, the year Alcoa was indicted for monopolization. During that period, profits averaged approximately 10

percent on overall investment. Alcoa had not engaged in any illegal exclusion of potential competitors.¹² (ARMENTANO, 2007, p. 61)

O Tribunal de origem absolveu a ALCOA de monopolização, sob a argumentação de que uma posição dominante – monopólio – não caracteriza, por si só, restrição ao comércio. A decisão foi posteriormente reformada, sob o fundamento de que a eficiência da empresa não pode servir de pretexto para monopolização. Consta na decisão:

It was not inevitable that it [Alcoa] should always anticipate increases in the demand for ingot and be prepared to supply them. Nothing compelled it to keep doubling and redoubling its capacity before others entered the field. It insists that it never excluded competitors; but we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared-into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel.¹³ (*United States v. Aluminum Company of America*, 1945 apud ARMENTANO, 2007, p. 62)

Armentano (2007, p. 40-41) também menciona o caso da *Standard Oil Company*. Tal companhia petrolífera é utilizada pela doutrina tradicional como exemplo clássico de empresa com práticas concorrenciais predatórias, que, ao atingir a posição monopolista, reduziu a produção e aumentou o preço do querosene (principal derivado do petróleo que vendiam). Porém, os dados históricos não refletem tal narrativa:

The Standard Oil Company was a major force in the development of the petroleum industry in the nineteenth century. It grew from being a small Ohio corporation in 1870, with perhaps a 4-percent market share, to become a giant, multidivisional conglomerate company by 1890, when it enjoyed as much as 85 percent of the domestic petroleum refining market. This growth was the result of shrewd bargaining for crude oil, intelligent investments in

¹² Em tradução livre: “A *Aluminum Company of America* [ALCOA], antes de 1937, é um exemplo clássico de uma empresa que dominou e manteve sua parcela de mercado essencialmente através de inovação e eficiência industrial como uma barreira de entrada. [...] Os preços da liga de alumínio, principal produto da ALCOA, caíram de aproximadamente US\$ 5,00 por libra em 1887, ano em que a Alcoa foi fundada como *Pittsburgh Reduction Company*, para US\$ 0,22 por libra em 1937, ano em que foi acusada de monopolização. Durante o período, os lucros representavam em média 10% do investimento total. A ALCOA não havia se envolvido em nenhuma exclusão ilegal de concorrentes potenciais”.

¹³ Em tradução livre: “Não era inevitável que ela [a ALCOA] sempre antecipasse os aumentos da demanda por ligas de alumínio e estivesse preparada para ofertá-las. Nada a levou a continuar dobrando e redobrando sua capacidade [produtiva] antes que outros entrassem no setor. Insiste que nunca excluiu outros concorrentes; mas não podemos pensar em uma exclusão mais efetiva do que progressivamente adotar uma oportunidade tão logo aparecesse e enfrentar os novos concorrentes com nova capacidade direcionada a uma grande organização, com vantagem de experiência, conexões comerciais e profissionais de ponta”.

research and development, rebates from railroads, strict financial accounting, vertical and horizontal integration to realize specific efficiencies, investments in tank cars and pipelines to more effectively control the transportation of crude oil and refined product, and a host of other managerial innovations. Internally-generated efficiency allowed the company to purchase other businesses and manage additional assets_ with the same commitment to efficiency and even to expand its corporate operations abroad.

Standard Oil's efficiency made the company extremely successful: it kept its costs low and was able to sell more and more of its refined product, usually at a lower and lower price, in the open marketplace.⁷ Prices for kerosene fell from 30 cents a gallon in 1869 to 9 cents in 1880, 7.4 cents in 1890, and 5.9 cents in 1897. Most important, this feat was accomplished in a market open to competitors, the number and organizational size of which increased greatly after 1890. Indeed, competitors grew so quickly in the years preceding the federal antitrust case that Standard's Market share in petroleum refining declined from roughly 85 percent in 1890 to 64 percent in 1911. In 1911, at least 147 refining companies were competing with Standard, including such large firms as Gulf, Texaco, Union, Pure, Associated Oil and Gas, and Shell.¹⁴

Sobre a suposta precificação predatória praticada pela *Standard Oil*, “um dos estudos mais completos sobre esse caso foi escrito por John McGee, que ao final concluiu não haver nenhuma evidência de que a Standard Oil tenha praticado condutas anticoncorrenciais de precificação predatória” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 79).

Outro exemplo, mais recente, de “perseguição” dos órgãos antitrustes contra empresas eficientes é o da *Microsoft*. Amparado nos estudos de Armentano (2009), explica Rodrigo Constantino (2009, p. 201-202):

¹⁴ Em tradução livre: “A *Standard Oil Company* foi a principal força no desenvolvimento da indústria petrolífera no final do século XIX. Passou de uma pequena corporação de Ohio em 1870, talvez com participação de 4% no mercado, para se tornar uma empresa gigante em 1890, quando gozava de 85% de participação no mercado doméstico de refino de petróleo. Esse crescimento foi resultado de investimentos em pesquisas e desenvolvimento, descontos no transporte ferroviário, contabilidade financeira rigorosa, integração vertical e horizontal para aumentar a eficiência, investimentos em tanques e oleodutos para controlar mais efetivamente o transporte de petróleo e seus derivados, e uma série de outras inovações gerenciais. A eficiência interna permitiu à companhia adquirir outros negócios e gerenciar ativos adicionais – com o mesmo compromisso com a eficiência, e até mesmo expandiu suas operações no exterior.

Com sua eficiência, a *Standard Oil* se tornou uma extremamente bem-sucedida: manteve seus custos baixos e conseguiu vender cada vez mais os produtos do petróleo refinados, geralmente a preços cada vez mais baixos no livre mercado. Os preços do querosene caíram de US\$ 0,30 por galão em 1869, para US\$ 0,074 em 1880, e US\$ 0,059 em 1890. Mais importante, esse feito se deu em um ambiente livre para a concorrência, que teve aumento em números e em tamanho organizacional após 1890. De fato, os concorrentes cresceram tanto nos anos anteriores ao processo antitruste, que a participação de mercado da *Standard Oil* na refinação do petróleo caiu de aproximadamente 85% em 1890 para 64% em 1911. Em 1911, pelo menos 147 empresas de refino estavam competindo com a *Standard Oil*, incluindo grandes empresas como a *Gulf, Texaco, Union, Pure, Associated Oil and Gas, e Shell*.

O governo acusou a empresa [*Microsoft*] de abusar de seu “quase monopólio” no sistema operacional de computadores para integrar seu browser numa “venda casada”. No entanto, a situação dominante da Microsoft era fruto de sua maior competitividade e, portanto, legítima. Não existiam barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, e sistemas operacionais substitutos eram oferecidos por outras empresas. Mas a Microsoft foi ganhando mercado porque um sistema operacional padronizado é mais barato de ser produzido e distribuído e mais fácil de ser usado, o que favorecia os consumidores. As fabricantes Dell, Compaq e tantas outras eram livres para escolher o browser da Netscape. Mas, claramente, um sistema operacional com um navegador grátis já incluído era uma opção mais benéfica para os consumidores do que pagar um custo adicional para ter outro browser.

Quando as autoridades reclamaram da integração e do preço “predatório” da Microsoft, elas estavam condenando o processo competitivo de mercado, não qualquer monopolização. Robert Murphy, em *Os Pecados do Capital*, comenta o caso da Microsoft e condena a arbitrariedade da lei anti-truste. “Um juiz deve decidir se uma empresa pode ‘integrar’ dois produtos ou se deve vendê-los separadamente.” Murphy faz uma analogia com a Ford para demonstrar como seria absurdo questionar se a empresa deveria ter o poder de “integrar” o motor e os pneus de seus veículos ao vendê-los aos consumidores. “Seria ridículo para uma concorrente reclamar que a Ford estava ‘vinculando’ de forma desleal seus pneus ao sucesso de seu motor, reduzindo, dessa forma, a concorrência no negócio de pneus.”

Ao que indicam os dados históricos, a real intenção na criação do *Sherman Act*, “mãe” das demais leis antitrustes, não é a de proteger o livre mercado e a concorrência, mas de proteger uns poucos produtores em detrimento dos consumidores.

Houve forte pressão política pela aprovação do *Sherman Act* por parte dos pequenos produtores rurais, que perdiam mercado para grandes frigoríficos mais eficientes. Diz André Ramos (2015, p. 88-90):

Quem mais pressionou o governo para aprovação do *Sherman Act* foram os pequenos produtores rurais, por meio de seus sindicatos rurais, por meio de seus sindicatos (os *grangers*) e da *Farmer’s Alliance*, sem dúvida a coalização política mais poderosa e influente no período de discussão legislativa da lei antitruste americana. [...]

Os *grangers* e a *Farmer’s Alliance* tinham basicamente dois objetivos políticos: (i) proteger os pequenos fazendeiros que estavam tendo dificuldade para competir com as grandes fazendas, chamadas na época de “monopólios de terra”; e (ii) regular as tarifas das ferrovias.

[...] as reivindicações dos *grangers* e da *Farmer’s Alliance* eram sempre por medidas protecionistas que os favoreciam, mas prejudicavam os consumidores por serem absolutamente anticoncorrenciais, assim como ocorre até os dias atuais: sempre que empresários de um determinado setor da economia perdem mercado para concorrentes maiores ou mais eficientes recorrem ao governo pedindo medidas protecionistas, e o governo as adota rapidamente, usando argumentos supostamente pró-sociedades para justificá-las (evitar o desemprego, defender a indústria nacional etc.).

O próprio Senador John Sherman, quem deu origem ao nome da lei, não demonstrava apreço ao livre mercado, como indicam suas cartas publicadas após a aprovação da norma. Além disso, por exemplo, ele liderou a aprovação do *McKinley Act*, lei protecionista que aumentou em até 50% o imposto de produtos estrangeiros (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 92-93).

Tais considerações são importantes ao estudo do Direito Concorrencial, embora não preponderem. Independentemente de qual tenha sido o intuito original dos que aprovaram tal lei, e presumindo a boa-fé dos legisladores, até mesmo porque a lei foi replicada em diversos países, dentre os quais o Brasil, impende verificar quais são os seus fundamentos econômicos e os efeitos práticos provocados por tais.

4 A PERSPECTIVA AUSTRIACA EM MATÉRIA ANTITRUSTE

Os ensinamentos que se trouxeram até agora, ressalvados os da subseção 3.2 (*Outras Perspectivas Históricas*), são aceitos quase que unanimemente pelos doutrinadores que se debruçaram no estudo da matéria antitruste no Brasil, uma vez que a construção jurídico-teórica do direito concorrencial se deu, de modo geral, sob a ótica econômica neoclássica. Na ciência econômica, o antitruste também se desenvolveu nessa forma. A prevalência da escola neoclássica na academia é evidente (embora, no Brasil, muitos cientistas econômicos costumam adotar uma perspectiva marxista).

Embora alguns apontem outras linhas de pensamento, pouco se fala de forma específica a respeito destas, sendo que perspectivas diversas podem contribuir à efetivação do objetivo que as leis antitrustes se propõem a alcançar: a proteção da livre concorrência (e, em decorrência, do livre mercado) e dos interesses dos consumidores.

De se destacar os ensinamentos trazidos pela Escola Austríaca de Economia, que adota uma posição diametralmente oposta ao comumente defendido pelos doutrinadores do antitruste. Para aqueles, os conceitos econômicos de concorrência e monopólio utilizados para embasar as legislações antitruste, são, na verdade, errôneos, fazendo com que “a regulamentação antitruste provoque, na prática, efeitos contrários aos supostamente pretendidos” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 20). Objetiva o trabalho apresentar a visão desses autores e quais são as suas implicações práticas.

4.1 Contraposição Austríaca ao Pensamento Neoclássico

A oposição austríaca à criação de leis voltadas à proteção da concorrência parte de sua crítica em relação ao modelo matemático geralmente utilizado pelas principais escolas econômicas que se desenvolveram no último século, notadamente a Escola Neoclássica, paradigmática. Por isso, calha apresentar quais são os pilares do pensamento econômico austríaco e, por conseguinte, explicitar as razões pelas quais estes fundamentos não coadunam com a existência de leis antitrustes.

Como foi anteriormente traçado, quando se fez a correlação entre as disciplinas jurídica e econômica, o principal objeto da ciência econômica se relaciona ao problema da escassez. Os seres humanos possuem desejos infinitos, enquanto os meios para tangenciá-los, os bens, são escassos.

Tradicionalmente, compreende-se que a economia é a “ciência de estuda a utilização de meios escassos susceptíveis de usos alternativos para a satisfação de necessidades humanas (Robbins, 1932)” (SOTO, 2010, p. 18). Porém, ponto essencial que difere o paradigma austríaco do paradigma neoclássico é que o conceito trazido por Robbins

supõe implicitamente um conhecimento dado sobre os fins e os meios, com o qual se reduz o problema econômico a um problema técnico de mera alocação, maximização ou otimização, submetido a restrições que se supõe serem também conhecidas. [...] Com efeito, o homem “robbinsiano” é um autômato ou simples caricatura do ser humano que se limita a reagir de forma passiva face aos acontecimentos (SOTO, 2010, p. 18)

Para os austríacos, a economia se integra na teoria da ação humana (praxeologia), muito mais ampla do que a teoria da decisão adotada pelos neoclássicos – esta reduz o problema econômico à alocação racional dos meios (dados) para atingir os fins (também dados), todos supostamente conhecidos. O homem, na verdade, “procura constantemente novos fins e meios, aprendendo com o passado e usando a sua imaginação para descobrir e criar (mediante a ação) o futuro” (SOTO, 2010, p. 18). Assim, a Escola Austríaca não pressupõe qualquer conhecimento dado sobre os meios e os fins para que o homem decida (ideia estrita de racionalidade). Mais do que isso, ele age em busca de novos fins e meios.

Outra diferenciação essencial a ser feita é o subjetivismo austríaco em face do objetivismo neoclássico. Para aqueles, o problema econômico não se relaciona a fenômenos objetivos que limitam à produção, mas às ações humanas, que dão sentido às coisas materiais que nos circundam. Ensina Jesús Huerta de Soto (2010, p. 18-19):

É fácil portanto entender que para os teóricos da escola Austríaca, e em grande medida ao contrário dos neoclássicos, as restrições em economia não são impostas por fenômenos objetivos ou fatores materiais do mundo exterior (por exemplo, as reservas de petróleo), mas antes pelo conhecimento humano de tipo empresarial (a descoberta de um carburador que conseguisse duplicar a eficiência dos motores de explosão teria o *mesmo efeito econômico* que uma duplicação do total de reservas físicas de petróleo). Por isso, para a Escola Austríaca, a produção não é um fato físico

natural e externo, sendo antes, pelo contrário, um fenômeno intelectual e espiritual (Mises, 1995:169).

Também se diferem as escolas pelos conceitos de empreendedor criativo (austríaco) e *Homo oeconomicus* (neoclássico). Os neoclássicos veem a função empresarial apenas como “um fator de produção que pode ser alocado em função dos custos e benefícios esperados” (SOTO, 2010, p. 19). Isso é um erro, pois “implica acreditar que se dispõe hoje de uma informação (valor provável dos seus benefícios e custos futuros) *antes de a mesma ter sido criada* pela própria função empresarial” (SOTO, 2010, p. 19). Neste sentido, contradiz-se à própria noção de racionalidade estrita das decisões, pois não é possível antever os benefícios ao “alocar” o *Homo oeconomicus*. A função empresarial está relacionada à percepção, de um empreendedor criativo, da possibilidade de se obter lucro em setores – ou métodos – não antes explorados, ou seja, “consiste em criar e descobrir informação que antes não existia” (SOTO, 2010, p. 19).

A função empresarial é elemento chave para compreender o processo concorrencial e a dinâmica de mercado. A função empresarial não se resume à criação, descoberta e transmissão de novas informações antes inexistentes, mas, ao fazê-lo, ou seja, a partir do momento em que o empresário percebe uma oportunidade de lucro, coordena espontaneamente as ações antes desajustadas para que outros indivíduos a reproduzam, tendendo a um equilíbrio.

Não há de se falar, porém, em modelos de equilíbrio baseados em estatísticas comparativas, uma vez que o objeto primordial da Escola Austríaca está na ação humana, que não pode ser matematizada. Os modelos de equilíbrio pressupõem que todas as informações relevantes para alcançar a função de oferta e demandas encontram-se “dadas”, em termos certos ou probabilísticos (SOTO, 2010, p. 19-23). A tendência ao equilíbrio é explicada justamente pelo processo espontâneo de coordenação da função empresarial. Como o ser humano é um ser criativo, e não um ser autômato que racionaliza todas as informações, constantemente se descobrem novas informações e possibilidades de alocação dos recursos escassos com vistas ao lucro, *ad infinitum*, razão pela qual, não obstante a força coordenadora da função empresarial leve o mercado à tendência de equilíbrio, o equilíbrio nunca será alcançado. A competição é, portanto, um processo dinâmico sem fim. Elucida Huerta de Soto (2010, p. 22):

Chega-se inclusive a falar de um modelo denominado de “*big bang social*”, que permite o crescimento sem limite do conhecimento e da civilização de uma forma tão ajustada e harmoniosa (ou seja, coordenada) como seja humanamente possível em cada circunstância histórica. Tal sucede porque o processo empresarial de coordenação social nunca para nem se esgota. Ou seja, o ato empresarial consiste basicamente em criar ou transmitir nova informação que forçosamente há de modificar a percepção geral de objetivos e de meios de todos os agentes implicados na sociedade. Isto dá lugar à aparição de novos desajustamentos que por sua vez originam novas oportunidades de lucro empresarial que tendem a ser descobertas e coordenadas pelos empresários; e assim sucessivamente, num processo dinâmico que nunca termina e que continuamente se expande e faz avançar a civilização (modelo de “*big bang social*” coordenado). [...]

Outras diferenças entre as Escolas Austríaca e Neoclássica merecem ser apontadas, tais quais, a concepção subjetiva dos custos para os austríacos (ainda que os neoclássicos mencionem os “custos de oportunidade”), o formalismo verbal dos austríacos contra a formalização matemática da economia pelos neoclássicos. No entanto, os pontos previamente delineados são os que se destacam para a compreensão do direito antitruste sob a perspectiva austríaca. Bem sintetizou Jesús Huerta de Soto (2010, p. 29):

As principais críticas que os economistas austríacos fazem aos neoclássicos e que evidenciam os elementos básicos diferenciadores do seu ponto de vista são os seguintes: em *primeiro lugar*, concentram-se exclusivamente em estados de equilíbrio através de um modelo maximizador que assume como “dada” a informação de que necessitam os agentes para as suas funções objetivo e restrições; *segundo*, a escolha, em muitos casos arbitrária, de variáveis e parâmetros tanto para a função objetivo como para as restrições, tendendo a incluir os aspectos mais óbvios e esquecendo outros de grande importância, mas cujo tratamento empírico é mais difícil (valores morais, hábitos e tradições, instituições etc.); *terceiro*, centrarem-se nos modelos de equilíbrio que tratam com o formalismo da matemática e que ocultam as verdadeiras razões de causa e efeito; e *quarto*, elevar ao nível de conclusões teóricas o que não são mais do que meras interpretações da realidade histórica, que podem ser relevantes em algumas circunstâncias concretas, mas que não se pode considerar como tendo uma validade teórica universal, uma vez que apenas se baseiam num conhecimento historicamente contingente.

Em seguida, o autor faz uma ressalva importante:

As considerações anteriores não significam que todas as conclusões que até agora surgiram na análise neoclássica sejam errôneas. Uma parte importante delas pode ser recuperada e ser considerada válida. Os teóricos austríacos querem unicamente realçar que não existe qualquer garantia quanto à validade das conclusões a que os economistas neoclássicos chegam, de maneira que aquelas que sejam válidas podem ser obtidas de forma mais segura através da análise dinâmica que os austríacos preconizam. A análise dinâmica dos austríacos tem ainda a virtualidade de

permitir identificar as teorias errôneas (também muito numerosas) pondo em evidência os vícios e os erros que atualmente são ocultados pelo método empírico baseado no modelo de equilíbrio no qual se fundamentam os economistas do paradigma dominante. (SOTO, 2010, p. 29-30)

Passa-se à análise do pensamento austríaco no que diz respeito a legislações que visam garantir a concorrência.

4.2 O Conceito de Concorrência e Monopólio

Como já apontado, a crítica que a Escola Austríaca faz em relação às leis antitrustes se fundam inicialmente na diferenciação conceitual do que comumente se tem por concorrência e monopólio.

Todo o arcabouço normativo destinado a proteger a livre concorrência toma por base o modelo neoclássico de concorrência perfeita, estado ideal de coisas, constatado por meio de funções matemáticas, que deve ser alcançado. André Luiz Santa Cruz Ramos (2015, p. 112), possivelmente quem mais estudou o Direito Concorrencial sob a perspectiva austríaca no Brasil, em sua obra “Os Fundamentos Contra o Antitruste”, originada de sua tese de doutorado, ensina:

[...] 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.

Tais condições jamais podem ser alcançadas em um mercado real, tão somente em modelos matemáticos em que se ignoram fatores imprescindíveis relacionados à atividade empresarial e se escolhem outros arbitrariamente. Não obstante, traçam-se métricas com base nas condições “perfeitas” e quando o mercado operar fora de tais condições ideais – na prática, sempre – o mercado será “imperfeito” e tendente[] à concentração, cabendo ao Estado, conseqüentemente, intervir nesses mercados para corrigir suas supostas falhas, evitando a concentração empresarial” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 113).

À concorrência, área da economia, não se pode aplicar os métodos das ciências naturais, que pode ser medido e alcançado na mudança de variáveis pelo

observador. A ciência econômica, ciência natural que é, deve ser deduzida aprioristicamente, não sendo passível de experimentação laboratorial.

Em um ambiente em que os seres humanos agem constantemente em busca de satisfação, têm as suas preferências – que não remanesçam eternas -, e que novas informações são constantemente criadas pelos empreendedores, o estado de “perfeição” concorrencial nunca pode ser alcançado. É por isso que a concorrência não deve ser tratada como algo “estático” a ser alcançado, mas dinâmico.

A concorrência, segundo os austríacos, é justamente “um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constante, e jamais um estado de coisas sem alteração” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 124), algo que os neoclássicos definiriam como imperfeita.

Assim, o que o modelo de “concorrência perfeita” qualifica como imperfeita é, de fato, a verdadeira concorrência, isto 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. (RAMOS, 2015, p. 125)

Qualquer interferência estatal no processo dinâmico do mercado, de descobertas e de coordenação espontânea, ainda que a pretexto de protegê-lo, implica em violação da concorrência. A concorrência se dá, portanto, em um ambiente de livre mercado, em que não haja barreiras de entrada coercivas impostas contra concorrentes potenciais.

Cabe mencionar a crítica de Mario Luiz Possas (1989, p. 55-56), em sua obra “Dinâmica e Concorrência Capitalista – uma interpretação a partir de Marx”, aos modelos estáticos de concorrência adotados pela escola neoclássica:

Na tradição clássico-marxista, e em parte no próprio senso comum (não necessariamente o dos economistas), a concorrência capitalista é antes de tudo uma disputa permanente entre empresas ou produtores/vendedores pela sobrevivência no mercado, mais do que pelo maior lucro possível – muito longe, portanto, da imagem pacífica (e inerte) desenhada pelo neoclássicismo. Nesse embate, todas as armas que não ameacem a convivência social são permitidas; em regra, porém, são canalizadas para as inovações de qualquer natureza, o que importa de imediato uma permanente tendência a modificar a base produtiva e os próprios produtos. É flagrante, nesse quadro, a precariedade da análise convencional que submete todos esses aspectos a condições *ceteris paribus* e reduz a

concorrência ao ajuste de preços e quantidades às imposições exteriores – *sic* – da demanda (“preferência dos consumidores”) e da oferta (tecnologia “dada” e maximização dos lucros).

Embora essa concepção não seja uníssona entre os marxistas, corrente de pensamento sobre a qual não se pretende debruçar neste trabalho e que se opõe em diversos pontos à escola austríaca, é muito mais acurada do que se ter a concorrência como equilíbrio perfeito do mercado.

Quanto às condutas abusivas daqueles que detêm o poder econômico, os pensadores austríacos afirmam que só poderão ser praticadas em ambientes regulados, em que o Estado intervém, ao contrário do que é defendido pela doutrina tradicional (que os *players* de mercado irão abusar de seu poder a fim de se tornarem monopolistas).

Neste sentido, além da diferenciação conceitual de concorrência, a Escola Austríaca aduz que o monopólio não é caracterizado pela presença de uma ou poucas – oligopólio, nessa hipótese – empresas no setor, capazes de “controlar” o mercado, ou ainda pela prática de preços tidos como abusivos.

Monopólio é, na verdade, a imposição de barreiras de entrada externas ao mercado. Barreiras externas, frise-se, porque as barreiras naturais, como o elevado custo de investimento inicial em determinado setor, não se caracterizam anticoncorrenciais, a não ser que hajam barreiras coercivas. O único modo de se proteger a concorrência, corrigindo as “falhas de mercado”, seria, então, eliminando as barreiras externas. Conforme os ensinamentos de André Ramos (2015, p. 129):

Portanto, além de restaurar o correto conceito de concorrência, que deve ser vista como um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constantes, é imprescindível restaurar também o correto conceito de monopólio, que deve ser visto como uma situação na qual existem barreiras legais à entrada, e não como uma situação na qual uma empresa possui alta concentração em decorrência de sua maior eficiência produtiva. Consequentemente, um mercado com concorrência não significa necessariamente um mercado em que existem vários competidores, mas um mercado no qual não há barreiras legais à entrada de competidores. Como disse Hayek, [...] não devemos nos preocupar com o fato de a concorrência em um determinado mercado ser perfeita ou imperfeita, mas questionar se nesse mercado a concorrência efetivamente existe ou não. Não havendo proibição legal de entrada, a concorrência sempre existirá, ainda que temporariamente apenas um, dois ou poucos ofertantes estejam ofertando os bens ou serviços que os consumidores desse mercado demandam.

Desde a consolidação da economia enquanto ciência, notadamente após a publicação de *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, os monopólios foram vistos como concessão de privilégios legais a produtores ou setores específicos. Essa noção dos economistas clássicos remonta ao século XV, período em que a coroa inglesa concedia diversos privilégios monopolísticos para as guildas, “até que em 1623 o Parlamento inglês editou o *Statute of Monopolies*, restringindo o poder arbitrário da Coroa de conceder monopólios coercivos” (RAMOS, A. L. S. C., p. 131). Assim, eles diferenciavam as empresas que detinham um “monopólio” eficiente daquelas que gozavam de um monopólio verdadeiro, coercivo. Essa concepção foi abandonada pelos economistas e operadores do Direito a partir da edição do *Sherman Act*, que não mais diferenciavam os monopólios decorrentes de concessão estatal e aqueles que, erroneamente chamados de “monopólio”, apareciam em razão de sua eficiência.

Reforça-se que corrente austríaca não nega a existência do que é chamado atualmente de monopólio, ou seja, a concentração de capital decorrente de um ambiente de livre concorrência. Estes, porém, retomam o pensamento dos liberais clássicos para diferenciar os de natureza coerciva dos que são percebidos em razão de sua eficiência. Hans. F. Sennholz os denomina, respectivamente, de “monopólio ruim” e “monopólio bom”.

O monopólio bom somente se sustenta enquanto continue a atender os interesses dos consumidores. Caso deixe de fazê-lo, irá perder sua posição dominante. Portanto, sob esse prisma, não é inerente aos monopólios o prejuízo concorrencial e consumerista, mas sim à distorção econômica provocada por meios coercivos do Estado.

Com efeito, embora o poder econômico exista, este não será capaz de afetar as estruturas de mercado em ambiente livre. Pragmaticamente, Hans F. Sennholz (2017) explica que uma empresa que detém considerável fatia de determinado mercado em um ambiente de liberdade de iniciativa é incapaz de controlar, sem interferência exógena, o ambiente na qual está inserida, por três fatores: a concorrência potencial; a concorrência de substitutos; e a elasticidade de demanda.

Conforme o autor, concorrência potencial significa que, não existindo barreiras legais à entrada no setor monopolizado, o monopolista continua concorrendo com os potenciais competidores que, percebendo o lucro potencial no

setor, poderão empreender na área “monopolizada”. Em outros termos, os monopolistas estarão sempre competindo com concorrentes potenciais, e, por isso, devem praticar preços baixos, sob pena de atrair outros empreendedores a adentrar no mesmo mercado e perder o seu domínio. Diz o pensador austríaco que “em um setor em que haja liberdade de entrada e livre concorrência, qualquer monopólio sempre será um monopólio eficiente” (SENNHOLZ, 2017). Exemplifica historicamente André Ramos (2015, p. 133-134):

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 pretense “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. Rockefeller então decidiu comprar alguns dos negócios desses concorrentes espertos, mas muito deles, assim que viram novas oportunidades de lucro, abriam novas refinarias com o dinheiro da venda [p. ex., David P. Reighard]. Em suma: a concorrência potencial decorrente da livre entrada fez com que os planos “monopolísticos” de Rockefeller não obtivessem êxito, mas mesmo assim ele não se livrou [...] da perseguição das autoridades antitrustes americanas.

Já pela concorrência de substituto se entende que, na inesperada hipótese de a concorrência potencial não implicar em restrição natural sobre os monopolistas, estes ainda assim competirão com setores substitutos dos seus. Neste sentido,

Na fabricação de roupas, por exemplo, dúzias de diferentes materiais concorrem entre si pelo dinheiro do consumidor. O monopolista de qualquer um desses materiais é completamente impotente, pois sua precificação monopolista iria induzir os consumidores a saírem imediatamente à procura de outros materiais substitutos. Os produtores de suspensórios não concorrem apenas entre si e com outros potenciais concorrentes, mas também com os produtores de cintos. Na indústria de transporte, os trens concorrem com caminhões, carros, aviões, oleodutos e navios. (SENNHOLZ, 2017)

Mesmo não havendo concorrência de substituto, o último fator que impede a manutenção de preços monopolísticos é a elasticidade de demanda, segundo o qual a variação no preço de um produto ou de um serviço influi diretamente sobre sua demanda. Aumentando-se significativamente o preço de um produto, por a demanda ser elástica, os consumidores irão limitar seu consumo e, conseqüentemente, diminuir a lucratividade do produtor (SENNHOLZ, 2017).

Assim, o ponto chave para compreender os malefícios de um monopólio – em sentido amplo -, não está na pluralidade ou unicidade de empresas em um determinado setor, mas na liberdade de atuação empresarial sem limitações estatais.

O *Google* é um exemplo claro do que se expõe. É inegável a eficiência empresarial da companhia. Oferece diversos serviços de forma gratuita, aumentando a satisfação de seus usuários. Continuam a inovar dia-a-dia, para que possam se manter dominante no setor. Não obstante, é frequentemente processada por violação da concorrência.

Portanto, monopólios bons – na definição de Hans F. Sennholz – e concentração de capital decorrente da eficiência empresarial não devem ser reprimidos, uma vez que não implicam em prejuízo ao consumidor ou aos concorrentes. Desta feita, os verdadeiros monopólios – privilégio estatal, ou, na definição de Sennholz, monopólios ruins, são aqueles que realmente violam os preceitos normativos da livre iniciativa e da livre concorrência.

4.2.1 Monopólios ruins

No tópico precedente, explanou-se qual a visão austríaca sobre os conceitos de concorrência (processo dinâmico de um mercado livre) e monopólio (barreira legal à entrada no mercado). Passa-se a demonstrar como se manifestam tais monopólios.

Murray N. Rothbard (2012, p. 31-37), diferencia os tipos de intervenção, ou seja, o uso da coerção do interventor sobre o intervindo, em três: intervenção autística, na qual determinado indivíduo é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que envolva tão somente a sua vida ou propriedade (restrição à liberdade de expressão, por exemplo); intervenção binária, na qual o interventor obriga o indivíduo a fazer uma “troca” com ele, oferecendo uma contraprestação não necessariamente desejada (serviços públicos custeados por impostos); e intervenção triangular, “criada entre o invasor e *dois* permutadores – reais ou em potencial”-, que são obrigados a fazer escolhas ou impedidos de fazê-las por deliberação arbitrária do interventor.

Complementa o autor: “É claro que todos esses tipos de intervenção são subdivisões da relação *hegemônica* – uma relação de comando e obediência –

comparadas com a relação contratual de benefício voluntário mútuo” (2012, p. 32). Como trocas voluntárias pressupõem benefício mútuo às partes, intervenções que as restringem implicam em restrição à “maximização” do bem-estar dos permutadores, e, tratando o mercado como o conjunto dessas trocas voluntárias, consequência é a restrição da maximização da utilidade “social” do mercado. Elucida (2012, p. 34):

A intervenção coercitiva [...] significa *per se* que um ou mais indivíduos coagidos não teriam feito o que estão fazendo, não fosse pela intervenção. O indivíduo que é coagido a dizer ou não alguma coisa, a fazer ou não uma troca com o interventor ou outra pessoa, tem suas ações modificadas por uma ameaça de violência. O resultado da intervenção é que o indivíduo coagido perde em utilidade, pois sua ação foi alterada pelo impacto coercitivo. Qualquer intervenção, seja autística, binária ou triangular, leva os sujeitos a perderem em utilidade. Na intervenção autística ou binária, cada indivíduo perde em utilidade; na intervenção triangular, ambos ou pelo menos um dos possíveis permutadores perde em utilidade.

Mais adiante, Rothbard subdivide a intervenção triangular em dois tipos: controle de preço (relacionado ao produto, estabelecendo um preço mínimo ou máximo para a venda de um produto, ou em um valor fixo); e controle de produto (relacionado à natureza da produção), que pode ser parcial ou total. E é no controle de produto, principalmente, que se verificam as concessões monopolísticas.

Na intervenção sobre o produto, prejudicam-se todas as partes envolvidas:

[...] os consumidores, que perde utilidade porque não podem comprar o produto e satisfazer os desejos imediatos; e os produtores, que são impedidos de ganhar uma remuneração mais alta nessa área e, portanto, tem de se contentar com ganhos menores em outros lugares. (ROTHBARD, 2012, p. 56)

Quando se proíbe absolutamente a produção de determinado bem sobre o qual haja demanda, a tendência natural é o restabelecimento dessa produção por meio de um “mercado negro”. Desta feita, o governo garantirá, indiretamente, o monopólio daquele produto aos que se propõem a violar a lei para obter maiores lucros, uma vez que a proibição cria uma escassez artificial sobre o bem e aumentando o seu preço. De outro lado, prejudicará os consumidores dispostos a adquiri-los, pois a distribuição de informações sobre aquele mercado

será mais difícil, recaindo sobre a qualidade na prestação do serviço ou no fornecimento do produto.

Tratando-se de mercados legais, a intervenção no controle de produção pode se dar, também, por meio de concessões de privilégios especiais. Os privilégios especiais são os em que se manifestam de forma mais explícita o que a Escola Austríaca entende por monopólio. Nestes, o Estado proíbe a produção e/ou a venda de um bem, ressalvadas a(s) empresa(s) privilegiadas pelo governo. Pode ser uma concessão monopolista, quando em favor de uma pessoa (natural ou jurídica), ou uma concessão oligopolista (ou quase monopolista), quando em favor de várias pessoas.¹⁵ De um lado, prejudicam-se os demais concorrentes que desejam entrar no setor, de outro, os consumidores, que poderiam preferir caso fossem livres para escolher (ROTHBARD, 2010, p. 58).

No entanto, na maior parte das vezes, os privilégios monopolistas – ou quase monopolistas, que serão chamados daquela forma, pois exprimem a mesma ideia – não decorrem de privilégios diretamente concedidos a uma ou mais pessoas, mas de maneira indireta, impondo-se aos concorrentes barreiras à entrada ou permanência no setor a pretexto da garantia de um “bem-estar geral”.

Como exposto anteriormente, no livre mercado, as empresas estão impedidas de praticar preços “monopolísticos” em face da competição permanente com outros concorrentes potenciais ou substitutos, e da elasticidade da demanda dos consumidores. Conquanto a escola austríaca faça inúmeras críticas à teoria do preço monopolista (imposição de preço acima da curva de demanda), pois afastam a distinção entre preço de livre mercado – identificável e definível – e o preço de monopólio – imaginário -, afirmam que esta se aplica aos mercados em que haja barreiras legais à entrada. Isso porque “as concessões de privilégios monopolistas tornam a curva de demanda do consumidor menos elástica [ou inelástica], pois fica privado de produtos substitutos advindos de outros possíveis concorrentes” (ROTHBARD, 2010, p. 59). Com isso,

¹⁵ Não se desconhece a diferenciação existente, no Direito, entre monopólios e serviços públicos. Tratando-se de empresa que presta serviço público em regime de privilégio, como os Correios (ADPF/45), os Tribunais não reconhecem a existência de monopólio, uma vez que a natureza de serviço público afasta a existência de mercado (único em que se pode haver monopólios). Porém, as regras da natureza não podem ser alteradas por normas positivadas, e, sob o prisma austríaco, não diferem o “monopólio de mercado” do “serviço público em regime especial”.

No lugar em que a curva de demanda da empresa permanece muito elástica, o monopolista não colherá *ganho de monopólio* de sua concessão. Consumidores e concorrentes continuarão em prejuízo por causa do impedimento imposto às suas trocas, mas o monopolista não irá ganhar, pois o preço e a renda não serão mais altos do que antes. Por outro lado, se a sua curva de demanda é, agora, inelástica, então ele institui um preço de monopólio para aumentar a própria receita. (ROTHBARD, 2010, p. 59).

Percebe-se que, ainda que os monopolistas não se beneficiem diretamente dos privilégios concedidos, os demais concorrentes e os consumidores saem prejudicados, por serem obrigados – aqueles – a empreender em áreas preteridas e menos lucrativas ou – estes – a adquirir produtos de produtores menos eficientes.

No Brasil, em especial após a privatização de diversos serviços que estavam sob domínio do Estado, assistiu-se à criação de diversas agências reguladoras, autarquias destinadas a promover “a livre concorrência nos mercados antes monopolizados, sempre em benefícios dos consumidores” (RAMOS, A. L. S. C., 2015, p. 195). Na prática, essas agências reguladoras impõem inúmeras barreiras à entrada no setor, permitindo que as empresas quase monopolistas pratiquem preços abusivos e forneçam produtos de má qualidade. Com efeito,

[...] como os privilégios governamentais favorecerão o surgimento de verdadeiros monopólios, duopólios e oligopólios – estes sim, realmente nocivos aos consumidores -, a insatisfação com os preços altos e a baixa qualidade dos produtos, bem como a crença de que isso se dá por supostas falhas de mercado – e não por falhas do governo -, fará com que mais intervenções estatais sejam requeridas, até que um dia o setor estará totalmente regulado e nas mãos dos burocratas. (RAMOS, A. L. S. C., 2015 p. 199).

O erro do governo na regulação setorial, como explica André Ramos (2015, p. 200), “é o mesmo da regulação geral antitruste: os reguladores não compreender a concorrência como ela realmente é – um processo dinâmico e incerto de descoberta e rivalidade constantes”.

Rothbard (2010, p. 61-101) exemplifica outras formas de regulamentação em que as concessões monopolistas se manifestam indiretamente, dentre as quais: licenças, padrões de qualidade, tarifas, restrições de imigração, sindicalismo obrigatório, patentes e até mesmo as leis antitrustes.

As licenças, por exemplo, são imposições do governo para que uma pessoa oferte seu trabalho ou para que empresas atuem no setor. Todos aqueles

que não conseguirem atender aos requisitos para a obtenção da licença estarão eliminados do mercado, restringindo também a possibilidade de escolha do consumidor.

Há também, a barreira que se impõe ao exigir-se o atendimento de “padrões de qualidade e segurança”. Em um ambiente concorrencialmente livre, quem define o que é “qualidade” são os próprios consumidores, enquanto tais imposições pelo Estado seguem critérios arbitrários, que devem ser cumpridos rigorosamente e prejudicam a inovação, pois “prescrevem os detalhes da produção e banem as diferenças” (ROTHBARD, 2010, p. 67). Além do mais, implicam em gastos adicionais ao produtor, que os repassarão aos consumidores. Elucida Rothbard (2010, p. 65):

Outros padrões de qualidade na produção têm efeitos ainda mais prejudiciais. Impõem definições governamentais dos produtos e exigem que as empresas aperfeiçoem as especificações estabelecidas por tais definições. Assim, o governo define o “pão” como algo que possui certa composição. Supostamente, isso é uma salvaguarda contra “adulteração”, mas na verdade o que se proíbe é a melhoria. Se o governo define um produto de determinada maneira, ele proíbe a mudança. Uma mudança, para ser aceita pelos consumidores, tem de ser uma melhoria: absoluta ou em forma de um preço mais baixo. Contudo, pode levar um bom tempo, ou até mesmo a eternidade, para persuadir a burocracia do governo a mudar as exigências. Nesse meio tempo, a concorrência é prejudicada, e melhorias tecnológicas são bloqueadas. Padrões de “qualidade”, ao mudar as decisões sobre qualidade dos consumidores para os arbitrários quadros de governo, impõem rigidez e monopolização no sistema econômico.

O padrão de qualidade imposto acaba por justificar eventuais condutas danosas por parte daqueles que os cumpriram. De outro lado, em resposta aos que advogam pela teoria da prevenção, Rothbard (2010, p. 67) afirma que “é certamente um procedimento absurdo tentar ‘impedir’ umas poucas invasões futuras cometendo invasões permanentes contra todos”.

Do mesmo modo, as leis tarifárias criam barreiras de entrada para proteger os produtores nacionais e elevam o preço do produto para os consumidores. Geralmente, estas são sustentadas sob o argumento de que uma balança comercial continuamente desfavorável pode causar prejuízos à economia do país. Porém, toda troca voluntária é mais favorável para as duas partes – ambas acreditam estar saindo de uma situação menos confortável para uma situação mais confortável. Neste sentido, não pode haver “balanças desfavoráveis”.

A escola austríaca critica o Direito Antitruste não somente por sua percepção equivocada de concorrência e de monopólio, mas também por possuir, por si só, uma natureza anticoncorrencial. Ao negar que o monopólio se trata da concessão de privilégios pelo governo, punem as empresas mais eficientes por práticas supostamente abusivas. O único meio de o governo declinar um monopólio, portanto, é pela eliminação de suas próprias concessões monopolistas. Ademais, assim como o *Sherman Act*, a legislação antitruste brasileira utiliza termos vagos e indefinidos, permitindo a punição *ex post facto* de condutas que os órgãos concorrenciais decidirem arbitrariamente que são lesivas à concorrência. O medo de sofrer uma punição em razão do aumento de sua eficiência faz com que a empresa, assediada a tanto, limite sua produção, recompensando as demais empresas ineficientes e prejudicando os consumidores (ROTHBARD, 2010, p. 81). Neste sentido, argumenta Isabel Paterson a respeito dos princípios do antitruste:

O governo não pode “restaurar a concorrência” ou “garanti-la”. O governo é o monopólio, e tudo que podemos fazer é impor limitações que podem resultar no monopólio, quando vão tão longe a ponto de exigir permissão para o indivíduo se envolver na produção. Esta é a essência da sociedade estamental. Um atavismo para uma legislação de castas na lei antitruste passou despercebida [...] os políticos [...] tinham garantido uma lei em que fosse impossível ao cidadão saber de antemão o que constituía um crime, e que se fez, portanto, todo o esforço produtivo sujeito a punição, se não à condenação certa. (1943 apud ROTHBARD, 2010, p. 83)

O artigo 36 da Lei do CADE, que prevê as infrações à ordem econômica, é ainda mais vago. Punem-se atos “independentemente de culpa” e “ainda que não sejam alcançados”. Quem, sob a ótica que se traz, pode “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (inciso I), senão o Estado?

Punem-se, ainda, as condutas com vistas a “aumentar arbitrariamente o lucro” (inciso III), “dominar mercado relevante de bens ou serviços” (inciso II) ou a “exercer de forma abusiva posição dominante” (inciso IV). A lei presume como posição dominante quando

Art. 36. [...]

§ 2º [...] uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Adotado o conceito de concorrência sob a perspectiva austríaca anteriormente trazido –

[...] como processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constantes –, pode-se concluir que a aquisição do tal “poder de mercado” ou a assunção de uma posição “dominante” ou “monopolista”, além de serem uma decorrência da maior eficiência empresarial, não significam a supressão ou a diminuição da competição, mas sim o próprio resultado dessa. (RAMOS, André, 2015, p. 147).

E o CADE se baseia, ao revés, no modelo neoclássico de concorrência perfeita – ideal e estática –, por exemplo, no controle prévio de atos de concentração. Com isso, impedem que empresas atinjam – ou não, dado à incerteza do mercado – seus “tamanhos ótimos” para se tornarem mais eficientes.

Assim, pelos conceitos de concorrência e monopólio da Escola Austríaca de Economia, tratando-se as leis antitrustes de clara intervenção triangular sobre a produção, há de se concluir que estas leis contradizem *per se* o propósito a que se destinam.

5 CONCLUSÃO

Como se buscou demonstrar, o pesquisador que estuda a proteção da concorrência não pode separar a ciência jurídica da ciência econômica. O estudo interdisciplinar se justifica, essencialmente, por ambas as ciências apresentarem fins prognósticos – objetivam a maximização do bem-estar social (ou, no Direito, a asseguuração da dignidade humana). O Direito regula as ações humanas, manifestadas a partir da ponderação subjetiva do binômio desejo-possibilidade, que são o principal objeto de estudo da Economia. Ao dispor sobre limites do agir individual, o Estado escolhe, explícita ou implicitamente, o sistema de produção da sociedade capaz de garantir aos indivíduos existência digna.

Os sistemas de produção, formados a partir das instituições voltadas a resolução do problema da escassez, subdividem-se classicamente em capitalista (propriedade privada dos meios de produção) e socialista (propriedade coletiva dos meios de produção). Atualmente, os sistemas de produção adotados na maioria dos países não se encaixam especificamente em nenhum dos dois sistemas paradigmáticos, tendo em vista que hodiernamente se percebe a relativização da propriedade privada, não mais absoluta, mas que existe e é garantida nos termos em que é relativizada. São, portanto, sistemas de produção intervencionistas. No entanto, para efeito de classificação teórica, a dualidade ainda é aplicável (capitalistas, os que pouco relativizam a propriedade privada, e socialistas, os que quase mitigam a propriedade privada).

Desde o surgimento do Estado moderno, muitas transformações ocorreram nas constituições econômicas dos países. Neste sentido, após a Revolução Francesa, os estados foram palco da economia de *laissez-faire*, sistema eminentemente capitalista, deixando aos indivíduos que resolvessem o problema da escassez. Após a Constituições mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, os Estados tomaram para si o protagonismo das decisões econômicas. Tais ingerências foram mitigadas. Atualmente, os Estado Democráticos priorizam um sistema baseado na garantia da propriedade privada e divisão do trabalho, combinando com preceitos de justiça social. Privilegia-se o capitalismo “mitigado” (ou intervencionismo). Assim o faz o Brasil, que funda sua ordem econômica na valorização do trabalho e na livre iniciativa.

A partir do momento que o Estado define sua ordem econômica, criam-se mecanismos para preservá-la. Uma das vertentes da proteção da ordem econômica, aos que adotam um sistema predominantemente capitalista, é a tutela da concorrência. Tanto é assim que a Constituição de 1988 confere à proteção da concorrência *status* constitucional.

Este ramo do Direito se incumbem de proteger os consumidores e os concorrentes, titulares imediatos das normas concorrenciais, de abusos – ainda que potenciais – de agentes com poder econômico.

Aponta a maior parte da doutrina que o livre mercado existente no período anterior à edição do *Sherman Act*, lei que inspirou as demais leis antitrustes, levou poucos produtores a concentrar muito capital, que passaram a abusar de tal poder econômico, manifestado a partir da limitação da concorrência, do domínio de determinado mercado, do aumento arbitrário dos lucros e do exercício abusivo de posição dominante. No Brasil, à proteção incumbe-se principalmente ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica -, autarquia competente para reprimi-las (quando manifestadas) e preveni-las (em análise prévia de atos de concentração), bem como para a promoção da advocacia da concorrência. No entanto, uma corrente revisionista defende que o *Sherman Act* tinha um ímpeto protecionista, não tendo o abuso do poder econômico se verificado na prática.

Objeto específico de estudo, a Escola Austríaca de Economia se opõe diametralmente à existência de leis antitrustes. A crítica fundamental dessa corrente de pensamento parte da contraposição ao modelo de equilíbrio neoclássico – estático e matematizado -, adotado pelos órgãos antitrustes, e da diferenciação conceitual de concorrência e monopólio.

Os austríacos defendem que a concorrência é dinâmica, incerta, de rivalidade e de descoberta constante. Assim, afastam a ideia de “concorrência perfeita” e “concorrência imperfeita”, que não passam de funções – matemáticas – idealizadas abstratamente pelos economistas neoclássicos. Em um modelo de livre mercado, existem barreiras que impedem a prática monopolista por parte das empresas, a saber, a concorrência potencial, a concorrência de substitutos e a elasticidade de demanda. Assim, para um produtor manter o seu domínio de mercado, deve continuar sendo eficiente para satisfazer os consumidores.

Retomam, também, o conceito de monopólio adotado pelos economistas clássicos, que nada mais é do que a existência de barreiras legais à

entrada em um setor. Por isso, o único agente capaz de ofender a livre concorrência, criando monopólios, é o próprio Estado, estas sim prejudiciais aos demais concorrentes e produtores.

Portanto, a existência de um ou poucos concorrentes em um mercado livre não significa que tais empresas sejam monopolistas, mas que são eficientes (monopólios bons). Noutra giro, o Estado, por meio de intervenções triangulares (um agente intervindo sobre dois permutadores), concede privilégios, direta ou indiretamente, monopolistas ou quase-monopolistas a um grupo de produtores. Com efeito, sob a perspectiva austríaca, não há sentido a existência de leis antitrustes, mais uma hipótese de intervenção triangular que pune empresários eficientes por atos supostamente lesivos que somente o Estado pode praticar.

REFERÊNCIAS

- ARMENTANO, Dominick. **Antitrust: the case for repeal**. 2. ed. rev. Ludwig von Mises Institute: Auburna, 2007. Disponível em: <https://mises.org/library/antitrust-case-repeal>. Acesso em 02.11.2019.
- CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do indivíduo: o legado da Escola Austríaca**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed., rev., e ampl. LTr, 2017.
- DE SOTO, Jesus Huerta. **A escola austríaca**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2012.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. “A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal”. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 24, p. 125-154, 2009.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômica**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2001.
- PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005.
- POSSAS, Mario Luiz. **Dinâmica e concorrência capitalista: uma interpretação a partir de Marx**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1989.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RAMOS, Elival Silva. “O estado na ordem econômica”. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 6, 2003, p. 345-354.
- ROTHBARD, Murray. **Governo e Mercado: a economia da intervenção estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

ROTHBARD, Murray. **Por uma nova liberdade**: o manifesto libertário. Tradução de Rafael de Sales Azevedo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é Pesquisa em Direito e Economia?”. **Cadernos DireitoGV**, n. 22, 2008.

SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SENNHOLZ, Hans F. “Monopólio bom e monopólio ruim – como são gerados e como são mantidos”. **Instituto Ludwig von Mises Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1057>. Acesso em 21 de ago. de 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.