

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**DIREITO
CONCORRENCIAL**

Gustavo Henrique Carneiro de Camargo Kastrop
180 - XII

**MALHEIROS
EDITORES**

CALIXTO SALOMÃO FILHO é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP e Professor do Institut d'Études Politiques Science Po, de Paris.

É Livre-docente pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Università degli Studi La Sapienza, Pós-Doutorado no Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht e na Universidade Yale.

É autor das seguintes obras, todas publicadas pela Malheiros Editores:

- *Regulação e Desenvolvimento* (Org.), em colaboração, 2012;
- *O Novo Direito Societário* (4ª ed., 2011);
- *Regulação da Atividade Econômica* (2ª ed., 2008);
- *Direito Concorrencial – As Condutas* (1ª ed., 2ª tir., 2007);
- *Direito Concorrencial – As Estruturas* (3ª ed., 2007);
- *Regulação e Desenvolvimento* (Coord.) (1ª ed., 2002, esg.);
- *A Sociedade Unipessoal* (1995, esg.)

**MALHEIROS
EDITORES**

entendido como indicativo do nível mínimo de regulamentação para o funcionamento do sistema escolhido.² A natureza constitucional econômica das regras concorrenciais, no sentido supramencionado, pode ser demonstrada pelo exemplo positivo mais acabado do pensamento ordoliberal existente: o Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia.³ Nele, a regulamentação da concorrência é eleita como regra

em “Markt-Recht – Wirtschaftsverfassung”, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 137 (1973), pp. 97 e ss. Note-se que a expressão, no sentido aqui utilizado, não se identifica com a noção de Constituição Econômica utilizada pelos teóricos do direito econômico. Aquela vai relacionada mais frequentemente à Constituição em sentido formal (por isso fala-se em *Constituição Econômica em sentido formal*). V., para a distinção entre Constituição Econômica formal e material, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 77; e, para uma aprofundada análise da Constituição Econômica brasileira em sentido formal, W. Peluso Albino de Souza, “A experiência brasileira de Constituição Econômica”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 67-68/93 e ss. (janeiro-julho/1992). A mesma expressão, quando utilizada pelos ordoliberais, liga-se à noção de *Constituição Econômica em sentido material*. É, portanto, possível que essas regras estejam ou não na Constituição. Basta observar que no sistema americano, por exemplo, as normas concorrenciais jamais fizeram parte da Constituição. À expressão não é aplicável, portanto, a crítica doutrinária à teorização da “Constituição Econômica” feita pelos teóricos do direito econômico; v., a respeito, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, cit., 15ª ed., pp. 76 e ss.

2. É importante notar, nesse ponto, que a referência é feita a regras mínimas. Não se propugna, portanto, nem que esse seja o conteúdo ou o objetivo único das regras de concorrência, nem que qualquer das relações acima referidas possa ou deva ser regulamentada exclusivamente pelas regras concorrenciais. Trata-se, portanto, de padrões de conduta necessários mas não suficientes. É indiscutível, no entanto, que, ao tentarem identificar a ordem concorcencial com a Constituição Econômica (em sentido material), os ordoliberais revelam seu espírito anti-intervencionista, avesso a qualquer intervenção na ordem econômica que não seja através do direito concorcencial. Interessante notar que essa perspectiva, aparentemente liberal extremada, releva-se no campo concorcencial como bastante intervencionista (exatamente porque vê em uma “concorrência administrada” a forma básica de organizar um sistema econômico – v., a respeito, a obra de E. J. Mestmäcker, de título bastante revelador, *Der verwaltete Wettbewerb – eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht*, Tübingen, Mohr, 1984), constituindo, como será visto a seguir, a contestação mais importante à onda liberal (no sentido clássico) representada pela Escola de Chicago.

3. Típica manifestação do pensamento ordoliberal é a preocupação com os pressupostos da concorrência traduzida no Tratado através da garantia das liberdades fundamentais de *circulação*. Isso porque, para os ordoliberais, assim como para Adam Smith, as denominadas liberdades naturais do homem são, também, pressupostos funcionais para a concorrência (v. E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, pp. 176 e ss.

II

PERSPECTIVA NEOESTRUTURALISTA

1. Direito concorcencial e Constituição Econômica. 2. Direito concorcencial: as várias concepções. 3. Resultados econômicos vs. valores jurídicos: 3.1 Resultados econômicos como parâmetros jurídicos – 3.2 A abordagem jurídica: direito econômico como um modelo procedimental econômico. 4. Uma alternativa: estruturalismo jurídico e teoria jurídica do antitruste: 4.1 A economia do bem-estar e a teoria da escolha social: 4.1.1 Evolução – 4.1.2 Racionalidade: os vários significados – 4.1.3 Ética e Economia – 4.2 O direito de concorrência como modelo institucional e procedimental econômico – 4.3 Relevância do conceito institucional de concorrência: 4.3.1 Garantia da concorrência vs. garantia do concorrente – 4.3.2 Elementos da tutela concorcencial: garantia de lealdade e de existência efetiva – 4.4 Alguns efeitos aplicativos – 4.5 Conclusão parcial: estruturalismo jurídico e organização social.

1. Direito concorcencial e Constituição Econômica

A ideia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa socioeconômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.

Esse conjunto de regras constitui aquilo que a doutrina chamou de “Constituição Econômica”,¹ onde o termo “Constituição” deve ser

1. A expressão, intimamente ligada ao pensamento ordoliberal, foi utilizado por Franz Böhm, sendo desenvolvida posteriormente por seu discípulo E. J. Mestmäcker

central de organização econômica, em um sistema que prescinde de um Estado organizado e em que, portanto, a força político-institucional é bastante reduzida. O elemento impulsionador da organização e da integração econômica, na ausência do agente estatal (ou na presença de agente estatal com poderes reduzidos), sem o qual as forças centrífugas sociopolíticas ficam evidentemente enfraquecidas, são as regras de concorrência.

Em presença do Estado, no entanto, a proteção da concorrência não se pode resumir à garantia do funcionamento da “mão invisível” smithiana. Nesse caso não é possível propugnar pela coincidência entre Constituição Econômica (em sentido material) e direito concorrencial. O Estado introduz, pelo menos em certas áreas, uma forma de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial. Aliás, é exatamente a divisão de esferas entre o Estado regulador e intervencionista e aquele que se limita a organizar as forças de mercado através da aplicação do direito concorrencial que melhor define o ordenamento econômico existente ou, se assim se preferir, a Constituição Econômica de cada ordenamento.⁴

Em um sistema de tal tipo, qualquer análise do sistema econômico sob a perspectiva do direito concorrencial deve ser, necessariamente, dúplici. Em primeiro lugar, é obviamente necessário estudar as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado enquanto exerce atividade econômica. Mas isso não é suficiente. Importa, também, analisar a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. Isso significa tentar determinar o correto inter-relacionamento entre os dois setores: o setor regulamentado pelo Estado e aquele autorregulamentado pelo mercado, onde o Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da aplicação da legislação concorrencial. É preciso determinar até que ponto a regulamentação é capaz de excluir a aplicação do direito concorrencial, e, para aqueles casos em que isso não é possível, até que ponto os princípios concorrenciais podem servir

4. A noção de Constituição Econômica aqui utilizada é claramente aquela de natureza estatutária (por oposição à programática ou diretiva, na classificação de L. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1988, pp. 82 e ss.), ou seja, o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico. A definição do regime de exercício de cada atividade econômica – regime concorrencial, de serviço público ou misto – é nada mais nada menos que a definição de um conjunto de garantias institucionais da ordem econômica.

de parâmetro para controle da ação estatal ou da conduta do particular autorizada pelo poder estatal.

Ambas as perspectivas serão levadas em consideração na análise estrutural a que se procederá a seguir. Pressuposto para ela é, no entanto, a definição do objeto e função das normas concorrenciais. É o que se procurará verificar a seguir.

2. *Direito concorrencial: as várias concepções*

Não basta apenas afirmar a natureza constitucional econômica das normas de concorrência para compreender seu significado e definir o âmbito de sua aplicação. Se é verdade que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, deve-se, em seguida, perguntar em que sentido elas indicam. E a discussão do sentido das normas de concorrência tem tradição antiga no direito antitruste, que deve ser conhecida e debatida antes de se chegar à discussão do sentido que ela assume no sistema brasileiro.

Pois bem. É na resposta a essa pergunta sobre o significado e sentido das regras concorrenciais que se encontra a mais importante divergência da teoria econômica em matéria de sistema antitruste. A tradição econômica neoclássica, desenvolvida nesse campo, sobretudo na Universidade de Chicago (e por isso denominada *Chicago School*),⁵

Harvard School x Chicago School
5. Pode-se dizer que a chamada “Escola de Chicago” nasce nos anos 1950 com os trabalhos do economista Aaron Director. Seu trabalho se resume à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao direito antitruste em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Nos anos 1960 e 1970 esse trabalho será desenvolvido, sobretudo, por R. Bork e R. Posner, com aplicação rigorosa da teoria marginalista ao estudo do direito antitruste. A principal característica dessa escola é a ênfase dada à eficiência produtiva (significando, primordialmente, produção a baixo custo). Para esses autores a eficiência produtiva é sempre uma justificativa para a obtenção ou manutenção de posições dominantes.

Até o final dos anos 1960 essa escola encontra forte oposição na “Escola de Harvard”, também chamada escola estruturalista (os principais representantes dessa escola são C. Keyser e D. Turner). Os defensores dessa teoria dão ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste. Para esses autores a estrutura do setor determina predominantemente a *performance* da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos.

Para esses pensadores, existindo apenas alguns vendedores no mercado, diminuem os custos e as dificuldades de uma atuação concertada. Em tais estruturas industriais, através de acordos de atuação concertada tácita ou explícita, as firmas

responde a essa pergunta com uma expressão que para seus seguidores (e para as Cortes americanas, que desde o começo dos anos 1980 adotaram, inteiramente, a teoria neoclássica) já se tornou sinônimo de sistema antitruste: “eficiência”. Para os teóricos neoclássicos esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência. O conceito neoclássico de eficiência será analisado mais aprofundadamente no Capítulo II da Parte II (subitem 4.1). Por enquanto, basta observar que para os economistas neoclássicos eficiência é a habilidade de produzir a custos menores⁶ e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor.

Essa última constitui, sem dúvida, a passagem mais artificiosa dessa teoria. Da redução dos custos é derivada diretamente a redução dos preços. A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência. A distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da “racionalidade” monopolista. Como se verá, esta última afirmação é o ponto mais contestável dessa teoria, já que não é de modo algum certo que o monopolista queira “dividir seus lucros” com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de “eficiência” ocorrido.

Para identificar a situação de bem-estar do consumidor basicamente com o preço reduzido do produto, os teóricos de Chicago utilizam a

acabarão por diminuir a produção e aumentar os preços. A preocupação é muito menos com a eficiência e mais com a existência efetiva de concorrência.

A partir sobretudo do final dos anos 1970 pode-se dizer que a “Escola de Harvard” simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitam grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago, que hoje domina a doutrina e tem enorme influência nas Cortes (v., a respeito das duas Escolas, R. Posner, “The Chicago School of antitrust analysis”, *University of Pennsylvania Law Review* 127/925 (1979)). É importante observar, no entanto, que, apesar de ainda predominante em matéria de controle das estruturas, a Escola de Chicago sofre, hoje, importantes críticas doutrinárias, tratando-se de disciplina dos comportamentos. Nesse campo ela é, na realidade, considerada superada, chegando-se a falar em uma era “pós-Chicago”.

6. Não se deve confundir “eficiência” com “desenvolvimento tecnológico”. Apesar de poder ser decorrência desse último, a eficiência a que os neoclássicos se referem como parâmetro para aplicação do direito antitruste é a chamada eficiência produtiva, decorrente de ganhos de escala induzidos pela produção em massa.

tradicional teoria microeconômica neoclássica, também conhecida como teoria marginalista.⁷ A definição excessivamente limitada de *consumer welfare* (“bem-estar do consumidor”), que desconsidera importantes fatores objetivos e subjetivos a afetar a satisfação do consumidor, é, como se verá, outra importante crítica que se faz à teoria neoclássica.

Uma vez identificada a eficiência a um objetivo de política legislativa praticamente incontestável, como é a proteção do bem-estar do consumidor, é possível opô-la aos demais objetivos do direito antitruste. É o que fazem os neoclássicos. Segundo eles, a existência e a cutilização de outros objetivos além do bem-estar do consumidor (no sentido definido acima) na aplicação das normas de concorrência são criadoras de uma situação paradoxal, já que, por vezes, bem-estar do consumidor e defesa da concorrência indicam soluções opostas. O exemplo clássico do choque entre os dois interesses são as concentrações econômicas. Nelas, a proteção de ambos os interesses, desde que levada a extremos (e, como se verá, caso sua interação não tenha sido completamente compreendida), pode levar a soluções opostas. Assim, a proteção exclusiva da competição pode levar a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia ser benéfica para os consumidores. O inverso é igualmente verdadeiro, isto é, a preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômicos sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos concorrentes. Esse aparente paradoxo demonstra, segundo os teóricos de Chicago, que ambos (bem-estar do consumidor e defesa da concorrência) não podem conviver.

O passo seguinte é, sem dúvida, o dotado do maior grau de arbitrariedade. Utilizando-se da tradicional teoria da maximização de riqueza

7. Essa teoria apareceu no final do século XIX na Inglaterra (elaborada inicialmente por Jevons, Menger e Walras), e sua principal contribuição (motivo pelo qual ficou conhecida como “revolução marginalista”) foi demonstrar que o preço de um produto não era determinado por seu custo de produção, como imaginavam os economistas clássicos (Ricardo e Mill), mas pelo valor dado a ele pelo consumidor marginal (isto é, o último consumidor disposto a comprar a mercadoria). Esse valor é a chamada utilidade marginal. Os fatores de produção necessários à fabricação daquele produto teriam seu preço determinado pela sua utilidade marginal, que é exatamente sua participação na produção do bem final. Portanto, também os preços dos fatores de produção eram determinados pelo valor dos bens finais a cuja produção se destinam, e não pelos seus custos. A utilidade marginal do consumidor é a chave para a determinação de todos os valores na economia (v., entre outros, T. W. Hutchinsson, *A Review of Economic Doctrines, 1870-1929*, Oxford, Clarendon Press, 1953, pp. 183 e ss.).

desenvolvida pelos teóricos da vertente liberal da análise econômica do Direito e ao mesmo tempo argumentando com a intenção do Legislativo na formulação do *Sherman Act*, os neoclássicos concluem pela prevalência ou, mais precisamente, pela necessidade de consideração exclusiva do interesse do consumidor (no sentido de promoção da eficiência) pelo direito concorrencial.⁸

A maior contestação a essa teoria vem da chamada Escola Ordoliberal ou Escola de Freiburg. A Escola de Freiburg nasce nos anos 1930, na Alemanha, como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar e como crítica à concepção econômica nazista que começava a ser aplicada. Os componentes dessa Escola identificam no livre jogo dos monopólios e cartéis na Alemanha dos anos 1930 um dos grandes motivos para o fracasso econômico da República de Weimar e a ascensão do Nazismo.⁹ Para seus representantes a garantia da competição é fundamento essencial para assegurar o funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a “autocoordenação” e o “autocontrole”. O Direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem: a “autocoordenação” é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já, a segunda ordem, “autocontrole”, torna-se efetiva na medida em que a concorrência efetiva se viabiliza. “Os padrões transitórios de alocação e distribuição produzidos pela autocoordenação e autocontrole refletem uma ordem espontânea” (“The transitory patterns

8. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, 2ª ed., New York, The Free Press, 1993, pp. 50 e ss.

9. A Escola de Freiburg surge das preocupações comuns de um grupo de professores de Direito e Economia que lecionavam na Universidade de Freiburg nos anos 1930. Trata-se da primeira experimentação existente de análise econômica do Direito. As figuras mais importantes desse período inicial são, sem dúvida, Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth e Franz Böhm, o primeiro Professor de Economia e os dois últimos de Direito. Em 1936, Böhm, Eucken e Grossmann-Doerth se juntaram para escrever o chamado *Ordo-Manifesto*, no qual estabeleceram as bases principiológicas para seus trabalhos subsequentes. Após a Guerra a supremacia acadêmica da Escola de Freiburg diminui, em face da introdução na Alemanha de princípios econômicos anglo-americanos que se fazem sentir na Lei Antitruste alemã de 1958 (*GWB*). Nos anos 1960 e 1970 a tradição se renova através de expressivos nomes, sobretudo Friedrich von Hayek e Ernst Joachim Mestmäcker, o primeiro criando uma nova vertente, menos intervencionista e mais ideológica, da Escola Ordoliberal (por esse motivo incluído por muitos na chamada *Escola Austríaca*), e o segundo concentrando-se no estudo jurídico do sistema antitruste, sobretudo o comunitário europeu, do ponto de vista ordoliberal.

of allocation and of distribution produced by self-coordination and self-control reflect a spontaneous order”).¹⁰ É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial. *Garantia da competição como escopo fim do antitruste*

Em presença de tal definição de rumos do direito concorrencial, não é de espantar que essa teoria se oponha à neoclássica. São, com efeito, duas as críticas fundamentais ao pensamento neoclássico formuladas no seio do pensamento ordoliberal. A primeira – que não interessa analisar no momento – é referente aos pressupostos econômicos da definição de bem-estar do consumidor, que são, segundo esses doutrinadores, meramente teóricos, insuscetíveis de ocorrer na realidade. A segunda, de interesse imediato, é relativa ao próprio conceito de concorrência. Para os representantes da Escola de Freiburg não é possível atribuir ao direito concorrencial qualquer tipo de objetivo econômico predeterminado, como a eficiência, por exemplo. Isso porque o sistema concorrencial não é um sistema cujos efeitos, todos eles, podem ser previstos e aqueles desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e a aplicação da lei.

As bases para essa afirmação são diversas. A primeira delas vem, sem dúvida, da primeira crítica mencionada acima, ou seja, da hoje largamente reconhecida – inclusive entre os próprios teóricos neoclássicos – inaceitabilidade de muitos dos pressupostos do sistema de concorrência perfeita por eles idealizado. Pode-se dizer que hoje há consenso no meio econômico de que ao menos duas das premissas básicas desse modelo – a homogeneidade dos produtos e a informação completa dos agentes – são inexistentes e irrealizáveis.¹¹ Ora, negadas as premissas,

10. Cf. M. Streit, “Economic order, private law and public policy. The Freiburg School of Law and Economics in perspective”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 148/677 (1992) (p. 683).

11. Os próprios teóricos da Escola de Chicago aceitam a incontestável crítica aos pressupostos da teoria neoclássica (sobretudo homogeneidade de produtos e informação perfeita). Entre aqueles mais ortodoxos usam-se artifícios verbais para escapar às críticas. R. Bork, por exemplo, ao analisar os sentidos da palavra “competição”, critica a utilização da noção neoclássica de “situação em que o vendedor ou o comprador individualmente considerado não pode influenciar o preço do produto” (concorrência perfeita), com base na irrealidade de seus pressupostos. No entanto, identifica sua noção preferida de concorrência em “any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by moving to an alternative state of affairs” (*The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., p. 61). Ocorre que em seu modelo a situação ótima de bem-estar do consumidor (ou seja, a situação em que seu bem-estar não pode ser acrescido) é definida a partir do modelo de concorrência perfeita. Assim sendo, sua definição é apenas uma fórmula verbal que lhe permite escapar das fraquezas, por ele mesmo detectadas, da tradicional fórmula neoclássica.

porque inexistentes na realidade, o modelo passa a ter utilidade apenas como critério de determinação de relações causais em matéria econômica, mas não como forma de orientação de condutas. Trata-se, assim, de teoria com valor, no máximo, analítico, mas não preceptivo. O modelo neoclássico oferece para os ordoliberais um conveniente exemplo dos riscos da fixação de objetivos legais com base em dados puramente econômicos.

Mas, mais que baseada em uma crítica à teoria neoclássica, a afirmação ordoliberal da imprevisibilidade dos efeitos do sistema concorrencial está baseada em uma concepção fundamental. Para os ordoliberais a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar.¹² É clássica a definição do sistema concorrencial como um *Entdeckungsverfahren* ("processo de descoberta").¹³ Ora, fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Note-se, no entanto, que como para o ordoliberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência efetiva não é sempre obrigatória. Em alguns casos basta que seja potencial. Daí por que conceito importante para a teoria ordoliberal na análise das posições de poder sobre o mercado é a verificação da criação, ou não, de barreiras à entrada de outros competidores no

12. Assim explica F. A. Hayek o *processo competitivo*: "Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do. It is thus a process which involves a continuous change in the data and whose significance must therefore be completely missed by any theory which treats these data as constant" (*Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948, p. 106).

13. É evidente a vinculação de tal concepção econômica ao pensamento idealista da filosofia do conhecimento de Kant, à qual a teoria ordoliberal, evidentemente, se filia do ponto de vista filosófico.

mercado. Segundo eles, esse tipo de barreira é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores quanto de produtores.¹⁴ A elas será o caso de retornar no Capítulo II da Parte II.

3. Resultados econômicos vs. valores jurídicos

3.1 Resultados econômicos como parâmetros jurídicos

A crítica à vigente concepção simplificadora dos fundamentos do antitruste não é, nem pode ser, apenas interna. Não é apenas a importância das estruturas econômicas que faz com que a fixação nos resultados econômicos como fundamento do antitruste seja criticável. Também a busca de resultados econômicos em si deve ser vista com muitas ressalvas.

O problema está não na busca desses resultados, mas na crença de que esses resultados podem ser corretamente antecipados. Nesse ponto, é interessante e relevante retornar à clássica discussão sobre a possibilidade (ou não) de teorização do conhecimento econômico. O passo inicial dessa discussão é dado pelos escritos sobre Economia e informação. O que se procura demonstrar ali é que muitas das construções neoclássicas sobre equilíbrio são, com efeito, tautologias, isto é, meras decorrências dos pressupostos dos quais se partiu.¹⁵

Equilíbrio de mercado (e não meramente individual) só existiria quando as expectativas dos indivíduos corresponderem aos dados reais. Ocorre que essa correspondência só existiria caso a informação fosse transmitida entre os participantes do mercado. Note-se que essa constatação, a um só tempo simples e original, implica negar algo que o

14. Nesse sentido, v. M. Streit, "Economic order, private law and public policy. The Freiburg School of Law and Economics in perspective", cit., *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 148/681.

15. A construção teoricamente mais bem-elaborada da crítica está no artigo original de F. Hayek sobre o tema, "Economics and knowledge", in *Economica - New Series*, vol. 4/33 e ss., n. 13 (fevereiro/1937). Observe-se que esse artigo é, na verdade, o único teoricamente consistente de Hayek. Após esse trabalho, realmente original, ele tenderá a ideologizar seu pensamento, o que o tornará um dos principais ícones do Neoliberalismo que assola o mundo há décadas e impede o desenvolvimento teórico da própria Economia. Não deixa de ser paradoxal, portanto, que, de uma contribuição inicial tão lúcida e original, o autor tenha se deixado levar pela ideologia, e com isso, acabado por prejudicar o desenvolvimento teórico de ciência para a qual tanto quis contribuir.

pensamento crítico em relação à teorização do conhecimento econômico viria a afirmar mais tarde. O preço não pode ser o fator dessa transmissão de informação, porque ele é produto da informação, e não seu criador.¹⁶ Ou seja: afirmar que o preço é o instrumento para resolução do problema da informação importa retornar à tautologia. Na verdade, preço só é transmissor de informação em um mercado em equilíbrio ou tendente ao equilíbrio (no qual o preço, portanto, não pode ser necessário para alcançá-lo).

O mesmo pode ser dito de outra maneira. Para que o preço fosse um transmissor de informações perfeito seria necessário que as avaliações de todos (avaliações que formam o preço) sobre uso, valor relativo e utilidade dos produtos fossem convergentes e aderentes à realidade. Ocorre que nessa situação o equilíbrio já se teria produzido. A correta transmissão de informações através do preço é, portanto, consequência e não causa do equilíbrio.

Mais recentemente essas constatações vieram a ser confirmadas pelos estudos feitos pelos teóricos da Economia da Informação. Esses modelos demonstram que a informação é intrinsecamente mal distribuída na maioria dos mercados, tendo como consequência, em muitos deles, a pura e simples inviabilização de seu funcionamento.

Se assim é, toda a dificuldade se transfere para as formas de transmissão de informação. A busca de respostas, já aqui iluminada pelas constatações da Economia da Informação, deve ser mais realista. Não se trata de acreditar ou de buscar uma forma de perfeita distribuição de informação. Trata-se de fazer exatamente o contrário: constatar que a informação é imperfeitamente distribuída e que os indivíduos *sabem e levam em consideração esse fato* em suas análises.

Não há, e não pode haver, portanto, perfeita correspondência entre expectativas subjetivas e dados objetivos. Não há, e não pode haver, portanto, equilíbrio. O que pode haver, e há, é um estado de constante fricção e contraste entre expectativas e realidade, que leva a uma também constante mudança de expectativas.

Evidentemente, aqui, o que cumpre descobrir é o que há de estático ou de observável nesse quadro que não nos leve à ilogicidade do absoluto relativismo. O que se quer dizer é que deve haver algo em que os indivíduos baseiem suas decisões. Esse algo, que os ajuda a fazer

16. Essa afirmação será feita por Hayek em artigo posterior, mais famoso, mas teoricamente menos consistente: "The use of knowledge in society", *American Economic Review* XXXV-4/519 e ss., setembro/1945.

previsões sobre possíveis comportamentos, são as estruturas econômicas existentes. São elas o único elemento do funcionamento do mercado sobre o qual é possível fazer ilações.

Por uma razão bastante simples. Há hoje certo consenso teórico em torno do fato de que é possível prever o padrão de comportamento de certas estruturas econômicas, sobretudo aquelas dotadas de poder econômico. A racionalidade monopolista ou oligopolista é bem conhecida, e não decorre necessariamente de predefinições de situação de equilíbrio. Decorre simplesmente do fato de que não há poder em matéria econômica que não seja exercido – pois isso implicaria a própria negação da situação de poder.

Sendo o equilíbrio algo inatingível e sendo a informação escassa e mal distribuída, não é de se imaginar que qualquer resultado sobre produção de eficiências ou alterações alocativas seja confiável. Nesse sentido, sua utilização como parâmetro para a aplicação do direito antitruste não pode ter justificativa técnica, sendo uma decisão de política econômica entre muitas outras possíveis.

3.2 A abordagem jurídica: direito econômico como um modelo procedimental econômico

As considerações acima levam a uma conclusão interessante. De um lado, as estruturas econômicas – isto é, os centros de poder econômico – são dados relevantes para o funcionamento da economia, e em especial nos Países do Hemisfério Sul respondem por características importantes do processo de subdesenvolvimento. De outro, essas estruturas são as únicas a partir das quais se pode fazer alguma presunção sobre o comportamento provável dos agentes econômicos.

Há uma razão simples para tanto. Há hoje um consenso teórico acerca do fato de que é possível prever padrões de comportamento em certas estruturas econômicas. A racionalidade monopolista e oligopolista é bem conhecida, e não surge necessariamente de predefinições de situações de equilíbrio. Ela apenas decorre do fato de que não há poder econômico que não seja exercido – já que isso significaria negar a situação de poder em si mesma.

Falta, ainda, definir o tipo de instrumental que é possível utilizar para definir orientação e comportamento dessas estruturas. Como visto, o instrumental econômico é de pouca valia, por não fornecer resultados econômicos concretos e nem passíveis de verificação empírica. No caminho da utilização do instrumental jurídico, no entanto, está sua

aparente dificuldade em orientar tomadas de decisão social em matéria econômica. Por longos anos as decisões em matérias que afetam a ordem econômica são deixadas precipuamente para as teorias econômicas, sendo a discussão de valores a elas estranha, ao menos na aparência. Surge, então, o momento para uma teoria jurídica do comportamento econômico.

O Direito vê o conhecimento de maneira diversa das ciências sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico, seja ele teórico – como querem os marxistas dogmáticos e os neoclássicos – ou prático – como querem os teóricos da Economia da Informação; para os teóricos do Direito o conhecimento é algo eminentemente valorativo.¹⁷

O momento valorativo, se bem compreendido e utilizado, é exatamente o que dá ao Direito seu caráter distintivo e sua capacidade de mudança social. Segundo a concepção aqui defendida, a mudança político-institucional só é possível através de profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas. A força transformadora e propulsora do Direito está exatamente no fato de ele poder ser, mais que uma forma de definição de valores, instrumento de conhecimento da própria sociedade. Postular que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de determinada sociedade podem influenciar – e influenciam – de maneira determinante o conhecimento que se tem dela.

Essa relação definição de valores/conhecimento da sociedade é bastante cristalina no campo econômico. A proteção da concorrência, permitindo a escolha, leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor.¹⁸ O valor concorrência influi, portanto, duplamente sobre a realidade, permitindo a cada indivíduo conhecê-la.

17. V., nesse sentido, E. J. Mestmäcker, "Markt-Recht – Wirtschaftsverfassung", cit., in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 137/101.

18. Este é o famoso *Entdeckungsfahren* ("processo de descoberta"), ponto central da teoria do Hayek sobre o sistema econômico. A necessidade desse processo econômico decorre do fato, constatado por Hayek, de que é impossível e inconveniente concentrar o conhecimento econômico. Este é, por natureza, difuso; é descoberto pelo indivíduo através da comparação da pluralidade de escolhas (v., a respeito, F. Hayek, "The use of knowledge in society", in *Individualism and Economic Order*, London, The University of Chicago Press, 1949, pp. 77-78). V., a respeito de Hayek, sua marcha para a ideologia neoliberal e a decadência de seu pensamento teórico independente, supra, nota 15.

Uma vez generalizada, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio direito econômico. Transformação necessária, pois o Direito tem importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir-se a si mesma precisa, necessariamente, permitir a essa sociedade conhecer-se a si própria. O Direito oferece o conhecimento e propõe a mudança.

Em um sistema jurídico assim idealizado, as regras jurídicas no campo econômico mudam necessariamente de natureza. Não é possível mais admitir que existam apenas, de um lado, regras de proteção a direitos individuais econômicos e, de outro, apenas normas-objetivo, fins e objetivos do processo econômico. As primeiras – como, por exemplo, o direito de propriedade –, típicas do Estado Liberal, são insuficientes para atender às necessidades de natureza coletiva, típicas da sociedade atual. As últimas, dependendo fortemente de sua compatibilização e mediação de interesses às vezes até ideologicamente opostos (como ocorre, por exemplo, com os princípios da livre iniciativa e da justiça social), carecem frequentemente de eficácia aplicativa.

Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, permitindo que os indivíduos e a sociedade adquiram conhecimento sobre a sociedade, os objetivos e os valores fundamentais de normas econômicas, como visto acima. Isso apenas pode ser feito por meio de normas que garantam equilíbrio nas interações econômicas, já que, como visto, é nessas interações (e não antes delas) que os indivíduos podem fornecer, uns aos outros, informações sobre suas utilidades e preferências. Para tanto, é preciso que tais normas se disponham a interferir diretamente nas estruturas econômicas.

Não deve ser uma surpresa, portanto, que esse tipo de norma seja também instrumental ao funcionamento do sistema econômico e social. Garantido o equilíbrio das interações econômicas, o próprio indivíduo ou grupos sociais descobrirão suas utilidades e preferências econômicas. Daí por que essas regras têm de assumir nítido caráter procedimental, de verdadeiro *due process clause* em matéria econômica.¹⁹

19. Há, aí, analogia com o raciocínio das correntes mais progressistas do Realismo jurídico, que, ao se colocar o problema do fundamento da norma jurídica, sugerem uma norma processual que permita fazer chegar à solução jurídica justa, e não uma regra material, que não escaparia de discussões políticas e ideológicas. Note-se que nas correntes realistas a visão procedimental é tão acentuada que já constitui dado assumido de reflexão, passando-se a discutir as melhores instituições para colocá-la em prática. É o que ocorre com as duas principais correntes – as chamadas Escola de Yale e Escola de Harvard. A primeira vê na atuação do Judiciário uma

o que do
Direito
instrumental
(ou as
tools)

relação de
Direito como um sistema fluido, com inputs
e outputs
à sociedade

Direito não como poder / direito sim como transformação

VIP

Regras assim definidas contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concebido leva “à” e não decorre “da” solução mais justa. É um sistema a um tempo mais seguro – pois tem instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento.

É importante observar que, em matéria econômica, uma regra assim definida tem caráter bastante específico. Não basta garantir a correção de procedimentos. É fundamental garantir o equilíbrio dos agentes que interagem não apenas em processos jurídicos, mas também nos econômicos.

Assim entendida, a regra institucional da *due process clause* em matéria econômica fundamenta princípios redistributivos explícitos em matéria regulatória, como, por exemplo, a universalização dos serviços. Para que o princípio seja realmente efetivo, é preciso incluir uma multidão de cidadãos aliados do processo econômico. Como a própria processualística bem define, a regra do devido processo legal exige e implica como requisito lógico fundamental a participação ampla no processo. Essa ideia pode e deve ser estendida ao procedimentalismo em matéria de relações econômicas.

valorização política de interesses contrapostos (retomando, portanto, antigas ideias da jurisprudência dos interesses) (v. H. Sasswell e M. McDougal, “Legal education and public policy: professional training in the public interest”, *Yale Law Journal* 52/203 (1943); v., também, a respeito, B. Ackerman, *Reconstructing American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984). A segunda, mais original, de Harvard, centra a discussão do Direito na questão sobre qual a instituição mais apta a aplicá-lo (v. H. Hart e A. Sacks, *The Legal Process*, New Haven, Tentative Edition, 1958). Mais recentemente o realismo progressista tem se indagado, de certo modo juntando as duas concepções supra, como a decisão judiciária pode influenciar as instâncias públicas e as instâncias privadas que detenham poder, aprimorando-as (v. O. Fiss, “The social and political foundations of adjudication”, *Law and Human Behaviour* 6/121 e ss., 1982). Esse procedimentalismo aproxima-se também do raciocínio desenvolvido para o campo político por J. Habermas, que coloca ao centro da Democracia um “mínimo procedimental” (*prozeduralistisches Minimum*) sem o qual esta não poderia existir. Nesse “mínimo procedimental”, definido com evidentes influências do Liberalismo individualista que povoa a fase mais recente de seu trabalho científico, inclui o princípio da participação igualitária e ampla de todos os cidadãos (*Faktizität und Geltung- Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 368). Note-se que o Procedimentalismo no campo econômico é bastante diverso daquele do campo político, pois enquanto a igualdade de participação neste último pode permanecer apenas um dado formal, no primeiro qualquer ideia procedimental depende, para manter um mínimo de efetividade, de um reequilíbrio real de forças, isto é, de efetivas medidas redistributivas.

No direito concorrencial essa visão se traduz em uma disposição em interferir nas estruturas, quando necessário, para garantir o funcionamento equilibrado do sistema econômico. A garantia de efetiva concorrência e de acesso à informação é, portanto, o valor central do direito concorrencial. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a existência de concorrência.²⁰

Em presença de tal definição do Direito, com todas as suas implicações diretas em campos como o do direito concorrencial e o do direito regulatório, não é de espantar que essa teoria se oponha à neoclássica. O modelo neoclássico pressupõe que seja possível conhecer a utilidade para cada consumidor de cada produto antes de o produto ser consumido; ou seja: um produto é adquirido porque ele tem utilidade, e não um produto tem utilidade porque ele é adquirido.

Segundo a teoria aqui defendida, essa última afirmação – e não a primeira – é a correta. Parece bastante óbvio, e é exatamente isso que significa a concorrência como um processo de descoberta, que, quanto mais alternativas de produtos o consumidor puder examinar e descartar, tanto mais sua escolha será plena de informações relativamente à sua preferência.

Ora, se assim é, então, se não houver alternativa para escolha de um produto, não é possível saber quanto a alternativa não escolhida traria de utilidade para o consumidor. E, mesmo que a alternativa exista, só é possível saber o nível de utilidade para o consumidor após o momento em que essa alternativa é exercida.²¹

20. Essa posição concorrencial intervencionista, exatamente porque institucional e procedimental, pode ser considerada, inclusive, supraideológica. A experiência histórica corrobora essa visão. Muito do consenso em torno do modelo de Capitalismo Social alemão do imediato pós-Guerra se atribui ao consenso político-ideológico formado em torno das ideias ordoliberalis sobre concorrência e sobre o intervencionismo do Estado através do direito concorrencial. É na luta contra os monopólios que os socialistas democráticos alemães identificam o elemento social do direito concorrencial (v., nesse sentido, J. Gotthold, “Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie – kritische Bemerkungen zur neo-liberalen Theorie der Wettbewerbspolitik”, *ZRH* 145/286, 1981).

21. Cf., nesse sentido, F. Denozza, que, em face dessa constatação, conclui, descontinando uma falha de fundo da tese neoclássica: “In un impostazione che pone al centro i desideri del singolo individuo e l'utilità (o i dollari) che il singolo guadagnerà in conseguenza di certe decisioni, il valore delle cose non può essere stabilito a priori (è ben noto che esistono impostazioni diverse, le teorie c.d. oggettive del valore, come la marxiana teoria del valore lavoro, ma è altrettanto noto che essi conducono verso lidi assai lontani da quelli prediletti della scuola di pensiero in esame)” (“Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust”, *Giurisprudenza Commerciale* 1/23, 1988).

Essa premissa teórica é, de resto, aceita pela própria nova Economia Institucional (que, como visto, sequer representa uma ruptura com a tradição neoclássica). A racionalidade limitada e o oportunismo nas condutas só fazem a utilidade tornar-se mais incerta e mais dependente de uma verificação empírica.²²

Se é assim, então, o único instrumento capaz de suprir essa carência informacional do consumidor é a existência de alternativas. Só um sistema econômico baseado em alternativas é sensível à variação nos gostos do consumidor e pode transformar-se em função dessas mudanças. Só a existência de acesso à escolha é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado.

Consequentemente, a possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira e não o segundo.

4. Uma alternativa: estruturalismo jurídico e teoria jurídica do antitruste

A teoria neoclássica e, em especial, seu apêndice – a análise econômica do Direito – pretendem analisar o Direito a partir de parâmetros econômicos. Mais que isso, pretendem oferecer regras e objetivos econômicos (eficiência) aos quais o Direito deve se conformar. Além de analítica, pretende ser profundamente preceptiva.

Em ambos os casos, tanto quando tenta analisar a função do Direito como quando tenta indicar a direção a seguir, a análise econômica é falha. No primeiro caso atribui ao aplicador do Direito uma racionalidade econômica, sem propor qualquer fundamento empírico para tal.²³ No se-

22. Os representantes mais progressistas da Escola do Novo Institucionalismo econômico já aceitam expressamente a dificuldade, e até impossibilidade, de estabelecimento de valores a partir de regras econômicas, admitindo que valores culturais e morais têm uma influência grande o suficiente sobre o comportamento econômico e as instituições para impedir esse tipo de presunção. Essa tendência está presente, com particular ênfase, na Escola Nórdica da nova Economia Institucional (v. T. Eggertsson, "The economics of control and the costs of property rights", in *Rights to Nature – Ecological, Economic, Cultural and Political Principles of Institutions for the Environment*, Washington, Island Press, p. 157 (p. 167); A. Sen, "Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory", in *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982, pp. 84-106).

23. Cf., a respeito, O. Fiss, comentando, acidamente: "Scientific theories are not built out of claims about what is 'sensible' or 'rational' thing to do, but instead

gundo imputa ao Direito o papel de mero espectador da vida econômica, que deve eliminar os custos de transação para maximizar a eficiência. Também dali não deriva qualquer teoria política ou econômica sobre a razão pela qual a regra deveria ter tal objetivo.

As razões para tal determinismo em relação às funções do sistema econômico ou – por que não dizer? – até pessimismo em relação à possibilidade de um estudo dos fundamentos dos postulados utilizados devem ser encontradas na evolução da chamada teoria econômica do bem-estar. Ali se encontram não só essas razões, mas também os próprios fundamentos para sua superação. Seu estudo é, portanto, um dos prólogos econômicos fundamentais para a formulação da teoria jurídica do comportamento econômico.

4.1 A economia do bem-estar e a teoria da escolha social

4.1.1 Evolução

A economia do bem-estar tem suas origens modernas nos estudos de Jeremias Bentham.²⁴ Identifica, em uma perspectiva bastante utilitarista, o bem-estar social com a utilidade total (*total utility*) de determinada coletividade. Não há qualquer preocupação com a distribuição dessa riqueza. Há, no entanto – e isso é muito importante –, uma preocupação em identificar as utilidades das várias diferentes pessoas, exatamente para poder determinar a utilidade total. Assim, é preciso comparar a utilidade das várias pessoas, determinando o quanto uma mudança determinada da situação econômica incorporaria de utilidade para cada um. Só então seria possível obter o total, a partir da soma das utilidades individuais, e, portanto, verificar o grau de bem-estar da sociedade. Desse modo, apesar de não se preocupar com a forma de distribuição, essa teoria preocupa-se com a determinação da utilidade singular de cada pessoa.

A partir de 1930 essa concepção do bem-estar passa a sofrer forte crítica. Não por sua desconsideração das preocupações redistributivas, mas, sim, em função de sua crença na possibilidade de fazer comparações interpessoais de utilidade. Segundo os críticos (em particular Lio-

require an identification or description of those observable features of the environment that systematically lead people to behave the way they do (regardless what they about their beliefs or anything else. That Posner and his colleagues never provided" ("The death of the Law?", in *Cornell Law Review* 72/1, 1986 – p. 5).

24. V., para uma descrição da evolução da teoria do bem-estar, A. Sen, "The possibility of social choice", in *The American Economic Review* n. 89 (3), 1999, p. 349 (350).

nel Robbins), não é possível que uma pessoa possa ter conhecimento da utilidade de algo para outra. Como o valor dado por cada pessoa a cada bem é diverso e a mente de um ser humano imperscrutável para outro, não é possível afirmar que determinado estado econômico é melhor que outro a partir da análise do seu efeito sobre cada indivíduo.²⁵ Assim, a agregação de utilidades individuais passa também a não ter base lógica.

A consequência é que o quadro de informações utilizáveis para determinar o bem-estar de uma sociedade reduz-se ainda mais. Não só não é mais possível fazer considerações redistributivas, como também não é possível comparar utilidades individuais. Não é de espantar, portanto, que a teoria do bem-estar tenha sofrido um empobrecimento espantoso a partir dos anos 40 do século passado.

A partir de então ganha impulso a chamada *nova economia do bem-estar*. Na realidade, trata-se de uma despreocupação total com a justificação dos resultados a serem perseguidos na teoria econômica. A melhoria social é identificada, sem mais, à chamada “comparação de Pareto”, segundo a qual um estado de coisas é superior a outro se contribuir para o aumento da utilidade global. O critério de utilidade passa a ser objetivo e geral, e as discussões a respeito se esvanecem. Daí por que as considerações a respeito da teoria do bem-estar passam, a partir dessa data, nas palavras de W. Baumol, a se assemelhar a um obituário.²⁶

Em 1951 a economia do bem-estar recebe outro golpe, de uma direção inesperada. Nasce a chamada teoria da escolha social, a partir dos estudos do economista K. Arrow (mais tarde agraciado com o Prêmio Nobel). Essa teoria procura relacionar a preferência social ao grupo de preferências individuais, sendo essa relação denominada *função do bem-estar social*. Ocorre que, ao fazê-lo, Arrow deriva o chamado teorema da impossibilidade, demonstrando que não é possível formular qualquer teoria de escolha social a partir da escolha individual sem sérias inconsistências lógicas e matemáticas.²⁷ Aquilo que poderia ser a última esperança de salvação da economia do bem-estar – isto é, justificar a escolha dos objetivos econômicos a partir da agregação das escolhas individuais – parecia fadado também ao insucesso.

25. Cf. L. Robbins, “Interpersonal comparisons of utility: a comment”, *Economic Journal* 48/635, 1938 (p. 636).

26. Cf. W. Baumol, *Welfare Economics and the Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1965, p. 2.

27. Cf. K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New York, Wiley, 1951.

Não foi isso, no entanto, o que aconteceu. A teoria da escolha social sofreu importantes evoluções a partir, sobretudo, dos anos 1980, com os trabalhos do economista indiano Amartya Sen, que lhe valeram, em 1998, o Prêmio Nobel de Economia (especialmente pelos trabalhos sobre teoria da escolha social, distribuição e pobreza). Essa evolução é baseada sobretudo em duas críticas à economia do bem-estar de inspiração paretiana – críticas, essas, fundamentais para a elaboração da teoria jurídica do conhecimento econômico: a crítica ao racionalismo e à separação entre Economia e Ética.

4.1.2 Racionalidade: os vários significados

Uma sociedade que se comporta no sentido paretiano tem como ideal único maximizar a riqueza total, não tendo qualquer preocupação com a distribuição de riquezas. Assim, os indivíduos que compõem essa sociedade serão racionais toda vez que (a) houver uma coerência entre os meios e os fins por eles utilizados e (b) buscarem exclusivamente o autointeresse²⁸ ou (c) levarem em conta todas as variáveis reconhecidas pela microeconomia neoclássica como fundamentais para as decisões econômicas – isto é, tenham um conhecimento da realidade econômica prévia ao momento das interações sociais e econômicas.

São exatamente essas as definições de *racionalidade* tradicionalmente usadas, em conjunto ou separadamente.

A primeira é exclusivamente procedimental. Nada impede que seja adotada, contanto que dela não se queira tirar qualquer conclusão ou determinação para o comportamento social. Em presença de uma teoria jurídica que seja capaz de fixar os valores a serem perseguidos, ela é, portanto, perfeitamente aceitável. Daí por que será esse o sentido de utilização do termo no presente trabalho. O grande problema está com a segunda definição. Em primeiro lugar porque a decisão de uma pessoa pode muito bem ser influenciada por seu senso moral de comportamento, por regras que impõem um comportamento em sentido não exclusivamente maximizador do autointeresse. Em ambos os casos o comportamento deve ser considerado racional, ainda que não necessariamente seja maximizador do autointeresse. Na moderna teoria da escolha social a crítica à racionalidade abre, portanto, a porta para conjugação entre a Moral, a Ética e a Economia.

28. Cf. A. Sen, “Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory”, in *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 84 (p. 104).

Também a terceira definição é problemática. Pressuposto para sua aceitação é que os agentes tenham todas as informações necessárias para predefinir seus interesses na esfera social. Como visto, esse pressuposto é irrealizável na prática (v. Parte III, Capítulo I, subitem 2.2.3.2). Também a concentração e a teorização do conhecimento econômico são teoricamente incorretas como pressuposto de raciocínio (v., infra, subitem 4.2).

4.1.3 Ética e Economia

Para determinar, então, qual é o comportamento racional, é preciso estender a base de informações. Uma importante extensão (mas, como se verá a seguir, não a única) é aquela que se refere à incorporação dos elementos éticos na decisão racional.

Um bom exemplo pode ser retirado do famoso – e já tão citado – “dilema do prisioneiro”.²⁹ Nele, um comportamento racional no sentido paretiano leva a decisões que não são sequer eficientes do ponto de vista de Pareto, pois o resultado final não maximiza o benefício global.

Se um elemento de cooperação – isto é, um princípio ético – fosse utilizado,³⁰ o resultado final seria mais benéfico para a sociedade em geral e para o indivíduo isoladamente considerado.³¹

29. O “dilema do prisioneiro” é um dos primeiros modelos teóricos sobre os quais se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples. Imaginem-se dois prisioneiros a serem interrogados pela prática de um mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que, se confessar e delatar o outro, será perdoado e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), ao passo que, se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, a única que é possível aplicar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessar. Essa é, seguramente, a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois, se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre; e, se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que nesse caso as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse) (v., a respeito do “dilema do prisioneiro” e sua importância para a teoria dos jogos, D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, 6ª reimpr., Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 48-49).

30. Como bem salienta E. Durkheim, a Ética requer necessariamente a aceitação do outro e a limitação das liberdades e faculdades próprias em seu benefício: “Nous pouvons donc dire d’une manière générale que la caractéristique des règles

Note-se que não se conclui que a Ética deve ser a única base da Economia. Ela deve ser considerada ao lado de muito outros elementos na definição das preferências sociais.

Aí está o centro da teoria de Sen. A forma por ele encontrada para superar o pessimismo filosófico em que se encontrava a teoria do bem-estar foi, de um lado, negar a racionalidade das escolhas exclusivamente motivadas pelo autointeresse e, de outro, aumentar a base de dados, incluindo, na análise, elementos como o ético, o combate à miséria e a própria racionalidade neoclássica.

Note-se que o economista indiano não toma posicionamento sobre qual valor deve prevalecer. Tenta, ao contrário, derivar modelos matemáticos que sejam capazes de lidar com essa realidade mais complexa, admitindo expressamente que não é possível chegar a uma resposta exata e definitiva, como pretendem os neoclássicos.³² Seu modelo procura, então, apenas desenvolver instrumentos econômicos que permitam lidar com essa base de dados mais ampla, sem se preocupar em definir quando e como um ou outro deva prevalecer.

É exatamente aí que termina o interesse de sua teoria para a doutrina jurídica. Evidentemente, para a elaboração de uma teoria jurídica é preciso fixar valores. Para que esses valores sejam úteis, porém, é preciso indagar como esses valores podem levar a uma explicação econômica global das decisões sociais e econômicas. Como podem substituir um modelo econômico teórico que pretende explicar de que maneira os indivíduos chegam ou podem chegar à (melhor) escolha individual e social.

4.2 O direito de concorrência como modelo institucional e procedimental econômico

O Direito vê o conhecimento de maneira diversa das ciências sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico, para os teóricos do Direito o conhecimento é algo eminentemente valorativo.³³

morales est qu’elles énoncent les conditions fondamentales de la solidarité sociale” (*De la Division du Travail Social*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1932, p. 393).

31. Cf. A. Sen, “Choice, orderings and morality”, in *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 74 (p. 83).

32. Para uma formalização de seu modelo, v. A. Sen, “Choice functions and revealed preference”, in A. Sen, *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 41.

33. V., nesse sentido, E. J. Mestmäcker, “Markt-Recht – Wirtschaftsverfassung”, cit., in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 137/101.

O momento valorativo, se bem compreendido e utilizado, é exatamente o que dá ao Direito seu caráter distintivo e sua capacidade de mudança social. Daí por que o Direito não pode ser resumido nem a instrumento de positivação de regras e objetivos econômicos e tampouco à Política pura e simples ou ao estudo das instituições políticas. Essa última teoria, defendida tenazmente pelos propugnadores dos chamados *Critical Legal Studies/CLS*, logo perdeu sua força nos meios mais progressistas em que procurava se inserir. A razão é mais que clara: ao negar o valor regenerador da lei para o sistema – por ser ela, por natureza, incerta e politicamente dependente³⁴ –, abriu mão de uma das principais formas de geração de valores públicos e instituições que os garantam. Ao fazê-lo, aproxima-se da análise econômica do Direito, que tão tenazmente critica, pelo lado oposto.

Ambas, ao esvaziarem o elemento jurídico, transformando-o em mero servo de regras econômicas absolutas ou de um substrato político-institucional todo poderoso, acabam por sufocar mudanças sociais efetivas. No caso da última teoria (*CLS*) esse sufocamento se dá de maneira mais sutil. Ao pregar o abandono das formas jurídicas e o experimentalismo institucional, abre mão de um dos instrumentos fundamentais para

34. Essa aversão à discussão valorativa é um dos problemas centrais dessa teoria. Progressista e extremamente pontual e acurada na crítica, essa teoria, por sua aversão à discussão político-valorativa, tornou-se muito pobre na construção e na sugestão de modelos sociais alternativos. Essas características, evidentes nas primeiras obras sobre o tema (cf. R. Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press), levaram a acirradas críticas (v., para uma crítica contundente, O. Fiss, “The death of the Law?”, cit., *Cornell Law Review* 72/1 e ss.) e à diminuição da influência dessa teoria no ambiente acadêmico. Mais recentemente há uma tentativa por parte dos membros dessa Escola de criar um programa afirmativo (bastante evidente na obra de R. Mangabeira Unger, *Democracy Realized: a Progressive Alternative*, London/New York, Verso, 1998) baseado sobretudo em um Institucionalismo experimental (v. pp. 16 e ss.). Esse Institucionalismo experimental permanece meramente institucional, teimosamente continuando a negar o valor do Direito na construção político-institucional. Com isso, mesmo interessantes projetos institucionais sugeridos, como a criação de corpos econômicos intermédios, dotados de princípios capitalistas e fins públicos (p. 273), perdem bastante em substância. A falta de definição e sobretudo de instâncias institucionais na sociedade para definição dos valores objetivos dessas instituições torna seu funcionamento distante da realidade e muito provavelmente de muito menos utilidade do que poderia ter. Trata-se do velho decisionismo científico, que na roupagem institucional é apresentado como uma forma de experimentalismo (v., para a tradicional crítica da Escola de Frankfurt ao decisionismo típico do Capitalismo tecnológico moderno, que sufoca a discussão política dos problemas práticos, J. Habermas, *Theory and Practice*, Boston, Beacon Press, 1974, p. 266 – versão para o Inglês do original alemão *Theorie und Praxis*, Suhrkamp Verlag, 1971).

o sucesso de qualquer tipo de experimentalismo: a discussão política – e também ideológica – dos valores fundamentais da sociedade. Com isso, aliena o indivíduo da discussão política institucional, tornando-o uma máquina a serviço do experimentalismo institucional. Tanto quanto a teoria econômica neoclássica, o *CLS* não nega, portanto, o ambiente em que foi concebido – o tecnocientificismo pós-industrial que permeia o meio acadêmico norte-americano.³⁵

Segundo a concepção aqui defendida, a mudança político-institucional só é possível através de profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas. A força transformadora e propulsora do Direito está exatamente no fato de ele poder ser, mais que uma forma de definição de valores, instrumento de conhecimento da própria sociedade. Postular que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de determinada sociedade podem influenciar – e influenciam – de maneira determinante o conhecimento que se tem dela.

Se, como afirma a doutrina, não há uma norma vazia sem uma pretensão ou um interesse a proteger³⁶ – ou seja, sem um valor que lhe esteja por trás –, então, a sociedade que *conhecemos*, ao cumprir essas regras, nada mais faz que traduzir esses valores. Desse modo, a sociedade que vemos é uma representação de valores sociais democraticamente estabelecidos.³⁷

35. Esse tecnocientificismo é consequência direta do estágio capitalista atingido por aquele País, onde, claramente, a tecnologia é a força produtiva fundamental. Daí deriva a possibilidade de substituição do que Habermas chama de “interação e comunicação social” (feita através da formação política de valores e sua aplicação à conformação de instituições) por um modelo científico (o economicismo neoclássico ou o experimentalismo institucional do *Critical Legal Studies*) e do sufocamento da discussão valorativa e ideológica da sociedade (v., a respeito da influência da transformação do Capitalismo sobre o conceito de ideologia, J. Habermas, “Ideology”, in Tom Rottomore (ed.), *Interpretations of Marx*, Oxford, Basel Blackwell, 1988, pp. 299 ss.; e sobre seu efeito epistemológico nefasto, *Theory and Practice*, cit., p. 254).

36. Cf. G. Calabresi, “The pointlessness of Pareto: carrying Coase further”, *Yale Law Journal* 100/1.211 (1991).

37. Essa afirmação contém uma contradição aparente. Com efeito, se o Direito determina e não é determinado pelo conhecimento da sociedade, o que influencia o Direito? Superados os determinismos marxista e neoclássico, sobra apenas, como explicação necessária para a formação jurídica dos valores, o elemento histórico. Esse elemento histórico não determina positivamente o Direito, mas o influencia drasticamente. Tem duas características importantes que o diferenciam de outras tentativas de explicação da formação das normas jurídicas. Em primeiro lugar, prescinde de um legislador estatal, dotado de princípios iluministas, como queriam os jusnaturalistas. Aproxima-se mas não se identifica com a Escola Histórica da Pandectística alemã. Essa corrente via no Direito não um produto do legislador estatal, mas, sim, um

A formação democrática de valores e regras deve ser coletiva. “Coletiva” não quer dizer, necessariamente, estatal. Pode se referir a grupos maiores ou menores de pessoas. Isso não significa, por outro lado, que esse conhecimento seja teórico, não vindo da prática, ou artificial. O *Digesto* romano, obra jurídica mais duradoura e influente da história da Humanidade, nada mais é que a compilação estruturada de casos práticos.³⁸

É preciso, então, reconhecer que devem existir regras que incorporem esses valores, metas individuais e sociais, exatamente para que não seja mera extensão dos direitos individuais. Para tanto, é imperioso admitir sua proveniência plurívoca, do Estado e das próprias relações interindividuais e sociais, historicamente consideradas.³⁹ E aqui está o caráter precipuamente institucional destas normas.⁴⁰ De resto, só uma

pedaço de uma estrutura mais ampla, originária do inconsciente coletivo dos povos (“aus dem kollektiven Unbewußten der Völker zu erblühen” – cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 358). Esse elemento indeterminado é a ação do indivíduo, e sobretudo dos grupos organizados, na formação do Direito. É a formação do Direito a partir de iniciativas difusas, muitos mais aptas a identificar e coletar os valores sociais que uma Administração central. É dessa origem do Direito a partir das unidades fundamentais do social, nas palavras de Santi Romano, que deriva em grande parte o caráter institucionalista da concepção aqui defendida (v., a respeito, infra, nota 40).

38. É exatamente esse valor histórico individual (no sentido de não estatal) que pretende resgatar a Escola Histórica do Direito (v., nesse sentido, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 348 e ss.

39. O caráter histórico do reconhecimento dos valores socialmente aceitos já foi aqui mencionado, e é admitido pelo próprio ordenamento jurídico ao considerar, por exemplo, o costume como fonte interpretativa (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657 de 4.9.1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010). Note-se que é absolutamente irrelevante se a inserção dos valores sociais se faz no momento da emanção da norma ou de sua concretização (através da interpretação), no momento da aplicação (v., a respeito desse processo de concretização, E. R. Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 154).

40. Nesse ponto, é fundamental deixar claro de que *Institucionalismo* se está falando, dado o múltiplo uso feito do termo no Direito e nas Ciências Sociais. A inspiração e a razão imediata para o uso do termo “Institucionalismo” estão no Institucionalismo constitucional dos juristas alemães, que construíram a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar. Destaque especial ganha, então, a obra de Carl Schmitt. Para esse autor as garantias institucionais aparecem como o grande elemento de reconhecimento dos corpos sociais intermédios e, portanto, dos interesses supraindividuais e coletivos, reconhecidos na Constituição. Aí a grande diferença para a outra grande categoria constitucional reconhecida por C. Schmitt – os direitos fundamentais, estes sempre

norma assim arejada pode servir de forma de aquisição de conhecimento sobre a sociedade, objetivo e valor fundamental das normas econômicas, como visto supra.

É de rigor, por outro lado, que esse tipo de norma seja instrumental ao funcionamento do sistema econômico e social. Só assim é possível, de uma parte, afugentar o impasse político ideológico e permitir sua aplicação prática e, de outra, garantir seu caráter cognitivo. Assim, a regra deve permitir a intervenção estrutural e ser procedimental ao mesmo tempo, garantindo, como já visto, um *due process* em matéria econômica.

Esse conceito, aplicado ao campo concorrencial, exige uma redefinição da própria noção de concorrência. É a essa noção que se passará de ora em diante a denominar “conceito institucional de concorrência”.

Não é difícil identificar a íntima relação entre o conceito de concorrência institucional e o conceito mais amplo de Institucionalismo desenvolvido supra. Parece bastante evidente o caráter supraideológico e supraindividual de um conceito assim definido. A difusão e a eliminação do poder no mercado, ao contrário da busca da eficiência econômica, correspondem aos interesses de qualquer tipo de ordem econômica. De

referidos ao indivíduo (cf. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 170 e ss.). Note-se que, para poder estabelecer essa distinção, Schmitt faz um longo, tortuoso e nem sempre coerente percurso filosófico, que precisa ser mencionado. Apesar de grande mentor do Institucionalismo constitucional, ele não adere totalmente ao Institucionalismo filosófico-sociológico. Em geral adepto do Decisionismo (forma encontrada para se opor ao Positivismo sem se desvincular do dogma estatal – o que o levará mais tarde para as mãos da doutrina nazista), Schmitt só faz concessões ao Institucionalismo filosófico na medida necessária para compatibilizá-lo com seu Institucionalismo constitucional. Assim, rejeita o Sociologismo de Hauriou e aceita apenas em parte o Institucionalismo de Santi Romano, rejeitando sobretudo o pluralismo de fontes do Direito por esse autor reconhecido (v., a respeito de C. Schmitt e o Institucionalismo, a importante obra de R. Porto Macedo, *C. Schmitt e a Fundamentação do Direito – A Formação do Decisionismo Institucionalista Schmittiano entre os Anos 1920 e 1940*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 98 e ss.). É fundamental notar, no entanto, que é exatamente no Pluralismo de Santi Romano que está a justificação lógica mais consistente para o Institucionalismo constitucional (v. a bela exposição desse Pluralismo em Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1946, pp. 35 e ss.). Não é possível reconhecer garantias a certas instituições (famílias, comunidades locais, sindicatos) sem reconhecer que desses corpos sociais vêm influxos sociais e comportamentais importantes para a formação do Direito. O momento em que esses influxos se tornam jurídicos é menos importante para a reflexão presente (v., a respeito, supra, nota 19). O importante é que existem, são socialmente aceitos e acabam por ter reconhecimento jurídico.

outro lado, os pré-requisitos para tanto também estão claramente preenchidos. A concepção adotada é explicitamente procedimental e incorpora valores sociais historicamente reconhecidos na ordem econômica brasileira.⁴¹

O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada.

Esse processo de descoberta, tutelado pelo Direito, é um dos objetivos maiores do direito concorrencial. A possibilidade de escolha tem, como visto, um valor social imenso, que deve ser protegido pelo Direito.

No plano internacional essa teoria tem sua maior contraprova na conformação das regras concorrenciais dos mercados comuns. E isso por uma razão muito clara.

Os mercados comuns são nada mais nada menos que formas de superação dos Estados, baseadas na confiança cega no princípio jurídico da diluição do conhecimento. O fundamento da existência de um mercado comum está exatamente na crença em um direito da concorrência positivamente aplicado, no sentido de intervenção efetiva sobre as estruturas empresariais, de modo a impedir a existência e/ou aproveitamento do poder econômico no mercado. A garantia da concorrência vem antes da conformação do mercado, exatamente porque se crê – e se demonstra empiricamente – que só aquela, e não este, é capaz de garantir o equilíbrio das relações econômicas.

O raciocínio faz, então, círculo completo e retorna ao seu ponto de partida. Visto dessa forma, como garantidor da concorrência, e não do mercado, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu.

Dito isso, é importante fazer uma ressalva. Aqui se trata apenas de fazer uma análise das regras de comportamento econômico no mercado,

41. A preocupação com os centros de poder e com a proteção do consumidor contra estes está na gênese histórica do direito concorrencial brasileiro. Como já destacado em outras passagens, esse fato, por si só, afasta, ou deveria afastar, qualquer concepção economicista neoclássica do direito concorrencial brasileiro (cf., a respeito, C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 63 e ss.).

isto é, as regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos no mercado. Não há que se falar em outros campos do Direito, pois nesse caso a explicação econômica, mesmo tentada, sequer se coloca como uma hipótese em discussão.⁴² Ademais, não tendo o presente trabalho qualquer pretensão de adentrar a Filosofia do Direito, mas apenas o fundamento jurídico e/ou econômico das regras de comportamento econômico, esse estudo transcenderia em muito os seus fins.

Deve-se, por fim, lembrar que a supremacia do valorativo sobre o instrumental econômico, que aqui se postula, se dá apenas na fixação dos objetivos e sentidos das regras concorrenciais. Não significa, portanto, abrir mão do instrumental econômico. Ao contrário; como será visto, as ricas contribuições da moderna Economia Institucional serão frequentemente utilizadas como elemento analítico. É aí, de resto, que elas podem ser de maior valia.

4.3 Relevância do conceito institucional de concorrência

Como visto, o direito concorrencial visa primordialmente à defesa da instituição *concorrência*, e não à proteção do mercado. O termo “concorrência” não pode, no entanto, permanecer imperscrutável. Sobretudo não é possível confundi-lo com liberdade de mercado. Na verdade, como se verá, se bem compreendido, ele tende ao oposto, ou seja, a uma intervenção séria nas estruturas, de modo a impedir o domínio dos mercados pelas estruturas monopolísticas. É necessário, então, melhor defini-lo.

4.3.1 Garantia da concorrência vs. garantia do concorrente

O primeiro passo lógico para a correta definição do conceito de concorrência é distinguir a *proteção da concorrência* da *proteção do concorrente*.

Hoje está bem reconhecida a distinção entre os dois conceitos, e admitido o fato de que tanto concorrentes quanto consumidores são

42. Tanto a análise neoclássica do Direito como a nova Economia Institucional procuram explicar e orientar os mais variados campos do Direito, como o Direito Internacional e até a Teoria do Estado, através das regras econômicas (v., a respeito, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston/New York/Toronto, Little, Brown & Co., 1985). Essa teoria, muito em voga nos anos 1970, encontra-se hoje desacreditada no seu próprio País de origem (v., a respeito, O. Fiss, “The death of the Law?”, *Cornell Law Review* 72); assim, o que não dizer, então, dos Países de cultura jurídica romano-germânica, onde o papel político e valorativo do legislador é muito mais destacado que o do juiz norte-americano? V., a respeito, nesta Parte I, Capítulo III, subitem 1.1.

tutelados pelo direito de concorrência indiretamente, através da ordem concorrencial (v., nesta Parte I, Capítulo III, subitens 1.1.2 e 1.1.3). Mas nem sempre foi assim. O direito concorrencial fez um longo percurso histórico até livrar-se da concepção privatista que via na proteção ao concorrente a forma de tutelar a concorrência.

Até meados do século passado essa era a concepção predominante na doutrina e na jurisprudência. Está patente, por exemplo, na análise ascarelliana dos dispositivos sobre concorrência desleal do Código Civil italiano,⁴³ e resulta evidente da famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no “caso da *Cia. de Juta*”.⁴⁴ No Brasil pode-se dizer que, com variada

43. Sob esse enfoque, ao direito concorrencial é destinada a função de proteção de direitos subjetivos privados. Apesar de reconhecer a existência do interesse público como bem a ser tutelado pela disciplina da concorrência desleal, a principal preocupação do direito concorrencial no Código Civil italiano não é a proteção da concorrência, mas, sim, a proteção de “un derecho subjetivo de cada empresario frente a todo empresario concurrente, admitiendo así, respecto del ato de concurrencia desleal, una acción inhibitoria, independientemente de que haya daño, culpa o dolo (requisitos exigidos para el resarcimiento del daño), mientras la reglamentación general de la responsabilidad civil disciplina el resarcimiento del daño en relación con la producción de este en virtud de un acto ilegítimo, culposo o doloso, pudiendo referirse la ilegitimidad a la violación del derecho subjetivo ajeno, a la violación de normas de derecho objetivo que, sin embargo, tutelen el interés de otro sujeto”. Nesse sentido, “la disciplina de la concurrencia desleal se plantea así como una disciplina especial en el ámbito de la disciplina de la responsabilidad civil” (T. Ascarelli, *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1970, p. 160). Também na doutrina brasileira da primeira metade do século XX essa concepção é bem patente. Para J. X. Carvalho de Mendonça a teoria da concorrência desleal encontra seu fundamento na noção de *ato ilícito*. Lamentava o jurista a inexistência, à época, de princípios especiais que fixassem indenização por atos de concorrência desleal (*Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 4ª ed., vol. VI, 1ª Parte, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 486 e nota 4). A solução seria, portanto, a indenização por perdas e danos, com fundamento nos arts. 159 e 1.518 do CC (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 4ª ed., vol. V, 1ª Parte, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 14). Para W. M. Ferreira a garantia da concorrência tinha seu fundamento em uma relação de respeito entre os concorrentes: “a cada um se ensejou plena autonomia no exercício de sua atividade mercantil ou industrial, desde que não ofendesse a de seu semelhante”. Assim, a garantia da concorrência livre e leal está fundada em um único princípio orientador das relações humanas e do desenvolvimento das relações mercantis, sobre o qual se alicerça a liberdade do comércio e da indústria: o princípio da boa-fé (W. M. Ferreira, *Instituições de Direito Commercial*, 2ª ed., vol. II, t. I, São Paulo, Freitas Bastos, 1947, p. 330).

44. Acórdão publicado na *Revista do STF* III-2/187 (1914). O ponto de vista expresso nessa decisão, de marcada influência privatística, apesar de hoje superado,

intensidade, esta concepção estará presente na jurisprudência do CADE até os anos 1980.⁴⁵

Para superá-la, duas características fundamentais devem ser introduzidas no ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, é necessário estar claro que não apenas a lealdade, mas também, e talvez sobretudo, a garantia da existência é fundamental para uma proteção coerente da concorrência (v., infra, subitem 4.3.2). Não por outra razão que os Países que encaram a tutela pela defesa da própria existência da concorrência

ainda se faz sentir em algumas (poucas) áreas do direito concorrencial. Assim é que, por exemplo, ainda hoje a jurisprudência em peso afirma a legalidade das cláusulas de não restabelecimento do sócio retirante com base na necessidade de preservar o *good will* da empresa, deixando de lado completamente a análise do efeito provável de tal tipo de proibição sobre aquele mercado específico (v., nesse sentido, a título meramente exemplificativo: *RT* 325/226 – afirmando que a cláusula de não concorrência está implícita no trespasse da empresa; *JTACSP* 117/48 – afirmando que a concorrência desleal se afigura com a “retirada de clientela”; e *TJSP*, 11ª Câmara Cível, *ACI* 203.158-2, acórdão de 4.3.1993, afirmando a constitucionalidade e a licitude da cláusula de não concorrência).

45. A atribuição de características a períodos jurisprudenciais é necessariamente generalizante e, portanto, traz consigo algo de arbitrário. É importante, no entanto, na medida em que ajuda a distinguir traços essenciais evolutivos. Em matéria de controle das condutas pode-se, *grosso modo*, falar em cinco períodos distintos. No primeiro deles, de 1962 a 1973, sob a presidência de Tristão da Cunha, as decisões do CADE têm marcado traço privatístico. Exemplos interessantes são o julgamento do Processo Administrativo 3, datado de 19.8.1969, no qual a discussão versava sobre a discriminação de preços. A caracterização do ilícito é vinculada à existência de efeito concreto, consistente na eliminação ou prejuízo concreto de concorrentes. A mesma característica pode ser notada nos julgamentos dos seguintes Processos Administrativos: 6, datado de 9.6.1971; 7, datado de 25.5.1971; e 8, datado de 8.7.1971. O segundo período relevante é o da presidência de Gratuliano Brito (1973-1979). Nesse período a ideia de prejuízo ao concorrente é afastada, permanecendo, no entanto, o requisito de produção de efeitos anticoncorrenciais concretos. É o que ocorre, por exemplo, no Processo Administrativo 20, datado de 16.6.1992. A presidência de Gratuliano Brito seguem curtos períodos de presidência, que não chegam a caracterizar uma tendência ou um período. O período seguinte é identificável na presidência de Werter Faria (1986-1990). Ali se chega a concepção jurídica um pouco mais próxima à institucional. A ideia de risco potencial é introduzida no Processo Administrativo 58, datado de 10.9.1987. O período seguinte, presidência de Ruy Coutinho (1992-1996), é marcado por nítida influência econômica, ainda que a análise econômica introduzida não seja muito sofisticada. Há um desapego pela letra da lei, recorrendo-se sempre que possível à regra da razão (citada no Processo Administrativo 32/1992, datado de 22.4.1993). O período subsequente, de 1996 a 2000 (presidência de Gesner de Oliveira), é marcado pelo fortalecimento da análise econômica, que assume nítido caráter chicogoiano. Extremamente revelador é o texto da Resolução CADE 20, de 9.7.1999, que consolida a interpretação do órgão sobre as várias condutas em seus anexos, seguindo, com rigor, a cartilha de Chicago.

têm uma história concorrencial muito mais ligada à proteção de valores institucionais e de direito público que outros que começaram pela proteção inversa. Bons exemplos são as histórias concorrenciais, respectivamente, de Estados Unidos da América e Alemanha, tendo na última, inegavelmente, permanecido por muito mais tempo uma proteção privada dos direitos do concorrente.⁴⁶ No Brasil, efeito positivo teve a Lei 4.137/1962 (revogada pela Lei 8.884/1994, por sua vez revogada pela Lei 12.529/2011), que trouxe consigo a ideia da proteção da existência da concorrência exatamente através das condutas tendentes à dominação do mercado, que são ora objeto de estudo. Não é exagerado, portanto, afirmar que esse texto legal é um marco fundamental na introdução da visão institucional da proteção da concorrência no País.

O segundo elemento é mais prático, e de certa forma ligado ao primeiro. Para que seja possível uma real proteção da existência da concorrência, é preciso afastar-se do requisito de existência de prejuízo efetivo (ao concorrente) e aproximar-se da ideia de efeito potencial. Com efeito, a jurisprudência concorrencial brasileira só conseguiu livrar-se das influências privatísticas quando substituiu, no controle das condutas, o requisito do prejuízo efetivo pelo efeito potencial. Isso corresponde nada mais nada menos que a substituir a tutela repressiva (típica do direito privado) pela tutela preventiva também no campo das condutas.

Mas não basta afastar a concepção privatística de concorrência para compreender seu significado. É preciso, ainda, aprofundar o significado de ambos os objetos de tutela: a lealdade e a existência de concorrência. É o que se fará no tópico a seguir.

4.3.2 Elementos da tutela concorrencial: garantia de lealdade e de existência efetiva

Garantir a concorrência significa, a um só tempo, garantir coisas diversas. Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos.

Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Em primeiro lugar, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de suas virtudes, e não de sua “esperteza negocial”, isto

46. V., a respeito das histórias concorrenciais de ambos os Países, os comentários em C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., 3ª ed., pp. 67 e ss.

é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.

O segundo objetivo advém exatamente dessa tentativa de preservar o mercado como agente de transmissão das informações. O controle da lealdade da concorrência também serve, então, para garantir o fluxo de informações para o consumidor (imaginem-se, por exemplo, as regras contra a criação de confusão com produtos do concorrente). O bem jurídico protegido aí, através da garantia da lealdade da concorrência, é a informação do consumidor.

Porém, não basta garantir a lealdade da concorrência para ter certeza de que ela não desaparecerá. Ganha destaque, então, o segundo desdobramento da tutela da concorrência, que é exatamente a garantia direta do equilíbrio das relações econômicas. É preciso evitar a formação do poder econômico no mercado, e todos aqueles em que a constituição dessa situação de poder não decorra exclusivamente da maior eficiência econômica.

Isso ocorrerá na hipótese de atuação estratégica tendente à obtenção de posição dominante no mercado. A atuação estratégica será mais bem definida adiante. Por enquanto basta afirmar que a atuação estratégica pode ser identificada em dois grandes grupos de hipóteses.

Em primeiro lugar, quando o agente econômico se aproveita de uma posição de poder já existente para aumentar seu poder no mercado, dificultando ou impossibilitando a atuação dos concorrentes. É o caso típico das restrições impostas no sentido vertical a fornecedores ou clientes, consistentes, por exemplo, nas cláusulas de exclusividade.

Outra forma de atuação estratégica é o comportamento economicamente irracional, isto é, aquele comportamento que não encontra fundamento na lógica empresarial.⁴⁷ Não encontrando fundamento na lógica empresarial, ele só pode ser estrategicamente direcionado a eliminar a concorrência e criar uma posição dominante no mercado que possa ser posteriormente aproveitada. O exemplo típico nesse caso é o dos preços predatórios.

As duas garantias supramencionadas – liberdade da concorrência e sua lealdade – podem, por vezes, entrar em choque. Na medida em que se expande o alcance do conceito de lealdade, tornando mais rigorosas ou mais amplas as regras de concorrência desleal, a própria existência de

47. Exatamente por essa razão, muito do trabalho das novas teorias econômicas sobre o direito antitruste visa a descobrir racionalidades econômicas desconhecidas.

concorrência pode sofrer certa restrição. É importante tentar encontrar o correto ponto de equilíbrio entre essas necessidades por vezes opostas.

Muito conhecida no direito antitruste alemão é a questão das chamadas *Wettbewerbsregeln*, ou regras direcionadas ao estabelecimento de padrões de lealdade entre competidores de determinado setor. Examinada sob o ponto de vista da existência de concorrência, elas poderiam ser consideradas como uma forma de limitação, ou até mesmo como instrumento para a formação de cartel, e, portanto, *per se* ilícitas – na perspectiva clássica do direito antitruste. Caso entendidas como forma de estabelecimento de padrões de lealdade, isto é, como forma de garantir que a concorrência se faça exclusivamente com base na eficiência, elas podem ser consideradas lícitas.

Foi exatamente essa última consideração que tornou possível aceitar sua licitude desde que cumprida a finalidade mencionada – qual seja: a garantia da competição baseada exclusivamente na maior eficiência econômica. Essa consideração permitiu, inclusive, que as *Wettbewerbsregeln* passassem a ser vistas como um verdadeiro padrão para aplicação da regra da razão, isto é, como padrão para fixação dos limites em que um comportamento aparentemente limitador da concorrência é aceitável, por ser benéfico para o próprio sistema concorrencial.⁴⁸

Elemento fundamental para a obtenção do desejado equilíbrio é a consideração concreta da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial. Isso significa que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.

Muitas vezes uma interpretação considerada muito restritiva da liberdade de iniciativa em prol de padrões morais muito rígidos de leal-

48. Nesse sentido, W. Fikentscher: “Zusammengefasst zeigt sich, dass heute Wettbewerbsregeln zwei verschiedene Zwecke dienen: Der Beseitigung einer Unsicherheit über das, was die Rechtsprechung letztlich als unlauter ansehen wird, und der Beschränkung lauterer Wettbewerbs auf bestimmten Gebieten der *rule of reason*, die bekanntlich in GWB nicht als Generalklausel, sondern nur in Einzeltatbeständen erfasst ist” (“Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs”, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und Internationaler Teil* 1966, p. 181 – p. 187).

dade da concorrência adquire imediato sentido ao se verificar o potencial prejuízo ao consumidor. Assim, por exemplo, mesmo um ambiente de liberdade extremada em relação aos procedimentos de mercado – no qual se considerasse normal nas relações entre concorrentes a utilização de meios artificiais para provocar oscilação de preços de terceiros – reprovava tal tipo de comportamento se considerasse a perspectiva do consumidor.

A utilização de meios artificiais para fazer oscilar preços implica transmitir informação falsa ao consumidor a respeito da utilidade do produto (representado pelo seu preço), levando-o a deixar de adquirir produto que, em condições normais, compraria. A definição de concorrência como processo de descoberta das melhores opções de mercado ganha aqui, portanto, sentido prático.

Há ainda um último componente indispensável da disciplina dos comportamentos. Trata-se da disciplina das posições de poder econômico já estabelecidas e da repressão de eventuais abusos. Esse é um campo tão delicado do direito concorrencial, que economistas de peso como J. K. Galbraith chegam a colocá-lo à margem do próprio sistema.

Segundo afirma Galbraith, nos Países industriais (capitalistas) modernos existiriam dois sistemas econômicos operando paralelamente: o das pequenas e médias empresas, operando em regime de concorrência; e o dos grandes corporações, operando em regime de planejamento econômico. Isso tornaria necessário aplicar às grandes corporações os mesmos controles políticos que se aplicam aos órgãos governamentais que realizam tal planejamento, como o controle parlamentar, por exemplo.⁴⁹

Esse pensamento original do famoso economista, claramente influenciado pela sua total descrença no direito concorrencial como forma de regulação do sistema econômico, põe em foco um dado muito importante. O controle das empresas com grande poder econômico necessariamente acaba por assumir caráter mais intervencionista, mais dirigista do que as outras modalidades de disciplina das condutas. Sendo elas mais dificilmente controláveis pelo mercado, e tendo mais influência sobre esse mesmo mercado (a ponto de se afirmar que são capazes de planejar a atividade econômica), é preciso sobre elas exercer certo dirigismo.

49. Cf. J. K. Galbraith (*Economics and the Public Purpose*, 1973, p. 256 – obra não encontrada para consulta), apud E. J. Mestmäcker, “Das Prinzip der *rule of reason* und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen”, in E. Hoppmann e E. J. Mestmäcker, *Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 21 (p. 56).

Exatamente pelo caráter mais dirigista, raramente declarado de forma expressa, mas que se faz sempre presente nas regras sobre abuso do poder econômico, essas regras constituem o subsistema mais controlado do direito concorrencial. Apesar de não serem o tema do presente trabalho, os contornos desse conceito, por sua centralidade e ligação com a noção institucional de concorrência, serão tratados mais adiante (v., infra, Parte III, Capítulo II, subitem 1.2.3).

4.4 Alguns efeitos aplicativos

No Capítulo III desta Parte I procurar-se-á desenvolver consequências aplicativos mais detalhadas dos rudimentos teóricos aqui desenvolvidos. Algumas devem ser desde já adiantadas, para permitir a compreensão exata da própria teoria.

Uma primeira e importante contribuição da visão jurídica é a classificação das *fattispecie* concorrenciais. Ainda que genericamente utilizada pela ciência econômica nos modelos de organização industrial estrutura/condução/desempenho, jamais foi dada à divisão estrutura/condução utilidade aplicativa efetiva no campo concorrencial. O sistema americano, centro do Neoclassicismo, até hoje não reconhece tal distinção. A utilização positiva dessa distinção só pode ser compreendida em uma concepção eminentemente institucional do direito concorrencial (no sentido supradefinido). Sua influência se faz sentir distintamente nos arts. 81 e 82 do Tratado de Roma⁵⁰ e nos arts. 36 e 88 da Lei Concorrencial brasileira, que claramente adota essa distinção.

A distinção entre estrutura e condução corresponde, *grosso modo*, às duas grandes preocupações identificadas pela nova Economia Institucional. De um lado, o controle das estruturas, na medida em que garante a concorrência e a descoberta (ou a formação) do conhecimento do mercado, expande o acesso à informação e reduz a limitação da racionalidade dos agentes. De outro, o controle das condutas, na medida em que sanciona os comportamentos estratégicos, reduz o oportunismo.

A distinção estrutura/condução teve e tem relevantes efeitos aplicativos no campo concorrencial. Foi ela que permitiu a expansão da regra da razão tratando-se de cooperação econômica. A tradição neoclássica sempre foi muito avessa às formas de cooperação e suas justificativas de

50. Os artigos citados correspondem à numeração do Tratado de Roma após sua alteração pelo Tratado de Amsterdã, em vigor desde 1.5.1999. Os arts. 85 e 86 da versão anterior do Tratado correspondem aos arts. 81 e 82 da versão atual. De ora em diante, no presente trabalho, será sempre utilizada a nova numeração.

política econômica. Por isso, a conclusão de acordos entre concorrentes foi durante longo tempo sancionada como conduta ilícita.

A teoria jurídica do direito concorrencial, ao contrário, propugna pela diferenciação entre acordos de cooperação, que devem ser sujeitos a controle prévio (estrutural), e condutas anticoncorrenciais. Observa-se, nesse ponto, a proximidade com a teoria econômica dos comportamentos estratégicos, vista supra, sendo ambas críticas à crença do Neoclassicismo na autorregulamentação das transações privadas.

O que faz a teoria jurídica é exatamente duvidar do *Teorema de Coase*. Acredita que as transações do tipo “barganha” nunca serão resolvidas convenientemente pelas transações entre os particulares.⁵¹ Os comportamentos serão normalmente estratégicos, tendentes a obter o maior ganho em prejuízo da contraparte ou do concorrente. Consequentemente, a não ser naqueles casos em que for possível ter certeza de que as transações são evidentemente cooperativas, é necessária uma intervenção institucional, de forma a evitar os comportamentos estratégicos.

Na definição dos comportamentos estratégicos evidencia-se profunda diferença em relação à análise econômica – sobretudo aquela neoclássica – dos comportamentos empresariais. Como se verá, nem sempre será suficiente a inexistência de poder no mercado antes ou no momento da prática. A explicação jurídica dos comportamentos estratégicos vislumbra nos próprios comportamentos a potencialidade de obtenção do poder.

Já, a cooperação empresarial, quando lícita, deve ser incentivada. Ela é, reconhecidamente, uma das formas mais modernas de superação dos problemas de informação entre concorrentes. A teoria jurídica do direito concorrencial demonstra que a cooperação empresarial (aquela lícita, diga-se de passagem – como se deixará claro mais adiante) é uma

51. Os defensores da teoria dos comportamentos estratégicos identificam três tipos de transações. A *transação de soma zero*, em que não há produção de resultados, mas apenas novas distribuições dos já existentes. O caso típico é o jogo de pôquer, em que só se redistribui a riqueza entre os jogadores. A *transação de coordenação*, em que apenas com as partes cooperando pode haver produção. É o caso de uma conversa telefônica interrompida. Para seu restabelecimento as partes devem necessariamente cooperar – uma deve telefonar e a outra esperar; só assim haverá produção. Há, enfim, as *transações tipo “barganha”*, em que há distribuição e produção. A venda de um carro é um exemplo típico. Não há uma simples troca de dinheiro por bens, mas as partes tentam produzir lucro. É esse tipo de transação, o mais comum, que está sujeito a comportamentos estratégicos e deve ser objeto de atenção (v. R. Cooter, “The cost of Coase”, in A. W. Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 151).

das formas mais adiantadas e eficientes de eliminar os problemas de informação no mercado.

As associações de produtores, antes consideradas como formas odiosas de cartel, na moderna teoria concorrencial, quando convenientemente estabelecidas e controladas, podem transformar-se em formas de eliminação da assimetria de informações entre produtores.

Explica-se. Como é sabido, um dos elementos de mais difícil determinação para os agentes econômicos é exatamente a quantidade a ser produzida. Muitas das crises de superprodução são geradas pela falta de informação entre os agentes. E note-se que, do ponto de vista econômico, a superprodução é tão danosa quanto a escassez, pois desperdiça riquezas que poderiam ser alocadas na produção de bens escassos. A troca de informação serve para minimizar esses efeitos econômicos e sociais negativos, reduzindo o que os economistas chamam de “dispersão de preços e/ou quantidades produzidas”.

Note-se que essa formação do conhecimento aparentemente “coletiva” não pode ser aceita sem uma forte influência dos valores.

Uma formação conjunta de conhecimento dessa forma só é aceitável quando não puder desandar em um cartel de preços. Condição necessária, entre outras, para que isso aconteça é que as referidas informações sobre preços e quantidades produzidas sejam divididas com o consumidor. A razão é clara. O repasse das informações coletadas aos consumidores enfraquece o poder dos participantes do mercado. Os consumidores saberão qual produtor está vendendo a preços mais baixos e onde há maior disponibilidade de produto.

O nível de informações dos consumidores, tanto quanto o grau de concentração, indica o grau de poder dos produtores no mercado. Para o consumidor, concorrência nada mais é que informação. Nada há de errado com uma informação coletivamente formada, desde que ela possa ser posta em xeque ou discutida pelos demais participantes do mercado.

A repartição e a discussão das informações, reflexo do princípio democrático na vida econômica, permitem, e até sugerem, a necessidade de formação coletiva do conhecimento. A presença do dado institucional é aqui, portanto, bastante forte.

Situação exatamente oposta a esta é a da formação de monopólios. Nessa hipótese o que há é uma concentração desmesurada de poder, que permite a distorção da informação.

Essas ideias impõem, na verdade, uma nova visão do direito antitruste. O direito antitruste passivo, mero defensor da eficiência econô-

mica, do final da década de 1970 e dos anos 1980, tem de ser substituído por um novo direito concorrencial, ativo e intervencionista.

4.5 Conclusão parcial: estruturalismo jurídico e organização social

Este conceito institucional (no sentido definido na nota 40, subitem 4.2, supra) e procedimental de funcionamento da esfera econômica demanda redefinição não apenas do direito concorrencial, do direito regulatório ou do direito econômico, mas da própria noção de Direito. É essa noção que daqui para frente será referida como “conceito neoestruturalista do Direito”.

Direito concorrencial, regulatório e patentário, e mesmo o próprio direito de propriedade, em seu conceito neoestruturalista, não podem impor um resultado econômico, mas devem, ao contrário, garantir que a relação entre partes seja equilibrada e que existam efetivamente alternativas, não sendo substituídas pela decisão das (estruturas econômicas) mais poderosas. Dessa forma, eles buscam garantir que agentes econômicos descubram as melhores opções e disciplinar relações econômicas do modo mais justo e equilibrado possível.

O efeito final de tal teoria é que o poder econômico deve ser substituído como o elemento mais relevante para a organização das relações econômicas. O Direito (com vistas a fornecer escolha efetiva e acesso à informação) deve substituir o poder como esse elemento organizativo.

Essa não é uma tarefa fácil. O poder econômico não é profundamente enraizado só em estruturas econômicas existentes, mas também em relações econômicas. Relações são definidas e organizadas com base no exercício de poder.

O Direito deve aceitar o desafio de obter novamente o controle sobre as relações sociais. Para tanto, a análise jurídica deve se livrar do Positivismo jurídico e ser capaz de propor uma abordagem estrutural das relações econômicas.

Não é mais possível confiar apenas em medidas compensatórias para grupos prejudicados por atividades econômicas de grupos monopolistas. Instituições jurídicas com característica compensatória – como o direito do trabalho ou o direito consumerista – são instrumentos úteis, mas claramente insuficientes para disciplinar os efeitos de monopólios e prevenir o que foi aqui descrito como a “tripla drenagem” dos mercados de trabalho, de consumo e interindustrial. Em sociedades monopolizadas, mecanismos compensatórios se tornam de pouca utilidade, por dois motivos: (a) não é possível implementar políticas públicas por meio

de mecanismos jurídicos, já que medidas compensatórias são impostas por meio de decisões judiciais individuais (ou para grupos específicos), que não necessariamente têm coordenação e coerência entre si; e (b) é difícil atingir transformação econômica, pois a compensação *ad hoc* será sempre insuficiente para superar iniquidades criadas continuamente por estruturas econômicas concentradas.

Soluções baseadas no estruturalismo jurídico e focadas em uma revisão profunda do funcionamento do sistema econômico também requerem que alguns conceitos jurídicos básicos – como o direito de propriedade, a propriedade intelectual e a regulação – sejam revisitados de forma criativa. Desenvolvimentos na teoria dos bens comuns, pensamento criativo sobre patentes de bens socialmente essenciais e seu licenciamento compulsório no interesse público e nova regulação do mercado de capitais, que leve à existência de menor número de mercados (apenas aqueles onde o fluxo e a compreensão de informações são possíveis), são apenas alguns exemplos de como soluções estruturais poderiam se apresentar.

Tal abordagem tem também consequências profundas para o tratamento do poder econômico. Se escolha e acesso à informação são valores a serem perseguidos em uma variedade de áreas, e não apenas nos mercados, os instrumentos teóricos clássicos do direito concorrencial não são mais suficientes.

Por um lado, é necessário entender as diferentes consequências do poder econômico nas esferas social e econômica. Esses diferentes efeitos devem ser identificados e disciplinados separadamente, de acordo com a fonte específica do poder econômico. Posições de poder econômico podem ser criadas a partir de diferentes fontes, e não apenas de dinâmicas de mercado. Elas podem ser produto (a) de relações de mercado, mas também podem ser produto (b) do Direito, por exemplo os direitos de exclusividade concedidos pela lei (Lei Patentária), ou mesmo (c) de relações sociais, por meio da dominação de recursos naturais ou bens comuns. Todos esses diferentes fenômenos apresentam problemas e instrumentos de regulação que não podem ser encontrados em discussões gerais sobre racionalidade do mercado.

Essas diferentes fontes de poder econômico precisam da aplicação de diferentes esquemas conceituais para sua compreensão e de diferentes métodos para sua regulação, como será visto mais abaixo (Parte II, Capítulo III).

III

IMPACTOS

NA DISCIPLINA ANTITRUSTE

1. Interesses tutelados pelo direito concorrencial: 1.1 Interesses protegidos: o falso paradoxo: 1.1.1 A ordem concorrencial: 1.1.1.1 Expansão do conceito de garantias institucionais: as normas de proteção – 1.1.1.2 O conceito tradicional de interesses difusos – 1.1.1.3 Interesses difusos e garantias institucionais – 1.1.1.4 Conclusão: a ordem econômica como interesse institucional – 1.1.2 Os consumidores: 1.1.2.1 Titularidade direta ou indireta dos direitos subjetivos de ordem concorrencial – 1.1.2.2 Direito concorrencial e direito do consumidor: a) Informação e publicidade – b) Poder econômico e coerção do consumidor – 1.1.3 Os concorrentes – 1.1.4 Outros interesses: 1.1.4.1 As especificidades da análise do poder econômico no Brasil: tripla drenagem e ampliação de interesses – 1.1.4.2 A ampliação de significado do "interesse da ordem concorrencial". 2. Os instrumentos: estruturas e condutas no direito concorrencial: 2.1 Controle meramente estrutural do poder no mercado – 2.2 Disciplina das estruturas vs. disciplina dos comportamentos? – 2.3 Disciplina das estruturas e disciplina dos comportamentos.

As ideias lançadas acima sobre a teoria jurídica do direito concorrencial têm impacto aplicativo bastante relevante. Esse impacto se faz sentir tanto na teoria geral do antitruste quanto na disciplina concreta de estruturas e condutas. Por ora, cabe analisar os impactos na teoria geral, em especial sobre os dois elementos principais de qualquer disciplina jurídica: o material (concentrado aqui na discussão dos interesses tutelados) e o procedimental (aqui realizado através da discussão sobre a interação entre disciplina das estruturas e das condutas).