



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JEDAIAS DA SILVA PEREIRA

**UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO E  
DE SUA EFICÁCIA NO COMBATE ÀS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**

SOUSA – PB  
2019

JEDAIAS DA SILVA PEREIRA

**UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO E  
DE SUA EFICÁCIA NO COMBATE ÀS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador:** Prof. Dr. Allison Haley dos Santos.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE  
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS  
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

P436u Pereira, Jedaias da Silva.  
Uma análise dos fundamentos do direito antitruste brasileiro e de sua eficácia no combate as condutas anticompetitivas. / Jedaias da Silva Pereira. - Sousa: [s.n], 2019.

63 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Allison Haley dos Santos.

1. Direito Antitruste. 2. Monopólios-Oligopólios-Cartéis. 3. Livre Concorrência I. Título.

JEDAIAS DA SILVA PEREIRA

**UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO E  
DE SUA EFICÁCIA NO COMBATE ÀS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 29/11/2019

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Allison Haley dos Santos  
Orientador

---

Prof. Me Giliard Cruz Targino  
Examinador (a)

---

Prof.<sup>a</sup> Esp. Rubasmate dos Santos de Sousa  
Examinador (a)

Dedico este trabalho a Cristo Rei, Verbo Encarnado e Senhor do universo. Aos meus pais, aos meus irmãos e amigos, por toda paciência, dedicação e confiança depositada em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, Senhor dos senhores, que me susteve todo esse tempo e me deu forças e condições para concluir esse trabalho.

Aos meus Pais, posto que me concederam muito mais do que mereço e a quem devo tudo o que sou.

Aos meus amigos, que sempre estiveram comigo me ajudando e aconselhando. Nominalmente agradeço a Fabrício, David, John, Ítalo, Suerda, Thalia e Monique, terem participado de minha vida durante esses anos compartilhando anedotas, piadas, conhecimentos e experiências que me tornaram uma pessoa melhor.

Ao professor Allison Haley dos Santos, cuja orientação foi salutar para a conclusão desse trabalho.

*“Fecisti nos ad Te et inquietum est cor nostrum, donec requiescat in Te. ”*

— Santo Agostinho de Hipona

## RESUMO

A Constituição Federal estabelece a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, e a livre concorrência como um de seus princípios. A suposta simbiose e equilíbrio entre esses dois princípios confere base à formação do direito concorrencial. O objetivo desse direito é o de combater a formação de monopólios, oligopólios, cartéis e outras formas de abuso do poder econômico e, com isso, proteger tanto os concorrentes quanto os consumidores. Contudo, percebeu-se, ao longo do presente trabalho, que de diversas formas as normas de direito antitruste fomentam, ao invés de combaterem, essas condutas anticompetitivas. A razão disso reside no fato de que o antitruste está assentado em fundamentos equivocados quanto a natureza do processo de mercado, assim como pelo fato de que seus instrumentos de controle concorrencial são manipuláveis. Diante disso, buscou-se analisar, no presente trabalho, quais os fundamentos do direito antitruste, bem como sua eficácia para atingir os fins pretendidos. Os métodos utilizados foram o bibliográfico e exploratório. O procedimento, por sua vez, consistiu na pesquisa de artigos científicos, doutrinas jurídicas, periódicos e demais trabalhos acadêmicos, bem como no direito comparado. Quanto à forma de abordar o problema, foi realizada uma pesquisa qualitativa por meio da qual se buscou aprofundar os conhecimentos acerca dos problemas da livre concorrência, através da análise dos instrumentos do antitruste. O resultado constatado é o de que, embora a livre concorrência seja um princípio fundamental à ordem econômica, o antitruste mostra-se ineficaz à sua defesa.

**Palavras-chave:** antitruste, monopólios, livre concorrência.

## **ABSTRACT**

Antitrust law emerges from the supposed symbiosis and balance between the principles of free initiative and free competition. The Brazilian Federal Constitution establishes the free initiative as one of the fundamentals of the Republic and the economic order and free competition as one of its principles. The antitrust law came out with the purpose of combating conducts potentially damaging to the competition and consumers, for instance, corporate mergers that can result in the formation of monopolies, oligopolies and cartels. The present research discusses the subject through an analysis of the fundamentals of Brazilian competition law. Thus, this paper aims to explore if this branch of law is adequate to deal with anticompetitive conducts. It was used the bibliographic and exploratory methods to develop the research. The procedure, in turn, consisted in the search of scientific articles, legal doctrines, journals and other academic works, as well as the surveying based on comparative law, especially as to the American literature, which exerts a significant influence on Brazilian antitrust. As how of approaching the problem, it was fulfilled a qualitative research, whereby sought deepening the knowledge about the free competition problems, through the analysis of antitrust control instruments, both control structures and control conducts. In conclusion, the result of the study demonstrates that, although the free competition be a fundamental principle to the economic order, antitrust law is ineffective in its defense, since it is a branch of law potentially instrumentalizable by a part of the monopolistic corporations.

**Key-words:** Antitrust, monopolies, free competition.

## SUMÁRIO

<b>I INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>II FUNDAMENTOS E ORIGENS DO DIREITO ANTITRUSTE</b> .....	12
<b>II.I Histórico do Direito Antitruste</b> .....	12
II.I.I Formação do antitruste no Canadá .....	13
II.I.II Antecedentes nos Estados Unidos .....	13
II.I.III Evolução do antitruste no Brasil .....	15
II.I.IV A narrativa predominante .....	17
II.I.V A narrativa alternativa .....	18
<b>II.II Princípios do direito concorrencial</b> .....	20
II.II.I Princípio da livre iniciativa .....	22
II.II.II Princípio da livre concorrência.....	24
<b>III O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA À LUZ DO CONFLITO LIBERALISMO X INTERVENCIONISMO</b> .....	26
<b>III.I O sistema brasileiro de defesa da concorrência</b> .....	26
III.I.I Conselho administrativo de defesa econômica.....	26
III.I.II Secretaria de acompanhamento econômico.....	28
<b>III.II Dos tipos de controle das normas antitrustes</b> .....	29
III.II.I Do controle de estruturas .....	29
III.II.II Do controle de condutas.....	32
<b>III.III Liberalismo x intervencionismo</b> .....	34
III.III.I O antitruste e sua relação com o intervencionismo.....	35
<b>IV UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E DA EFICÁCIA DO DIREITO ANTITRUSTE</b> .....	41
<b>IV.I Concorrência perfeita x concorrência dinâmica</b> .....	41
<b>IV.II A instrumentalização do protecionismo antitruste</b> .....	46
<b>IV.III O fomento de monopólios pela ação antitruste</b> .....	51
<b>V CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58



## I INTRODUÇÃO

A livre iniciativa foi consagrada na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, IV, como sendo um dos fundamentos da República Federativa, bem como da ordem econômica brasileira, no em seu artigo 170, caput. Esse *status* conferido à livre iniciativa configura-se como uma influência de um pensamento liberal.

Por outro lado, essa influência liberal é dirimida em virtude da consagração de outros fundamentos e princípios, tais como o do valor social do trabalho, também insculpido no art. 1º, IV, da Carta Maior, bem como os demais princípios previstos no art. 170, da CRFB/88.

Dentre esses princípios, encontra-se o da livre concorrência. Com efeito, esse princípio tem sido compreendido, no ordenamento jurídico brasileiro, como um contrapeso à livre iniciativa. Por outro lado, a livre concorrência é vista não apenas como mero contrapeso, mas também como complemento ou condição de efetividade da livre iniciativa.

Essa suposta relação de contrapeso e complementaridade desses dois princípios vêm sendo abordada majoritariamente da seguinte forma: entende-se que, numa economia baseada no *Laissez-faire*, o mercado tende, inevitavelmente, à formação de concentrações empresariais, que resultam em monopólios, oligopólios, cartéis e outras condutas consideradas anticompetitivas.

Essas condutas anticompetitivas, por sua vez, tem como consequência precípua a subversão da própria liberdade de mercado. Nesta senda, essa subversão ocorre, dentre outros motivos, em virtude de que as corporações monopolistas e os cartéis detêm o poder de criar barreiras à entrada de novos concorrentes, bem como estabelecer o preço e a oferta de determinados produtos e serviços.

Diante disso, o direito antitruste surge com o alegado objetivo de dirimir e combater essa suposta tendência inexorável da economia de livre mercado às concentrações empresariais prejudiciais, tanto para concorrência, quanto para os consumidores. Com isso, o escopo do presente trabalho é analisar os fundamentos do direito antitruste brasileiro, bem como sua eficácia para atingir os objetivos pretendidos.

Essa pesquisa surgiu da necessidade de se investigar a validade dos princípios e teorias sobre os quais o antitruste está assentado. Em outras palavras, trata-se de uma exploração e de uma análise do entendimento acerca dos fenômenos de

mercado – tais como a origem das concentrações, o processo competitivo, a formação de monopólios e outros – que justifica o surgimento e aplicação das legislações antitrustes.

A estrutura desse trabalho dividir-se-á em três capítulos. No primeiro deles, serão apresentados dois dos fundamentos do direito antitruste: um de origem histórica, o outro de origem principiológica. Para tanto, esse capítulo será subdividido em dois subtópicos: o surgimento do direito antitruste e os princípios que o informam.

A parte do histórica tratará da origem do antitruste no Canadá, doravante nos Estados Unidos e sua influência na evolução do antitruste no Brasil. Ainda dentro da parte histórica serão apresentadas duas perspectivas conflitantes quanto à origem do antitruste, uma majoritária e outra alternativa. Por fim, serão abordados os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como o o suposto conflito entre eles.

O segundo capítulo, por sua vez, será subdividido em três partes. Na primeira delas, será apresentada a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Na segunda parte, serão abordadas as duas formas de controle concorrencial exercidas pelo direito antitruste, e a qual delas o antitruste brasileiro é signatário. Na terceira parte, o antitruste será analisado à luz das perspectivas liberal e intervencionista, visando o esclarecimento de qual tradição de pensamento econômico influencia mais as normas de direito concorrencial, tanto americano, quanto brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo, assim como o segundo, será dividido em três subtópicos. No primeiro deles, será analisado o ideal de concorrência perfeita à luz do funcionamento do processo de mercado. Na segunda parte, será abordado o caráter protecionista das normas antitrustes. Por fim, na terceira e última parte, será analisado em que medida o antitruste pode fomentar as condutas anticompetitivas que busca embargar.

No tocante a metodologia da abordagem a ser usada, se fará uso do método dedutivo, pois a presente pesquisa se ampara na análise de informações, bem como na aplicação do raciocínio lógico, objetivando chegar a uma conclusão. Quanto ao procedimento, se fará uso do método histórico-evolutivo, pois a análise da evolução do antitruste ao longo do tempo pode esclarecer um dos principais fundamentos sobre o qual o antitruste está assentado.

Outrossim, fez-se uso do direito comparado, pois dado que a legislação antitruste Norte-Americana é deveras influente no Brasil, faz-se necessário comparar

os institutos, bem como investigar as conflitantes linhas de pensamento estadunidenses quanto à validade dos fundamentos que embasam o antitruste, a fim de analisar os fundamentos da legislação concorrencial brasileira.

E no que tange as técnicas de pesquisa, se fará uso da pesquisa bibliográfica através de livros, artigos científicos, consultas online, assim como pesquisa documental, por meio da análise da legislação, bem como da doutrina especializada.

Ressalte-se que o objetivo dessa pesquisa não é o de por termo à discussão quanto a aplicabilidade e validade das normas de direito antitruste, mas apenas abordar de forma didática as causas desse tipo de legislação, bem como suas eventuais consequências para ordem econômica nacional.

## II FUNDAMENTOS E ORIGENS DO DIREITO ANTITRUSTE

A Constituição Federal, no art. 1º, IV, estabelece a livre iniciativa como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ademais, esse *status* de fundamento da ordem econômica conferido à livre iniciativa é reforçado pelo art. 170, caput, da Carta Magna.

Nesse sentido, ao consagrar a livre iniciativa como uma das bases da República Federativa do Brasil, a Lei Maior adotou um regime econômico de inspiração liberal. Outrossim, o legislador criou mecanismos protetivos com o alegado objetivo de amparar a referida ordem econômica. Ao tratar dessa matéria, Fabio Coelho (2011, p. 46) expõe que:

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal.

Com efeito, o art. 173, § 4º, da Constituição federal estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Nesta senda, o ramo do direito responsável por proteger a ordem econômica dos referidos abusos do poder econômico é denominado direito concorrencial ou direito antitruste.

O direito concorrencial, assim como os demais, está fundado em princípios e possui um desenvolvimento histórico. Se faz necessária, portanto, uma apresentação desses fundamentos, com vistas à uma compreensão mais acurada de sua validade e eficácia. Serão apresentados, nesse capítulo, um histórico sintetizando a evolução do antitruste, bem como uma exposição dos princípios que informam o direito concorrencial.

### II.I Histórico do Direito Antitruste

Conforme será apresentado, o direito antitruste começa no Canadá, tem seu marco principal nos Estados Unidos ao final do século XIX, e chega tardiamente ao Brasil. Ademais, há duas formas narrativas distintas em relação as circunstâncias que ensejaram a publicação das primeiras leis antitrustes. Com isso, para os fins desse

trabalho, se faz necessário apresentar os antecedentes históricos dos referidos países, bem como as duas narrativas.

### II.1.1 Formação do antitruste no Canadá

Consoante narram Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2016), a primeira legislação Antitruste surgiu no Canadá, em 1889, com a *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade seria a de combater arranjos e acordos voltados a restrição do comércio através da fixação de preços ou da restrição da produção, impedindo, portanto, a formação de cartéis.

Fernando Aguilar (2009, p. 254) sugere que a origem dessa legislação está relacionada “ao fracasso de uma política de protecionismo da indústria local, na tentativa de evitar que aquele país se tornasse um mero satélite da economia norte-americana”. Nesta senda, o governo Canadense impôs, a partir de 1879, barreiras tarifárias que visavam formar um polo industrial nas regiões de Ontário e Quebec, todavia, o efeito alcançado foi a eliminação da concorrência externa, ensejando a prática de atos anticoncorrenciais.

Não obstante ter sido a primeira legislação que visava dirimir práticas anticoncorrenciais, Massimo Motta e Lúcia Salgado (2015) ressaltam que o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade* não exerceu uma influência significativa na elaboração das leis concorrenciais brasileiras.

### II.1.2 Antecedentes nos Estados Unidos

Por outro lado, a legislação antitruste estadunidense, ao contrário da canadense, teve bastante influência no direito econômico Brasileiro. Nesse sentido, Clarissa Alves (2014, p. 28) argumenta que o “Direito Antitruste norte-americano foi de grande importância para o Direito Concorrencial de vários países, inclusive do Brasil, tendo exercido vasta influência nas normas que tratam do mérito”.

Com efeito, o *Sherman Act*, lei de autoria do político americano John Sherman, publicada em 1890, teve, consoante Salgado (2015), bastante relevância para política antitruste brasileira, em especial as seções 1 e 2. Com efeito, na seção 1 constam proibições a contratos e conspirações que visem restringir o comércio, bem como prescreve prisões e multas aos violadores; a seção 2, por sua vez, proíbe a formação

ou tentativa de monopolização de “qualquer parte do comércio entre vários estados ou entre nações estrangeiras”.

Todavia, a princípio o Sherman Act teve um alcance limitado, posto que se tinha dúvidas quanto a sua aplicabilidade nos casos de fixações de preços feitas por cartéis, bem como nos casos de contratos de fusões entre empresas. Ao tratar sobre o esse período inicial de aplicação do Sherman Act, Aguillar (2009, p. 254) expõe que:

No período inicial da aplicação da legislação antitruste, havia dúvida se a lei se aplicaria a cartéis de empresas capazes de fixar preços. Na verdade, como aponta Calixto Salomão, a preocupação central da lei Sherman era a proteção do consumidor em face do excessivo poder econômico do mercado. Não se tinha ainda a preocupação com as práticas desleais dos demais concorrentes. (...) foi com o julgamento do caso *northern securities co. v. United states*, em 1904, quando se dissolveu uma empresa do grupo J.P. Morgan, que essa incerteza se dissipou.

A partir de então, conforme Eduardo Gaban (2016), o Sherman Act passou a ser aplicado à luz do conceito de ilícito *per se*, o qual ensejou a instrumentalização dessa legislação para proibir qualquer espécie de acordo potencialmente restritivo da concorrência. A ilicitude *per se* baseava-se na interpretação literal da seção 1 do Sherman Act, a qual dispunha que “todo contrato, combinação na forma de truste ou outra forma, ou conspiração, restritiva do tráfico ou comércio entre os vários estados, ou nações estrangeiras, deve ser declarada ilegal”.

Doravante, em virtude do caso *Standard Oil Co vs United States*, de 1911, foi introduzida a *Rule of Reason*, ou regra da razoabilidade, que distinguia condutas restritivas da concorrência em benéficas e malélicas. Aguillar (2009, p. 255) sintetiza a importância desse famoso caso para a história do direito antitruste nos seguintes termos:

Na prática, significava um abrandamento da interpretação estrita decorrente da ilicitude *per se*. **Passou-se a levar em consideração que algumas condutas, embora tenham escopo de restrição da concorrência, podem trazer efeitos benéficos ou ganhos de eficiência.**

Por outro lado, Waldirio (1997) ressalta que as empresas encontraram meios de ilidir as sanções impostas pela lei Sherman, ao instituírem acordos nos quais a limitação da concorrência seria uma consequência indireta, chamados de *community of interests* (comunhão de interesses). Esses acordos surgiam, dentre outros meios, através da palavra de honra entre os empresários que detinham a maioria das ações de várias empresas.

Em virtude desses fatos, Salgado (2015, p. 5) aponta que “a Lei Clayton foi, então, posta em vigor em 1914, para estender a legislação antitruste de modo a cobrir fusões capazes de reduzir a competição”. Gaban (2016) relata que o Clayton Act foi responsável, dentre outras coisas, pela redução na discricionariedade judicial, bem como pela proibição de uniões arranjadas, da fixação de preços e de outras formas de concentrações empresariais. No mesmo ano da lei Clayton, foi criado o *Federal Trade Commission* – agência antitruste estadunidense, a qual se tornou paradigma para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – agência antitruste brasileira.

### II.1.III Evolução do antitruste no Brasil

O desenvolvimento do direito antitruste no Brasil foi deveras lento se comparado com seu paradigma, isto é, com o direito antitruste estadunidense. Clarissa Alves (2015, p. 29), aborda essa morosidade na evolução do antitruste no Brasil:

No Brasil, a partir do século XIX, buscou-se privilegiar a concentração, com o objetivo de fortalecer a indústria nacional, e, desta forma, a formação de grandes conglomerados era vista com bons olhos pelo sistema econômico. Tal concepção somente mudou na década de 1990, quando houve o fortalecimento do Direito Concorrencial no país, em razão do entendimento da concorrência como um instrumento de controle de preços e de qualidade e de serviços.

Nesta senda, Vicente Bagnoli (2013) argumenta que, a despeito da compreensão da defesa da concorrência no Brasil ser recente, a fase seminal da formação do direito antitruste brasileiro remonta à constituição de 1937, a partir da qual foi atribuído ao estado o papel de coordenar a produção, bem como a inserção da competição com efeitos benéficos no país.

Doravante, em 1945, foi publicado o Decreto-Lei nº 7.666, o qual dispunha, já em seu artigo 1º, sobre “atos contrário ao interesse da economia local”, dentre eles: (I) entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas que resultem em: a) restrição, cerceamento ou supressão da liberdade econômica de outras empresas; b) elevação do preço de venda dos respectivos produtos; c) influência no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional.

Ademais, o Decreto-Lei supracitado foi responsável pela criação, prevista em seu art. 19, da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), a qual não se

confunde com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado posteriormente.

Logo após, conforme Clarissa Alves (2014, p. 29), a Constituição de 1946 seguiu as normas concorrenciais norte-americanas. Assim, o art. 148 da referida Magna Carta dispunha da seguinte forma:

Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas, individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, foi editada a lei nº 4.137/62, a qual previa, em seu art. 2º, algumas formas de abuso do poder econômico. Ademais, no art. 8º é prevista a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Conforme outrora apontado, Bagnoli (2013) ressalta que, a despeito dessas legislações antitrustes, o direito concorrencial brasileiro só passou a ser efetivamente observado a partir da década de 1990, por influência da Constituição Federal de 1988, a qual trata dessas matérias nos arts. 170, 173 e 174. Com efeito, várias legislações antitrustes foram criadas a partir de então, tais como a lei nº 8.137/90, a lei nº 8.158/91, e a mais importante, a lei nº 8.884 de 1994, sobre a qual Alves (2014, p. 30) aduz:

A “defesa da economia popular”, que havia se iniciado na vigência da Constituição de 1937, foi consolidada em 1994, com o advento da Lei nº. 8.884, de 1994, a qual transformou o CADE em autarquia federal, fortalecendo sua autonomia e reformulando seu papel no controle da concorrência, e, ainda, regulou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A lei 8.884/94 teve vigência por quase 20 (vinte) anos, posto que só foi substituída com a publicação da lei nº. 12.529, de 2011, a qual regula o direito concorrencial brasileiro até a presente data.

Em suma, conforme dantes demonstrado, é consenso entre os mais variados autores o fato de que os Estados Unidos, ao final do século XIX, passava por um processo de concentração empresarial, ao qual o direito antitruste foi uma resposta, e que este, por sua vez, influenciou o direito econômico Brasileiro. Todavia, os motivos que deram azo a esse processo de concentração empresarial e suas reais consequências para os indivíduos daquela sociedade, é tese controvertida entre os pesquisadores, conforme será ulteriormente exposto.

Não se trata, contudo, de controvérsia irrelevante, posto que, consoante será demonstrado, o acolhimento de uma ou de outra narrativa altera radicalmente a compreensão da validade e eficácia do direito antitruste. Nesse sentido, serão apresentados tanto a narrativa predominante, quanto a narrativa alternativa.

#### II.I.IV A narrativa predominante

André Ramos (2014) afirma que nas principais obras brasileiras sobre o direito antitruste é apresentada a tese segundo a qual o Sherman Act foi editado em um momento no qual nos Estados Unidos estavam sendo formados vários grupos monopolistas.

Ademais, Sarmiento (2018, p. 32) aduz que o pensamento corrente e predominante quanto ao contexto histórico da publicação do *Sherman Act*, foi o de que esse ocorreu em um momento no qual os Estados Unidos “experimentavam a eclosão de influentes monopólios e cartéis em diferentes esferas do mercado, de sorte que estes exerciam abuso de poder econômico e, em consequência, lesavam o consumidor”.

Com efeito, Waldirio (1997), ao tratar da origem do direito antitruste nos Estados Unidos, relata que no final do século XIX, estavam sendo formadas diversas uniões entre empresários, as quais resultaram em abuso do poder econômico. Ressalta ainda que, em resposta a esse momento da história econômica americana, a legislação da época aplicou sanções severas, tais como a dissolução das empresas monopolistas, bem como a desconsideração da personalidade jurídica.

Calixto Salomão (2007), ao tratar do período em comento, alega que o contexto político-econômico no qual o Sherman Act foi promulgado era o de proteção dos consumidores contra o excessivo poder econômico no mercado, sendo esta, com efeito, sua única preocupação.

Gaban (2016) endossa a tese de que o surgimento do direito antitruste nos Estados Unidos tinha relação direta com os valores da sociedade americana da época, isto é, com o apreço pelas liberdades individuais. De modo que o objetivo do antitruste seria garantir o pleno exercício da livre-concorrência como consequência da livre-iniciativa.

Outro reforço dessa narrativa vem Tarcisio Teixeira (2019), segundo o qual o Sherman Act foi um marco para o direito concorrencial nos Estados Unidos, posto que

teria surgido, em sua perspectiva, com o objetivo de garantir a concorrência entre as empresas americanas, impedindo que qualquer uma se tornasse grande o suficiente para dominar e ditar as regras do mercado atuante.

Outrossim, alguns autores defendem a tese segundo a qual o direito antitruste, e o Sherman Act mais especificamente, tiveram como escopo principal a proteção do liberalismo contra seus próprios excessos. Este é, por exemplo, o entendimento de Paula Forgioni (2012, p. 66):

Não se deve dizer que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o Sherman Act tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis.

Destarte, apresentada a narrativa predominante, a saber, a de que o direito antitruste surgiu para dirimir as inevitáveis automutilações do exercício desregulamentado da livre iniciativa e da livre concorrência, se faz necessário apresentar a perspectiva alternativa:

#### II.I.V A narrativa alternativa

Há uma linha de pensamento que aborda as circunstâncias do surgimento do antitruste nos Estados Unidos por uma perspectiva divergente da perspectiva majoritária, abordada no tópico anterior. Importante ressaltar que essa perspectiva alternativa não consiste na negação de que ao final do século XIX, os Estados Unidos passaram por uma onda de concentrações empresariais.

Por outro lado, questiona-se que o referido processo de concentração empresarial tenha resultado em malefícios para os consumidores. André Ramos (2015) argumenta que essa concentração empresarial característica do final do século XIX era uma consequência natural do correto funcionamento do processo de mercado. Com efeito, esse mesmo autor (2014, p. 226), sintetiza a esse entendimento minoritário, a despeito de contar com vários pesquisadores, nos seguintes termos:

Esses autores não negam que na segunda metade do século XIX os Estados Unidos estavam passando por um período de concentração empresarial, no qual diversas empresas, em variados setores do mercado, formaram parcerias e constituíram grandes grupos econômicos, com largo alcance nacional e até mesmo internacional. Mas isso, segundo tais autores, não

estava ensejando a prática de abusos em detrimento dos consumidores — aumento de preços e restrição da produção. Tais conglomerados empresariais, na verdade, conseguiram racionalizar custos, integrar recursos logísticos e obter consideráveis ganhos de escala, investindo pesadamente em inovação tecnológica e em marketing publicitário.

Em oposição à narrativa predominante, essa produção e ganhos de escala possibilitaram, com efeito, a redução dos preços dos produtos e o consequente aumento no poder de compra dos consumidores. Sobre tal fato, assim preceitua Alvarenga (2019, p. 14):

O contexto em que a *Sherman Act* foi promulgada foi marcado pelo maior poder de compra dos consumidores. Inegavelmente, tratando-se da segunda fase da revolução industrial, foi um período de queda de preços dos produtos fornecidos pelas grandes empresas e de produção em larga escala. Ter lucro mesmo com preços mais baixos tornou-se possível; por exemplo, carros já não eram mais artigos de luxo.

Thomas Sowell (2011, pp. 113-114), economista americano, reforça a tese de que houve, nas circunstâncias da publicação do *sherman act*, uma redução nos preços dos produtos:

Na realidade, a era que levou à lei de sherman não foi uma época de alta de preços, forçada por monopólios, apesar de ser uma época em que se verificou o crescimento do tamanho das empresas em muitos segmentos industriais, frequentemente por meio da consolidação de negócios menores que se transformaram em corporações gigantescas. Longe de termos preços mais altos, esse foi um período de queda dos preços cobrados por essas corporações maiores, cujo tamanho possibilitou o aparecimento de uma produção em larga escala, o que significava menores custos de produção, tornando-as capazes de lucrar a partir de preços mais baixos, expandindo desse modo suas vendas.

Essa queda nos preços resultou em maiores dificuldades para os empresários. Nesse sentido, Joseph McGuire (1963) sustenta que as ligações ferroviárias que foram montadas entre os anos 1865-1897, resultaram numa nacionalização do mercado. Em virtude disso, até negócios pequenos de pequenas cidades tiveram que competir com empresas de outras regiões, frequentemente maiores.

Alvarenga (2019) argumenta que a produção em larga escala, e consequente baixa dos preços, afetou negativamente os empresários mais ineficientes. Tal fato ensejou um conluio entre esses empresários menos competitivos e os políticos, resultando numa legislação restritiva (o antitruste), que seria capaz de modificar os rumos da economia para benefício de poucos.

Ao tratar desse conluio entre empresas ineficazes e legisladores, Dominick Armentano (1999, pp. 5-6), conclui argumentando que o surgimento do antitruste nos

Estados Unidos não foi uma conquista progressista, mas sim conservadora, posto que teria como objetivo manter o *status quo* da economia e da sociedade:

Vários estudiosos têm demonstrado que essas regras "antitruste" foram geralmente apoiadas e empregadas por empresas estabelecidas no intuito de restringir e limitar o processo concorrencial.

Incapazes de competir com organizações empresariais mais eficientes, certas empresas procuram criar restrições políticas e legislativas a concorrentes, na tentativa de proteger ou melhorar suas posições de mercado já existentes.

De acordo com essa visão, portanto, grande parte do movimento antitruste deve ser visto mais precisamente como conservador, e não como progressista. O movimento antitruste deve ser visto como uma parte importante do "triunfo do conservadorismo" na política americana.

Thomas Dilorenzo (1985, p. 81), corrobora a tese de Armentano, dizendo que “é sabidamente reconhecido que pequenas empresas sempre iniciaram os processos antitruste contra seus concorrentes maiores (e geralmente mais eficientes) ”.

Sarmiento (2018), ao tratar das concentrações empresariais, argumenta que se tratam de um processo natural de uma sociedade cujo desenvolvimento econômico e social foi consubstancial ao livre mercado. Nessa perspectiva, a concentração empresarial seria um fenômeno salutífero para manutenção desse desenvolvimento.

## **(II) Princípios do direito concorrencial**

O art. 170 da Magna Carta consagra vários princípios da ordem econômica brasileira, porém apenas alguns desses princípios se referem ao direito concorrencial: III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor.

Se faz pertinente ressaltar que a Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas características o ecletismo. Isto significa que são consagrados no mesmo dispositivo constitucional princípios de ideologias diversas, até mesmo contrárias entre si. Sobre esse ecletismo, Camargo (2001, p. 82), preceitua que:

Vários elementos dos modelos ideológicos puros anteriormente expostos aparecem nos textos constitucionais, muitas vezes se entrecrocando, de tal sorte que o jurista ortodoxo se perplexifica com a aparente contradição entre as disposições. E os dispositivos que conformam a ordem econômica não fogem à regra.

Disso decorre que princípios díspares, pelo menos aparentemente, tais como os da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência estejam dispostas no mesmo artigo da Carta maior.

Nesta senda, a livre iniciativa, insculpida no art. 1º, IV, e art. 170, caput da Constituição, juntamente com a livre concorrência, prevista no art. 170, IV, da Carta Magna constituem dois dos princípios basilares do direito concorrencial brasileiro.

Alguns doutrinadores entendem que o direito antitruste tem sua razão de existir no inevitável conflito entre os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência, posto que, conforme já demonstrado na parte histórica, esses doutrinadores entendem que a livre-iniciativa depende de regulamentação para que possa funcionar de forma plena e justa. Neste sentido, Marlon Tomazette (2017, p. 789) argumenta que:

A livre concorrência não é uma consequência natural da livre iniciativa, cabendo ao Estado intervir para assegurar a existência da livre concorrência e, conseqüentemente, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Por outro lado, a despeito de serem parecidos e/ou complementares, Scaff (2006, p. 160) ressalta que o princípio da livre iniciativa, inscrita no art. 170 da Carta Magna, não pode ser confundida com a livre concorrência, prevista no inciso IV do mesmo artigo:

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. [...] Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica

Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2012) reforçam o entendimento de que a livre-iniciativa não é um princípio autossuficiente e/ou absoluto. Dado que esse princípio preconiza uma liberdade de escolha e/ou ação econômica, o mesmo pode, prosseguem os autores (2012), resultar em obstáculos ao bem-estar econômico e social, bem como, em última instância, à própria liberdade econômica.

Doravante, concluem argumentado que a livre-concorrência surgiu como princípio contrapeso à livre iniciativa:

É justamente nesse ponto que se resgata na constituição o princípio da livre concorrência, diretriz valorativa antagônica e ao mesmo tempo complementar (no esquema de interações e tensões) ao princípio da livre iniciativa, em diplomas legais como a Lei Antitruste Brasileira, em uma de suas grandes finalidades.

André Ramos (2016), ao apresentar essa suposta dicotomia entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, expõe que, por se tratar de um princípio insculpido na Constituição Federal como um dos fundamentos da ordem econômica, alguns autores defendem a tese de que a livre concorrência asseguraria ao Estado a possibilidade de intervir nas relações jurídicas privadas. Com efeito, essa possibilidade de intervenção estatal se contrapõe ao liberalismo econômico subjacente ao princípio da livre iniciativa.

Diante disso, se faz necessário averiguar em que consiste exatamente a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como qual a relação entre esses dois princípios e, com isso, delimitar qual a eficácia do direito antitruste na proteção de ambas.

### II.II.I Princípio da livre iniciativa

Importante reforçar que a ordenação da economia com base no princípio da livre iniciativa é uma das características do liberalismo econômico. Isto posto, se faz oportuna uma pequena digressão para clarificar os elementos principais dessa escola de pensamento econômico, visando uma compreensão mais acurada do modo como a livre iniciativa deve ser interpretada.

O tema da liberdade foi objeto de análise de vários intelectuais ao longo dos séculos, o que torna sua conceituação bastante complexa. Sarmento (2018, p. 12) aborda o paradoxo que a busca pela definição da liberdade traz em si mesma:

A contemporaneidade traz que a perquirição pela definição do conceito de liberdade encontra um paradoxo em si mesma: todos são livres para conceituá-la e, desta sorte, a multiplicidade de visões distintas, as quais por vezes incluem ou excluem objetos de seu âmbito, faz resultar, em determinados momentos históricos, na supressão de seus efeitos

Ludwig Von Mises (2010, p. 339), expoente da escola austríaca de economia, se utiliza da praxeologia (estudo da ação humana) para definir a liberdade nos seguintes termos:

No sentido praxeológico, o termo liberdade refere-se à situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos. Um homem é livre na medida em que lhe seja permitido escolher os seus fins e os meios a empregar para atingi-los.

O autor supracitado (2010) arremata sua definição de liberdade argumentando que esta consiste na possibilidade de um homem moldar sua vida de acordo com seus

planos. Friedrich Von Hayek (2014), outro economista e filósofo expoente da escola austríaca, apresenta vários conceitos da palavra liberdade, dentre eles, um com sentido negativo, na mesma senda que Mises:

Ela sempre significou a possibilidade de um indivíduo agir de acordo com os seus próprios planos e resoluções, em contraposição à condição do indivíduo que estava irrevogavelmente sujeito à vontade de outrem, cuja decisão arbitrária poderia coagi-lo a agir de determinada maneira. (1983, p. 5)

Lucena (2018, p. 31) entende a liberdade como o respeito à autonomia empreendedora do homem, que traz consigo o reconhecimento de sua característica eminentemente frágil e passível de fracassos.

Nesse sentido afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente.

Tomando esses conceitos negativos de liberdade, pode-se chegar à conclusão de que, no âmbito empresarial, a liberdade (ou livre-iniciativa), consiste na possibilidade de o indivíduo utilizar-se dos conhecimentos e ferramentas de que dispõe para exercer algum tipo de atividade empresarial sem estar sujeito ao arbítrio de outrem, que no presente caso, trata-se do próprio estado.

Outrossim, a liberdade econômica pode ser definida, conforme Sarmiento (2018), como um ambiente no qual os indivíduos exercem os papéis de agentes econômicos, no qual há a possibilidade de escolha de múltiplos modos de ação relativos aos recursos de que dispõem, sem subordinação à imposição e coerção não prevista em lei ou aceita socialmente por parte de outro agente.

Cristóforo (1998, p. 178) definia a livre iniciativa como “a faculdade reconhecida às pessoas de se organizarem para explorar os meios de produção que lhe pertencem, exercendo a atividade econômica com o objetivo de dela extrair benefícios pessoais”.

Adam Smith (1996, p.79), um dos principais expoentes do liberalismo clássico, reforça a ideia liberdade negativa ao propor que o estado não deveria intervir na forma como as pessoas empreendiam:

Contudo, proibir um grande povo de fazer tudo o que ele tiver condições de fazer com qualquer item de sua produção própria, ou empregar seu capital e seu trabalho da maneira que ele considerar mais vantajosa para ele próprio, constitui uma violação manifesta dos direitos mais sagrados da humanidade.

Não obstante o sentido mais básico e primeiro da liberdade seja o de conotação negativa, a Constituição Federal, ao estabelecer a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, não o fez tomando-o como um princípio de não-ação. Com efeito, outros princípios atestam o caráter eminentemente interventor da república federativa do Brasil, tais como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, previstas nos incisos III, V, e VII, respectivamente, do art. 170 da Carta Maior.

Todavia, dentre os princípios da ordem econômica o mais importante para o antitruste é o da livre concorrência. Conforme já demonstrado outrora, há, na doutrina majoritária e nas bases do direito concorrencial, a tese de que a livre concorrência é um princípio antagônico à livre iniciativa, servindo-lhe como contrapeso. No próximo tópico serão apresentados os principais elementos constitutivos da livre concorrência, bem como sua relação com a livre iniciativa.

### II.II.II Princípio da livre concorrência

Do princípio da livre concorrência decorre todo o direito Antitruste. Com efeito, esse é comumente chamado de direito concorrencial. Se faz necessário, portanto, estabelecer no que consiste precisamente esse princípio. Sobre o conceito de livre concorrência, José Afonso da Silva (2005, p.795), assim dispõe:

Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista

Conforme o supracitado, a livre concorrência seria uma consequência da livre iniciativa, por um lado, bem como um contrapeso à livre iniciativa, por outro. Essa concepção da livre concorrência como uma contramedida às concentrações empresariais típicas do regime de livre mercado, é o que fundamenta o papel eminentemente interventor das relações econômicas, conferido pela Constituição ao Estado. Dimoulis (2004, p. 147-148), reforça essa perspectiva:

O ordenamento jurídico brasileiro, como praticamente todos os sistemas jurídicos modernos, adota a concepção coletivista-estatista da concorrência mediante restrições impostas na Constituição e na legislação sobre a

concorrência. Por essa razão, devemos abandonar as visões ideológicas ditadas pelo neoliberalismo e perceber a livre concorrência não como liberdade de agentes econômicos, e sim como sistema extremamente complexo e coercitivo, que permite a ação econômica dentro de espaços criados e administrados por órgãos estatais.

Outrossim, essa intervenção estatal no sentido de proteger a livre concorrência tem como objetivo principal atingir o que os economistas chamam de concorrência perfeita. Cavalcanti e Catão (2017, 185), argumentam que a concorrência perfeita ocorreria em um “cenário onde nenhum competidor é suficientemente capaz de determinar o preço de um produto, possuindo ingerência, tão somente, quanto à quantidade do produto ou serviço que colocará à oferta [...]”.

Ademais, Nusdeo (2005, p. 267) expõe os principais elementos constitutivos da concorrência perfeita:

[...] o regime de concorrência perfeita exige para se considerar caracterizado um grande número de requisitos, dos quais são essenciais os seguintes: a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca; b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda do produto em questão (atomização de mercado); c) homogeneidade do produto das operações; d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, isto é a facilidade de acesso ao mercado e de retirada dele por parte de qualquer interessado; e) pleno acesso dos operadores a todas as informações relevantes; f) ausências de economia de escala; g) ausência de economias externas (externalidades).

Abreu (2011), destaca as mesmas características da concorrência perfeita: (I) grande número de compradores e vendedores; (II) produtos homogêneos; (III) transparência de mercado, a qual consiste na informação completa acerca das características dos produtos; (IV) livre mobilidade, isto é, entrada e saída das empresas no mercado, sem quaisquer barreiras.

A exploração do ideal de concorrência perfeita é crucial para compreensão do antitruste, posto que se trata, em última análise, de seu escopo primordial. Todavia, esse modelo de concorrência almejado pelas legislações antitrustes será objeto de análise em momento posterior dessa pesquisa.

### **III O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA À LUZ DO CONFLITO LIBERALISMO X INTERVENCIONISMO**

Este capítulo compor-se-á de três partes, nas quais serão abordados os aspectos principais do direito antitruste brasileiro, quais sejam:

1. Apresentação da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência (SBDC): quais são seus órgãos, quais as competências e atribuições que cada um deles possui, nos termos da lei nº 12.529/11;
2. Exposição dos tipos de controle possíveis às normas concorrenciais, bem como em qual deles o direito antitruste brasileiro se enquadra e
3. Demarcação do sentido e do alcance dos regimes econômicos liberal e intervencionista, delimitando a linha tênue que distingue uma ação estatal como sendo consequência de um ou de outro desses regimes. Ademais, será examinado à qual desses regimes o direito antitruste geral – e por consequência, o brasileiro - é corolário.

#### **III.I O sistema brasileiro de defesa da concorrência**

O sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – é composto, nos termos do artigo 3º, da lei nº 12.529 de 2011, por duas entidades principais: pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que faz parte do Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SAE, do Ministério da Fazenda, o qual passou a integrar o ministério da economia com a Medida Provisória nº 870/19.

Conforme a apresentação da parte histórica, o desenvolvimento do antitruste no Brasil se deu de forma lenta, posto que somente com a lei nº 8.884 de 1994 que o antitruste ganhou força no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, a lei nº 12.529/11, conferiu ao SBDC novas atribuições relativas à proteção da concorrência, as quais serão apresentadas a seguir.

##### **III.I.I Conselho administrativo de defesa econômica**

Nos termos do art. 4º da lei 12.529/11, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, com

status de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede no Distrito Federal. A sua composição é formada por três órgãos, a saber: (I) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE; (II) Superintendência Geral – SG; (III) Departamento de Estudos Econômicos – DEE. Apesar do Decreto-Lei nº 7.666 ter criado um protótipo do CADE, este órgão só foi criado em 1962, pela lei nº 4.137/62.

A jurisdição atribuída pela nº 12.529/11 ao CADE, todavia, não pode ser confundida com a função jurisdicional exercida pelo poder judiciário, mas como uma competência para atuação na esfera administrativa. Sobre esse mister, Rayner Lopes (2019, p. 21) aduz:

O CADE é uma entidade judicante com jurisdição em todo território nacional, porém, vale dizer, que ele não realiza nenhuma função jurisdicional, ou seja, quando a Lei diz jurisdição, é no sentido de aplicar administrativamente a legislação contra quem abusa do poder econômico, sendo possível, caso seja necessário, a apreciação judicial. Portanto, fica claro que o CADE, principalmente, atua de forma administrativa.

A legislação em atual manteve as atribuições que o Cabe possuía na vigência da lei anterior – controle de estruturas, repressão de condutas e advocacia da concorrência – e concedeu outros. Conforme será apontado em tópico específico, o controle de estruturas exercido pelo CADE é uma das funções primordiais do direito antitruste brasileiro e mundial.

Nos termos do art. 6º da lei 12.529/11, o plenário do Tribunal Administrativo de defesa econômica é composto por 7 (sete) membros, um presidente e seis conselheiros. Os membros são escolhidos dentre os cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, dos quais é exigido notório saber jurídico ou econômico, bem como reputação ilibada. Devem, ademais, serem nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela Senado Federal.

Percebe-se, portanto, um aspecto eminentemente político que caracteriza a formação do TADE. Desse aspecto político pode resultar corrupção e parcialidade na nomeação. Consoante Rayner Lopes (2019), foi visando dirimir essas possibilidades de corrupção e/ou parcialidade que o art. 6º, § 1º, estabeleceu o mandato de 4 (quatro) anos para o presidente e para os conselheiros, de forma não coincidente, bem como vedou a possibilidade de recondução.

O segundo órgão que faz parte da composição do CADE, a saber, a superintendência-Geral, é formada por 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos. As atribuições dos membros da Superintendência-Geral

são definidas por meio de resoluções. A forma de nomeação do Superintendente-Geral é idêntica a dos membros do TADE, porém o seu mandato é de apenas 2 (dois) anos, bem como lhe é permitido uma recondução para o período subsequente, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, respectivamente, da lei nº 12.529/11.

As funções da Superintendência-Geral estão dispostas no art. 13 da lei em comento, dentre as quais destacam-se: (I) acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; (II) promover inquérito administrativo para apurar eventuais infrações à ordem econômica; (III) receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos, com previsão nos arts. 17 e 18 da lei nº 12.529/11, trata-se do último órgão do CADE. Como o próprio nome indica, trata-se de um órgão técnico, responsável pela elaboração de pareceres e estudos econômicos. Esses estudos podem ser feitos de ofício ou por requisição dos membros dos outros órgãos. Sua função é a de dar fundamento técnico às decisões do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e da Superintendência-Geral. É dirigido por um Economista-Chefe, nomeado, conjuntamente, pelo Presidente do TADE e pelo Superintendente-Geral.

### III.I.II Secretaria de acompanhamento econômico

A Secretaria de Acompanhamento Econômico é a outra entidade que, ao lado do CADE, compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Está disciplinada no art. 19 da lei nº 12.529/11. Seu objetivo primordial é o de fomentar a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade. O art. 19, da lei em comento, traz várias competências para essa secretaria, tais como:

- (I) Elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

- (II) Elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;
- (III) Propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

### III.II Dos tipos de controle das normas antitrustes

Ao longo da evolução do direito antitruste surgiram duas espécies de normas concorrenciais: as normas de controle de estruturas, as quais têm como *modus operandi* a prevenção das concentrações empresariais, e as normas de controle de conduta, de caráter repressivo.

O direito concorrencial brasileiro um sistema híbrido dessas duas formas de controle desde a lei nº 8.884/94. Esse aspecto híbrido das normas antitrustes brasileiras foi mantido pela lei nº 12.529/11. Assim, Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2012, p. 70), aduzem:

O sistema de tutela da livre concorrência adotado pela Lei n. 8.884/94 e posteriormente seguido pela Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB) possui um duplo enfoque de atuação, qual seja, o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate aos cartéis e ao abuso de posição dominante.

O sistema da lei brasileira é um sistema híbrido. A Lei n. 8.884/94, em seus arts. 20 e 21, prevê as tipificações das condutas infrativas à ordem econômica. Na mesma linha, a NLAB, aprovada em 5-10-2011 e em vigor em 2012, preservou o enfoque híbrido de atuação (condutas e estruturas) e tipificou as infrações à ordem econômica em seu art. 36.

#### III.II.I Do controle de estruturas

Fabio Coelho (1995, p. 5) apresenta o controle das estruturas de mercado como sendo uma das funções do direito antitruste, através do qual não apenas os interesses de empresários prejudicados por condutas anticompetitivas são protegidos, mas também o dos consumidores:

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. [...] o direito

de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

O objetivo das normas estruturais é, conforme se depreende da própria terminologia, o de controlar as estruturas de mercado que propiciam a formação de concentrações empresariais, bem como de outras formas de abuso do poder econômico. Assim, Sarmiento (2018, p. 40), ao apresentar o pensamento de Pereira Neto e Casagrande, expõe o objetivo principal do controle de estruturas nos seguintes termos:

O controle de estruturas, consoante Pereira Neto e Casagrande (2016), tem por escopo minuciar as transformações geradas por operações empresariais nas estruturas dos mercados, de sorte a reprimir a construção de monopólios ou oligopólios que oportunizem o estabelecimento de preços supostamente supracompetitivos. Cuida-se, pois, de uma ação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a qual examina as atividades empresariais com potencial de causar repercussão no desempenho do mercado, estabelecendo limitações nas hipóteses em que os indícios de resultados negativos suplantem circunstanciais benefícios econômicos que também irradiem efeitos sobre os consumidores.

Todavia, para que se compreenda com precisão o *modus operandi* desse controle exercido pelas normas estruturais, se faz necessário, conseqüentemente, que também se defina com precisão no que consiste uma estrutura de mercado, para fins de regulação antitruste.

Quanto ao conceito de estrutura de mercado, Sarmiento (2018, p. 40) aduz que “[...] a estrutura dos mercados é um coeficiente cujo resultado exporá a conduta das empresas que, a seu turno, influencia o funcionamento do setor”. As estruturas de mercados podem ser entendidas, portanto, como sendo um encadeamento de ações dos agentes que compõem o mercado - empresas e consumidores - que influenciam as decisões uns dos outros.

Outrossim, alguns teóricos estruturalistas – assim denominados os defensores das normas de controle de estruturas – geralmente fundamentam as normas estruturais com base na relação Estrutura – Conduta – Desempenho (ECD), a partir do qual, consoante o pensamento de Marina Gama (2005, p. 7):

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau

de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho.

Romanielo (2013), argumenta que o paradigma ECD está fundamentado na tese segundo a qual há uma correlação entre o nível de concentração de determinados setores do mercado e sua performance. Tal correlação, conforme advogam os estruturalistas, evidenciaria que quanto menos concentrações no mercado, melhores seriam os resultados esperados, e menores seriam os números de distorções no bom funcionamento da economia.

Dentro dessa perspectiva, a concentração empresarial é caracterizada como sendo o encadeamento estrutural de empresas independentes, através de institutos como a fusão ou a incorporação de uma ou mais empresas, cujo resultado seja potencialmente prejudicial para os demais concorrentes ou para os consumidores.

Nesse mesmo sentido que a Lei n.º 12.529/2011, em seu art. 90, tipifica as formas de concentrações empresariais.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se **fundem**;  
 II – 1 (uma) ou mais empresas **adquirem**, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;  
 III – 1 (uma) ou mais empresas **incorporam** outra ou outras empresas; ou  
 IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram **contrato associativo, consórcio ou joint venture**.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Em relação ao *modus operandi* do controle de estruturas, conforme Sarmento (2018), nas hipóteses onde houverem fortes indícios de que determinada concentração empresarial poderá gerar resultados negativos no “funcionamento normal” do mercado, o CADE poderá estabelecer limites parciais ou, até mesmo, embargar o procedimento.

Percebe-se, portanto, que as normas que visam o controle das estruturas são eminentemente preventivas, posto que visam garantir que as estruturas de mercado não fomentem ou favoreçam a formação concentrações empresariais consideradas atentatórias à saúde da ordem econômica. Marina Gama (2005, p. 7) elucida essa característica especialmente preventiva do controle de estruturas:

As políticas antitruste elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada. Desta forma, há um temor em relação às estruturas de mercado caracterizadas pela presença de monopólios e oligopólios que, por pressuposto, geram poder de mercado ou capacidade da firma em aumentar seus preços sem incorrer em perda significativa de vendas em decorrência dos bloqueios à entrada.

É oportuno acentuar-se que ao controle de estruturas são feitas algumas ressalvas, tanto por parte de teóricos que se lhe opõem, quanto por parte dos que o advogam. Nesse sentido, segundo Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2012, p. 71) “Cabe salientar que o exagero no controle das estruturas pode gerar consequências negativas, uma vez que proíbe a formação de unidades eficientes para o mercado que poderiam ser benéficas ao consumidor”.

De resto, alguns teóricos liberais, tanto da escola austríaca de economia, quanto da escola de Chicago, têm feito oposição ao controle de estruturas das legislações antitrustes. Deveras, Marina Gama (2005, p. 10) salienta que a “Escola de Chicago” acaba rompendo com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo) ”.

Outrossim, Sarmiento (2018) sintetiza a crítica ao controle de estruturas no fato de que o seu exercício tende a fomentar uma regulamentação discricionária dos atos atentatórios ou não às estruturas de mercado. Com efeito, dada a imprevisibilidade dos fenômenos e do processo de mercado, o controle de estruturas propicia juízos prospectivos equivocados quanto às eventuais concentrações empresariais benéficas aos consumidores.

### III.II.II Do controle de condutas

Conforme outrora mencionado, para além do das normas que visam controlar as estruturas de mercado, há também aquelas que objetivam o controle das condutas anticoncorrenciais. Tratam-se de normas que exercem um controle concorrencial repressivo, ao invés de preventivo. Naturalmente, a aplicação do controle concorrencial repressivo ocorre após o controle preventivo, isto é, do controle de estruturas.

Esse controle repressivo pode ser definido, na esteira de Sarmiento (2018), como sendo um procedimento direcionado ao reconhecimento e sanção de comportamentos (condutas), que sejam potencialmente lesivos à performance do mercado e que, portanto, afetam tanto concorrentes quanto consumidores. Isto posto, tal procedimento é consequência do exercício do poder de polícia, visando embargar prováveis abusos de poder econômico, nos termos do art. 173, § 4º, da lei maior.

O artigo 36 da lei nº 12.529/11 trata das hipóteses de condutas anticoncorrenciais, isto é, de atos passíveis do controle concorrencial repressivo, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

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

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

Quanto a tipificação das condutas anticoncorrenciais, o direito concorrencial brasileiro também adota um sistema híbrido. Para que se entenda no que consiste esse procedimento híbrido, se faz necessário recapitular dois marcos da história do direito concorrencial americano: o momento da aplicação da regra da ilicitude *per se* e o de sua substituição pela *rule of reason* (regra da razão ou regra da razoabilidade). Grosso modo, a ilicitude *per se* considerava o próprio objeto de determinadas ações como sendo anticoncorrenciais. Dessa forma, quaisquer atos de concentração, tais como fusões e incorporações, eram consideradas por si mesmas anticompetitivas. A *rule of reason*, por outro lado, instituiu que determinadas condutas só poderiam ser consideradas ilícitas caso fossem evidenciados os seus potenciais impactos deletérios para a concorrência. A *rule of reason* se tornou o padrão de apreciação das condutas por parte das autoridades antitrustes.

Consoante outrora salientado, conquanto a regra da razoabilidade seja a mais comumente aplicada, é possível perceber, no direito concorrencial brasileiro, um sistema híbrido de aferição das condutas anticoncorrenciais. Sobre esse mister, Sarmiento (2018, p. 52)

De um norte, existem as ações em que se observa a suposta consecução dos propósitos instituídos em lei ou a eminente exequibilidade de sua consumação, em seguida à valoração das restrições concorrenciais em face das fortuitas eficiências – ante uma regra de razoabilidade – que significariam infrações. Doutro norte, de natureza atípica, o CADE tem denotado que determinadas ações podem ser vistas como ilícitas em razão de conterem por escopo as repercussões anticoncorrenciais conjecturada na norma; por outra forma, seriam infrações por objeto.

Diante disso, prossegue o autor citado (2018), a Jurisprudência do CADE tem firmado entendimento no sentido de que a apuração das infrações por objeto (ilicitude *per se*) detém presunção *juris tantum*. Nesses casos, cabe ao investigado comprovar que sua conduta não resultará nas repercussões negativas dispostas na legislação antitruste. As infrações por efeito (*rule of reason*), cabe à autoridade antitruste comprovar os impactos negativos que determinada conduta empresarial produzirá na concorrência e nos consumidores.

Em suma, a eficácia e validade dessas formas de controle são contestadas por alguns teóricos que se opõem ao antitruste. Conforme será abordado de forma mais precisa no próximo capítulo, a ressalva que se faz as formas de controle é que elas ensejam a formação de barreiras ao ingresso de novos concorrentes em determinados setores.

### **III.III Liberalismo x intervencionismo**

Conforme apresentado no capítulo anterior, há alguns autores que fundamentam a existência do antitruste numa suposta prevenção dos males que o livre mercado geraria para si mesmo, caso o governo não adotasse uma política de intervencionismo. Portanto, o direito concorrencial teria como consequência e finalidade a proteção da própria liberdade econômica. Contudo, consoante o que será exposto no presente artigo, essa concepção do papel do estado como agente interventor das relações econômicas resulta de uma confusão entre os fenômenos do liberalismo e do intervencionismo.

Neste sentido, há alguns autores que veem no liberalismo uma defesa de um ideal de absoluta omissão estatal. Assim preleciona Eros Grau (2010, p. 205):

Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

Ademais, Lucena (2018, p. 45), ao comentar o entendimento de Eros Grau, reforça essa perspectiva:

Dessa forma tem-se que a liberdade absoluta, fruto de um Estado absolutamente omissivo, não passa de conjectura ideológica que nunca pôde ser exprimida no campo prático, de modo que o poder estatal sempre teve em maior ou menor grau algum tipo de ingerência sobre a condução da vida privada dos agentes econômicos e sobre seus negócios, por meio do poder de polícia, de fiscalização do Estado. Nesse sentido, a liberdade de iniciativa era mais uma defesa contra os desmandos do poder público e de suas corporações que visavam constantemente cercear a execução desimpedia da atividade empresarial.

Diante dessa impossibilidade de um mercado plenamente livre, alguns pensadores afirmam que a intervenção estatal nas relações econômicas é inevitável e necessária para o bom funcionamento do mercado. Por outro lado, pensadores liberais afirmam que essa concepção é um fruto de um mal-entendido sobre as teses liberais, bem como de uma confusão entre quais ações estatais envolvendo a economia podem ou não serem tidas como intervencionistas.

A concepção liberal foi apresentada no capítulo anterior. Importa nesse momento fazer uma análise da linha de pensamento econômico intervencionista, a fim de expor à qual ordem econômica o direito concorrencial, especialmente o brasileiro, deve sua fundamentação.

### III.III.I O antitruste e sua relação com o intervencionismo

Para Mises (2009), o intervencionismo pode ser definido como um tipo de interferência governamental no mercado. Não se trata, contudo, de qualquer espécie de interferência, mas de efetiva ingerência em vários fenômenos do mercado, tais como: fixação dos preços dos produtos, estabelecimento de padrões salariais, delimitação da taxa de juros, bem como do lucro, dentre outras.

Hayek (2014), argumenta que para os pensadores liberais clássicos, tais como Adam Smith e John Stuart Mill, a interferência estatal consistia no exercício do poder coercitivo do governo além da aplicação normal da lei geral e que se dirigisse à um objetivo específico.

Nesta mesma senda, Zarhan (2013, p. 15) reforça essa abordagem do pensamento liberal clássico, mais especificamente de Adam Smith, quanto ao papel do estado e qual o tipo de ingerência na economia que lhe é permitido exercer, nos seguintes termos:

De um lado, caberia ao Estado o tratamento do mínimo indispensável para a garantia do funcionamento da vida social e política, matéria que pouco se relacionava à esfera privada. [...] Como típico representante do liberalismo econômico, Adam Smith apontaria como funções do Estado apenas as de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, e de dar segurança à coletividade, contra violência e invasão de outras sociedades, e ao indivíduo, por meio de uma adequada administração da justiça.

Por outro lado, em relação ao que o intervencionismo não se trata, Mises (2010, p. 20) argumenta que esse fenômeno não pode ser confundido com a mera estatização de determinada propriedade ou empreendimento. *In verbis*:

A socialização parcial dos meios de produção não nos parece ser intervenção. O conceito de intervenção pressupõe que a propriedade privada não é abolida, que continua existindo de fato, não é uma mera denominação. A nacionalização de uma estrada de ferro não é uma intervenção, mas o decreto que manda uma empresa reduzir as taxas de frete além do que ela pretendia é uma intervenção.

Nesse sentido, o intervencionismo não consistiria na existência ou ausência de propriedades públicas, nem mesmo na implantação de programas sociais, mas sim na vigência de normas restritivas impostas pelo governo aos indivíduos, de sorte que esses não possam dispor plenamente de seus bens, estando, dessa forma, obrigados a empregarem seus recursos conforme os ditames governamentais.

Seguindo essa mesma perspectiva, Zarhan (2013) entende que o desenvolvimento do mercado só pôde se dar plenamente com a instalação do estado moderno, o qual se caracteriza, dentre outras coisas, por uma frequente ingerência em todas as relações civis, das quais se destaca as relações comerciais estabelecidas entre os cidadãos.

Isto posto, o antitruste pode ser precisamente enquadrado como um ramo do direito que é corolário de uma tradição econômica intervencionista. Isso ocorre, pois,

um dos fundamentos do antitruste está na tese de que a concentração de poder econômico nas mãos de poucos, fenômeno típico de uma economia de mercado capitalista, tem como resultado a prática de atos abusivos e atentatórios à concorrência, bem como aos consumidores.

Com efeito, esse é propriamente o entendimento de Clarissa (2014, p. 23), ao abordar a origem americana do direito antitruste:

Num contexto de concentração de poder nas mãos de poucos, de práticas abusivas e atentados à livre-concorrência, surgiram as primeiras leis antitruste nos Estados Unidos, em defesa ao intervencionismo do Estado no mercado. Logo, surgiu o Estado Intervencionista em resposta às calamidades existentes à época e ao desastre do Regime Liberal. O intervencionismo estatal era caracterizado pela atuação do Estado visando evitar os abusos econômicos próprios do Regime Liberal.

Ademais, conforme Saito (2016), as teorias que fundamentaram o direito concorrencial americano resultaram em demasiadas intervenções estatais sobre práticas e estruturas empresariais, inclusive – conforme exposto no capítulo anterior - à revelia de qualquer argumento de eficiência, característica preponderante da aplicação da ilicitude *per se*.

Ainda acerca do caráter intervencionista intrínseco ao direito concorrencial, Lucena (2018, p. 37), embora de forma moderada, aduz no mesmo sentido:

Ou seja, a livre concorrência diz respeito a uma defesa por parte do Estado de um ambiente justo para a livre competição entre os particulares, visando fomentar a natural competição entre eles que por sua vez levará a uma melhoria nos serviços ou produtos que o empresário oferece, sendo dessa forma uma garantia da liberdade do consumidor de escolher o que mais lhe agrada. Para esse fim a intervenção Estatal deve ser cirúrgica, agindo apenas para evitar distorções que possam ocorrer.

Tendo em vista o caráter eminentemente intervencionista do direito antitruste, se faz necessário investigar, nesse momento, pela perspectiva liberal, quais as consequências do intervencionismo estatal no funcionamento do mercado. Essa investigação importa para os fins do presente trabalho, posto que a partir dela será possível averiguar a eficácia do direito antitruste não apenas no combate às alegadas tendências autodestrutivas do livre mercado, mas também sua eficácia na proteção e promoção da própria livre concorrência.

A título de introdução à essa investigação, urge destacar que uma das teses defendidas pelos liberais se fundamenta no pressuposto de que os consumidores são soberanos em uma economia capitalista. A razão dessa tese se assenta no fato de

que, ao comprarem ou deixarem de comprar determinada mercadoria, os consumidores estarão determinando se esta continuará sendo produzida, em que quantidade e com qual qualidade.

Lorio (2013) faz um link do fenômeno da soberania do consumidor com o da concorrência forte, asseverando que essa simbiose só pode ocorrer em uma economia de mercado, na qual vigora a liberdade para empreender e produzir, sem amarras governamentais. Segundo esse economista, onde existe uma competição, isto é, onde variadas empresas tenham que disputar para ver quem agrada mais aos consumidores, pela qualidade dos produtos ofertados, pelos preços ou por ambos, são os consumidores que sempre saem ganhando.

É necessário, outrossim, proceder à análise de formas típicas de intervenção estatal. Um dos principais métodos de ingerência governamental nos fenômenos econômicos é o da fixação dos preços dos produtos. Antes da exposição das eventuais consequências da fixação de preços, se faz indispensável uma compreensão do papel dos preços numa economia de mercado, bem como do *modus operandi* de suas oscilações.

Com efeito, Lorio (2013, p. 35), aborda a questão dos preços nos seguintes termos:

Os preços, portanto, servem como sinalizadores nos mercados, indicando aos seus participantes se suas ações estão corretas e se podem melhorá-las com o decorrer do tempo. Muitos economistas falam sobre preços de equilíbrio, que seriam preços que teoricamente igualariam as quantidades demandadas e ofertadas de um bem. Mas a grande verdade é que no mundo real não existem preços de equilíbrio, porque a economia é dinâmica, a passagem do tempo é um dado que não se pode escapar e a incerteza não pode deixar de ser considerada. [...] Não existem preços de equilíbrio, o que há são preços que estão convergindo para o equilíbrio, em um processo de aprendizagem, de tentativas e erros, conhecido como processo de mercado.

Uma forma clássica de controle de preços ocorre através das tentativas de estabilização monetária. Essa estabilidade monetária é entendida por seus propagadores como uma espécie de invariabilidade do valor de compra de uma unidade monetária, isto é, de uma unidade de determinada moeda. Esse ideal mostrou-se inalcançável, uma vez que a mera alteração na quantidade de bens e serviços altera também o poder de compra da unidade monetária. Essa inevitável variabilidade do poder de compra das unidades monetárias é um dos fundamentos da defesa que Murray Rothbard (2013, 33) faz ao sistema monetário livre:

Alguns teóricos afirmam fervorosamente que um sistema monetário livre não seria sensato, pois “o nível de preço não seria estável”, isto é, o preço da unidade monetária variaria. O dinheiro, dizem eles, supostamente tem de ser um padrão de medida fixo, uma espécie de gabarito que jamais é alterado. Consequentemente, seu valor, ou seu poder de compra, deve ser constante. Mas isso, como já vimos, é uma impossibilidade. Um aumento da quantidade de bens e serviços aumenta o poder de compra do dinheiro. Uma redução nessa quantidade diminui o poder de compra. Se um determinado setor da economia é mais produtivo do que outro setor, seus preços cairão mais. Da mesma forma, uma simples alteração nas preferências dos indivíduos por determinados bens e serviços pode alterar os preços de toda a economia. É, portanto, perfeitamente factível, que, em uma economia normal, preços subam em determinados setores, e caiam em outros. É impossível, portanto, querer que o poder de compra do dinheiro seja imutável.

Portanto, ao intervir de determinadas formas, tais como fixando os preços dos produtos, determinando a taxa de juros e de lucros, bem como outras formas de regulamentações, o estado estaria usurpando para si as prerrogativas do consumidor. Nisso consiste uma das críticas que pensadores liberais da escola austríaca fazem ao intervencionismo. Esse é, a título de exemplo, o entendimento de Mises (2009, p. 48):

Assim todas as medidas do intervencionismo governamental têm por objetivo restringir a supremacia do consumidor. O governo quer arrogar a si mesmo o poder – ou pelo menos parte do poder – que, na economia de mercado livre, pertence aos consumidores.

Sarmiento (2018) apresenta outro fundamento contra o intervencionismo, que consiste no inevitável paradoxo ao qual os adeptos dessa forma de ordem econômica estão atados. Esse paradoxo se apresenta da seguinte forma: os intervencionistas argumentam que os indivíduos não são capazes de conduzirem seus próprios interesses ou de contratarem especialistas que o façam, mas que, por outro lado, são plenamente capazes de escolherem aqueles que decidirão os rumos da economia, através do voto. O paradoxo é acentuado quando se verifica que os fatos apontam no sentido contrário, a saber: que os indivíduos são mais precisos e racionais quando tomam decisões na esfera mercantil, enquanto que, por outro lado, desconhecem as motivações das decisões intervencionistas dos governantes.

Urge ressaltar que, embora o aumento da competição em qualquer setor da economia seja um fenômeno benéfico para os consumidores, a competição *per se* não é o objetivo primordial do liberalismo. Mises (2010) ressaltava que o cerne do pensamento liberal clássico está na propriedade privada. Disso decorre, conforme Mises, que não importa, por exemplo, quantas gravadoras existam, mas que os meios de produção de disco pertençam majoritariamente aos particulares, e não ao governo.

Ou seja, o cerne da questão não é se há muita concorrência, mas se existe a liberdade para concorrer. Essa liberdade deve ser entendida em seu sentido negativo, conforme a exposição do capítulo anterior, significando, portanto, uma ausência de empecilhos estatais à entrada de novos concorrentes. Em suma, Mises arremata sua exposição com a assertiva de que essa confusão quanto ao papel da concorrência na economia de mercado é um dos fatores que influíram na publicação das leis antitrustes.

Retomando o caminho percorrido neste capítulo, infere-se as seguintes características do direito antitruste brasileiro:

1. O SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE);
2. O SBDC adota um modelo híbrido de controle concorrencial: o controle de estruturas e o controle de condutas;
3. Alguns teóricos do direito antitruste confundem a inevitável atuação estatal em determinadas áreas com o intervencionismo;
4. O antitruste é fruto do intervencionismo, e não da mera atuação inevitável do Estado em determinados setores;
5. O intervencionismo, por sua vez, é fruto de uma incompreensão dos fenômenos mercantis, em especial os da variabilidade e dinamismo dos preços dos produtos e do poder de compra da moeda;
6. A perspectiva liberal é a de que não interessa, necessariamente, a quantidade de concorrentes, mas sim a ausência de empecilhos à entrada de novos concorrentes.

## **IV UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E DA EFICÁCIA DO DIREITO ANTITRUSTE**

Conforme demonstrado nos dois capítulos anteriores, o direito antitruste é analisado de formas diversas, por variados autores. As diversas abordagens podem ser adequadamente enquadradas em dois grupos diferentes: (1) a dos que se posicionam a favor de uma legislação antitruste, que é a posição dominante, e; (2) a dos que apresentam fundamentos contra a sua validade e eficácia.

Infere-se, através da revisão da exposição dos capítulos anteriores, pelo menos três fundamentos contra o antitruste, um de ordem histórica, os outros de ordem econômica, quais sejam:

- (I) Uma abordagem histórica alternativa mostra que as concentrações empresariais que deram ensejo à publicação do *Sherman Act* estavam trazendo benefícios, ao invés de prejuízos, aos consumidores;
- (II) O controle de estruturas tende a fomentar juízos prospectivos eivados de erros, enquanto que o controle de condutas cria excessivas barreiras à entrada de novos concorrentes.
- (III) O intervencionismo estatal, que é um dos fundamentos do antitruste, tanto global, quanto brasileiro, é fruto de uma incompreensão dos fenômenos mercantis, e, portanto, é causa de prejuízos à economia.

Dando seguimento à exposição dessa perspectiva alternativa, nesse capítulo serão abordados outros fundamentos do direito antitruste, a saber: (I) a teoria da concorrência perfeita, em relação ao processo de mercado; (II) o apadrinhamento estatal inerente às normas concorrenciais; (III) as possibilidades de fomento de condutas anticompetitivas pela legislação antitruste brasileira.

### **IV.I Concorrência perfeita x concorrência dinâmica**

Partindo do pressuposto de que o escopo primordial do antitruste é a proteção da concorrência, tendo vista sua importância para os consumidores – conforme arguido alhures – urge investigar qual a concepção de concorrência que está por trás do antitruste, e com isso possibilitar uma análise de sua capacidade para atingir os objetivos expressamente pretendidos. Nesse sentido, conforme já apresentado no

primeiro capítulo deste trabalho, o objetivo pretendido pelas autoridades antitrustes é alcançar a chamada concorrência perfeita.

O ideal de concorrência perfeita está assentado na pressuposição de que a competição é um fenômeno estático. Conforme já apresentado no capítulo primeiro, essa concepção estática da concorrência consiste na crença segundo a qual em determinado momento haveria pleno equilíbrio entre as ofertas de todos os concorrentes e as demandas de todos os consumidores, de sorte que não existiria espaço para uns poucos concorrentes se sobressaírem em relação aos demais.

Tomando esse ponto de partida, já é possível vislumbrar um conflito de visões entre a perspectivas dos proponentes do antitruste e os seus antagonistas quanto a natureza mesma do fenômeno “concorrência”. Sobre essa disparidade de concepções, Sarmiento (2018), expõe o argumento de que os teóricos adeptos ao direito antitruste fazem uma análise desacertada da concorrência, ao tomarem-na como um fenômeno de mercado estático, e, portanto, passível de controle.

Do lado oposto, prossegue o autor citado (2018), os teóricos da Escola Austríaca de economia consideram a concorrência como um processo ativo, dinâmico e, por isso mesmo, indeterminado de disputas, bem como de exploração incessantes. A concorrência entendida nesses termos é conflitante com a intervenção estatal, posto que esta pode ser uma barreira ou, até mesmo, uma supressão do processo de concorrência orgânico.

Outrossim, a chave para entender o cerne da crítica que se faz ao ideal de concorrência perfeita, por parte dos que se opõem ao direito antitruste, está na compreensão do fenômeno chamado “processo de mercado”. Com efeito, o processo de mercado consiste, em síntese, no conjunto de mudanças sistemáticas que ocorrem no mercado, fruto da ignorância inicial de seus participantes.

Nesse sentido, os iniciantes no mercado ignoram as decisões uns dos outros. Se assim não fosse, cada participante saberia exatamente o que fazer, ou seja, saberia quais decisões seriam precipitadas, e quais seriam oportunidades de empreendimentos com certeza de sucesso. À primeira vista, tal cenário parece benéfico, até mesmo salutar, tanto para a concorrência, quanto para os consumidores. Todavia, essa situação traz consigo alguns problemas, a seguir apresentados.

Nesta senda, ao conjecturar acerca da estrutura do mercado na qual não houvesse qualquer resquício dessa ignorância, Kirzner (2012, pp. 20-21) argumenta

que a consequência, inexorável, seria o fim do próprio processo de mercado, que, por sua vez, dá razão de ser à própria concorrência:

Teríamos então um padrão de decisões perfeitamente encaixadas. Nenhuma decisão tomada deixaria de ser concretizada, e nenhuma oportunidade deixaria de ser explorada. Cada participante do mercado teria previsto corretamente todas as decisões pertinentes dos outros; teria elaborado seus planos sabendo perfeitamente o que não será capaz de fazer no mercado, mas ao mesmo tempo plenamente desperto para o que é capaz de fazer no mercado. Evidentemente, com tal estado de coisas, o processo de mercado deve cessar imediatamente. Sem mudanças autônomas em gostos, ou em possibilidades tecnológicas, ou na disponibilidade de recursos, ninguém pode ter o menor interesse em alterar seus planos para os períodos subsequentes. O mercado está em equilíbrio; o padrão da atividade de mercado continuará sem mudanças período após período.

À essa ignorância inicial, segue-se um período em que os participantes adquirem certo *know-how*, de sorte que vendedores e compradores reveem suas ofertas à luz das informações e conhecimentos novos, o que inclui o *modus operandi* da concorrência. Ademais, diante da necessidade de ser melhor que os outros competidores, e de concomitantemente evitar criar um produto mais custoso que o necessário, o processo competitivo do mercado força os seus participantes a se utilizarem do máximo de suas capacidades afim de atuarem lucrativamente do mercado (KIRZNER, 2012)

Nesse sentido, o equilíbrio de mercado inerente ao ideal de concorrência perfeita teria como consequência a estagnação do processo competitivo do mercado. Esse é um dos pontos centrais da análise de Kirzner (2012, pp. 22-23):

Devesse esse processo competitivo seguir seu curso até a completude — em outras palavras, devessem todas as decisões encaixar-se completamente — cada participante não estaria mais sob a pressão de melhorar as oportunidades que ele está atualmente oferecendo no mercado, já que ninguém mais estaria oferecendo oportunidades mais atraentes. Assim, com decisões totalmente encaixadas, os participantes podem perfeitamente continuar a oferecer oportunidades paralelas ao resto do mercado, período após período. É desnecessário, nessas circunstâncias, que cada participante se adiante aos seus competidores (quanto à atratividade das oportunidades oferecidas), já que todos os planos atuais podem ser concretizados no mercado sem frustração. Essa situação de equilíbrio de mercado é certamente uma situação onde a competição não é mais uma força ativa. A cessação do processo de mercado que, já vimos, é uma característica do estado de equilíbrio, é a cessação do processo competitivo.

Outrossim, para Catão e Cavalcanti (2017, p. 188), o equívoco da concorrência perfeita se encontra no fato de que ela olvida o fenômeno da concorrência como sendo uma força endógena do mercado, isto é, como um processo cujo movimento é responsável pela formação dos preços, bem como de outras variáveis que influenciam

o resultado final do produto ou serviço ofertado ao consumidor. Ainda conforme os autores supracitados (2017), os proponentes desse modelo de concorrência ignoram não ser o mercado um dado fixo e revelado, mas sim, conforme outrora exposto, um processo de mutação contínua, no qual seus participantes cometem erros e os corrigem de forma gradual.

Reinsman (1998, pp-433;437), reforça o fato de que, na prática, o ideal de concorrência perfeita só pode resultar na dissolução da própria concorrência, sendo, portanto, um ideal platônico:

O que a doutrina da “pura e perfeita concorrência” procura é a abolição da concorrência entre os produtores. Seu “ideal” é um estado em que nenhum produtor é capaz de tirar qualquer negócio de outro produtor. [...] Este “conceito” divorciado da realidade, este “ideal de perfeição” platônico, retirado da inexistência para servir de “padrão” para julgar a existência, é uma das principais razões pelas quais empresários foram aprisionados ou impedidos de se expandir, e porque o progresso econômico foi retardado e a melhoria do bem-estar material do homem significativamente reduzida.<sup>1</sup>

Outro aspecto crítico que os proponentes da concorrência perfeita ignoram diz respeito a natureza mesma da concentração empresarial, bem como de seu real impacto na concorrência. Conforme já apresentado no capítulo anterior, o que importa não é, necessariamente, o número de competidores no mercado, mas que haja liberdade para a entrada de novos concorrentes.

Sobre esse mister, ao tratar das circunstâncias que levaram à publicação do Sherman Act, Sarmiento (2018, pp. 58), apresenta o fato de que a concentração empresarial não possui para com a competitividade uma relação direta e proporcional:

[...] A dimensão das corporações não possuía conexão com a presença de concorrência deste, de sorte que por mais que uma esfera do mercado estivesse passando por concentração, não traduziria, isoladamente, a extinção da concorrência, havendo potencial de ser, ao avesso, a intrínseca natureza do processo concorrencial ativo e indeterminado. A concorrência não concerne à quantidade, mas à liberdade de entrada. É executável que haja elevada concentração empresarial com uma eficiente e abundante competição, ao passo que também o será a reduzida concentração empresarial com inexistência de competição.

---

<sup>1</sup> “what the “pure and perfect competition” doctrine seeks is the abolition of competition among producers. Its “ideal” is a state in which no producer is able to take any business away from another producer. [...] This “concept” divorced from reality, this platonic “ideal of perfection” drawn from non-existence to serve as the “standard” for judging existence, is one of the principal reasons why businessmen have been imprisoned, major corporations broken up and others prevented from expanding, and why economic progress has been retarded and the improvement of man’s material well-being significantly undercut. (REINSMAN, 1998, pp-433;437)

Diante de tais fatos, a saber, que a concentração empresarial não guarda para com a concorrência uma relação de causa e efeito, por um lado, e que as tentativas de proteção da concorrência tendem a paralisar o próprio processo concorrencial, torna-se perceptível que o ideal de concorrência perfeita é não apenas irreal, mas até mesmo prejudicial para o mercado.

Ainda quanto à irrealidade da concorrência perfeita, Kirzner (2000, p. 11) argumenta que ela se traduz na tentativa de alcançar um mercado no qual nenhum participante possuísse poder de influência no preço e na qualidade dos produtos:

A concorrência “perfeita” veio a significar uma situação de mercado na qual nenhum participante possui qualquer poder de influenciar o preço ou a qualidade do produto. As condições necessárias para definir tal situação perfeita são, como seria de se esperar, completamente irrealis, incluindo (como vimos no primeiro desta série de artigos) informações perfeitas e universais sobre todos os atuais e potenciais eventos do mercado.<sup>2</sup>

Sarmiento (2018) assevera que o uso da concorrência perfeita como paradigma é tão inapropriado para se entender o mercado real, que a consequência da adequação do mercado a esse modelo seria a eliminação da própria concorrência. Nessa mesma senda, Hayek (1948, p. 105), ao tratar da competição perfeita, aduz:

A lição prática disso tudo, eu penso, é a de que devemos nos preocupar muito menos se, em determinado caso, a competição é perfeita, do que se há competição, afinal de contas. O que nossos modelos teóricos de indústrias separadas escondem é que, na prática, uma lacuna muito maior divide a competição da não competição do que a competição perfeita da imperfeita. Ainda assim, a tendência no debate atual é ser intolerante com as imperfeições da competição e silenciar sobre a proibição de competir.<sup>3</sup>

Leandro Roque (2010, online), entende que o modelo de concorrência perfeita traz consigo a própria desconsideração da propriedade privada:

Marx criticava o capitalismo apenas por causa da existência dos lucros. Já a teoria da concorrência perfeita o faz porque os empreendedores se recusam a sofrer prejuízos. Os seguidores dessa teoria — normalmente, professores

<sup>2</sup> “Perfect” competition therefore came to mean the situation in markets where each and every participant lacks any power whatever directly to influence product quality. The conditions needed to define such a perfect situation are, as we would expect, completely unrealistic, including (as we saw in the first in this series of articles) universal perfect information concerning all current market events and potential events. (KIRZNER, 2000, p. 11)

<sup>3</sup> The practical lesson of all this, I think, is that we should worry much less about whether competition in a given case is perfect and worry much more whether there is competition at all. What our theoretical models of separate industries conceal is that in practice a much bigger gulf divides competition from no competition than perfect from imperfect competition. Yet the current tendency in discussion is to be intolerant about the imperfections and to be silent about the prevention of competition. (HAYEK, 1948, p. 105)

de microeconomia — não centram suas reclamações no fato de que os empreendedores estão auferindo lucros excessivos por meio de algum tipo de monopólio; sua reclamação está no fato de que eles "monopolisticamente" se recusam a vender a preços que lhe tragam prejuízos. Consequentemente, levando tal teoria ao extremo, nenhuma propriedade é realmente privada. As empresas na verdade pertenceriam à "sociedade", que, no máximo, estaria concedendo a gerência a um empreendedor privado. A "sociedade" tem o direito à propriedade do empreendedor e ao produto de seu trabalho, mas permite que ele continue na gerência desde que a "sociedade" receba aquilo que os professores de microeconomia consideram ser o máximo benefício possível.

A título de conclusão, Catão e Cavalcanti (2017, p. 193) arrematam com a assertiva segundo a qual “em verdade, o modelo ideal buscado pela doutrina concorrencial visa, em última instância, a abolir o elemento mais essencial do livre mercado – afinal, a “concorrência perfeita” é, tão somente, a ausência de concorrência”. Não obstante o ideal de concorrência perfeita ser primordial para fundamentação do antitruste, há outras razões de ser para esse tipo de regulação estatal.

#### **IV.II A instrumentalização do protecionismo antitruste**

Foi apresentado, no primeiro capítulo desse trabalho, uma perspectiva alternativa da origem do direito antitruste. Essa alternativa revela uma tradição protecionista que começou com a lei *Sherman Act*, nos Estados Unidos, e que pode ser percebido no direito antitruste brasileiro atual. É imperioso retomar a análise iniciada no capítulo primeiro, para fins de elucidação do fenômeno do protecionismo, ou apadrinhamento estatal, e também de como ele pode ser instrumentalizado de forma prejudicial ao mercado.

A título de introdução, pode-se com precisão estabelecer uma conexão direta do intervencionismo típico das políticas e legislações antitrustes – tema já abordado na parte final do capítulo anterior – com o protecionismo ora em comento. Deveras, é o interesse em encastelar e proteger a competição que faz com que o antitruste fundamente a intervenção estatal no processo de mercado.

Luiz Buchain (2014, 238), rememora o fato, já extensamente apresentado, de que a proteção da concorrência é o objetivo primordial e comum a qualquer legislação antitruste e que, por seu turno, deu ensejo a regulação estatal:

As adoções dessas ideias por diferentes países correspondem a diferentes objetivos à política de concorrência sem que, no entanto, deixe-se perder de

vista a existência da ideia central expressada pela garantia e manutenção do processo competitivo, por meio da livre concorrência ou a proteção da concorrência eficaz. [...] Inicialmente, essa preocupação determinou a tendência à proteção do pequeno negócio cuja subsistência, muitas vezes, depende da eliminação (ou regulação) dos conflitos gerados pelo poder das grandes empresas e os objetivos da maximização da eficiência econômica e do bem-estar do consumidor.

Ademais, alguns teóricos não apenas reconhecem que o antitruste dá ensejo a um comportamento protecionista do estado, como também reforçam a necessidade desse tipo de intervenção. Forgioni (2015, p. 188), por exemplo, não vê no antitruste um instrumento correção de falhas de mercado apenas, mas, do mesmo modo, como um instrumento de intervenção sistemática:

Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como “meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia”. Ou seja, o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado instrumento ou meio de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema. Vale a referência às palavras de Siro Lombardini, mencionando um dos objetivos que pode ser perseguido mediante a aplicação da Lei Antitruste: “oferecer um instrumento para que as administrações públicas possam orientar as decisões dos grandes grupos de empresas para realizar o processo de desenvolvimento tido como possível e desejável”.

Prosseguindo, André Ramos (2014) ao apresentar o pensamento dos teóricos críticos das legislações antitrustes, aduz que o protecionismo antitruste se encontra no fato de que sua origem não guarda relação com a proteção da economia de livre mercado – entendida como a simbiose entre livre concorrência, livre iniciativa, propriedade privada e soberania do consumidor –, mas com tutela do interesse de determinados grupos empresariais, os quais experimentavam perda de espaço para outras empresas mais competentes e empreendedoras.

Um dos setores mais prementes da atuação protecionista diz respeito as barreiras que são impostas à entrada de bens e serviços de concorrentes estrangeiros no território nacional. Por certo, Alvarenga (2019, p. 68) alega que “sob o prisma consumerista, o protecionismo impede o acesso livre a bens e serviços melhores e mais baratos das empresas estrangeiras”.

O objetivo alegado desse tipo de intervenção é a proteção da concorrência nacional. Seu ponto nevrálgico, conforme Sarmiento (2018, p. 81), é o de que acaba por estorvar os consumidores no exercício de sua liberdade ao limitar as empresas com as quais será possível manter relações contratuais:

Sob o horizonte do consumidor, a citar, é límpido que o protecionismo causa danos em razão de que obstaculiza a entrada de bens e serviços de qualidade superior e a um custo reduzido ofertados pelas corporações estrangeiras, compelindo-o a utilizar bens e serviços de qualidade inferior e custo elevado fabricados pela indústria pátria. Independentemente da alegação de que os bens e serviços protegidos não são, em todo tempo, inferiores e dispendiosos, é incontestado o dano causado pela conduta protecionista ao consumidor, visto que toma deste, autoritariamente, a liberdade de escolha das corporações com as quais contratará.

Sob esse prisma, Adam Smith (1996, p. 438) entendia que as tentativas de apadrinhamento do mercado interno eram inúteis ou prejudiciais, posto que, se determinado produto ou serviço interno fosse tão ou mais barato que o estrangeiro, a proteção não faria sentido, por um lado; se fosse mais caro, a medida protetiva seria evidentemente danosa, por outro lado:

Se os produtos fabricados no país podem ser nele comprados tão barato quanto os importados, a medida é evidentemente inútil. Se, porém, o preço do produto nacional for mais elevado que o do importado, a norma é necessariamente prejudicial. Todo pai de família prudente tem como princípio jamais tentar fazer em casa aquilo que custa mais fabricar do que comprar. O alfaiate não tenta fazer seus próprios sapatos, mas compra-os do sapateiro. O sapateiro não tenta fazer suas próprias roupas, e sim utiliza os serviços de um alfaiate. O agricultor não tenta fazer ele mesmo seus sapatos ou sua roupa, porém recorre aos dois profissionais citados. Todos eles consideram de seu interesse empregar toda a sua atividade de forma que auferam alguma vantagem sobre seus vizinhos, comprando com uma parcela de sua produção – ou, o que é a mesma coisa, com o preço de uma parcela dela – tudo o mais de que tiverem necessidade. O que é prudente na conduta de qualquer família particular difícil para mente constituirá insensatez na conduta de um grande reino. Se um país estrangeiro estiver em condições de nos fornecer uma mercadoria a preço de mais baixo do que o da mercadoria fabricada por nós mesmos, é melhor comprá-la com uma parcela da produção de nossa própria atividade, empregada de forma que possamos auferir alguma vantagem.

Destarte, o efeito alcançado com o protecionismo é o oposto do pretensamente almejado. De fato, Alvarenga (2019) aduz que as diversas restrições intervencionistas, tais como regulações, burocracias e alta carga tributária, acabam por proteger quem já está no mercado e que institutos como concessões, licenças, patentes, bem como outras espécies de tarifas, não apenas são causa do surgimento, mas também do sustento de monopólios já existentes, posto que embargam a entrada de novos concorrentes.

O mesmo autor (2019, p. 73) progride seu pensamento, argumentando que tais políticas são prejudiciais não apenas para a concorrência, mas para os consumidores, inevitavelmente:

Políticas de intervenção barram a livre entrada e saída de empresários ao mercado e, como consequência, tem-se uma drástica diminuição da concorrência. No final, quem possui menos opções de bens e serviços e, claramente, redução de seu bem-estar, é o próprio consumidor. Em um só ato, prejudica-se os consumidores e a livre competição entre os agentes empresariais. Ademais, como demonstrado neste trabalho, as práticas intervencionistas fazem a manutenção daquilo que a própria legislação antitruste busca combater: monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis, que são mantidos por meio de adoção de práticas protecionistas e concessões de exclusividades (como os chamados setores de monopólio natural, não explorado neste trabalho), criando regulamentações e restrições de entrada e saída, como burocracias, impostos etc.

Ainda sobre a importância da entrada de capital e investimentos estrangeiros, Mises (2009, p. 80) mostra que foi justamente esse tipo de investimento – no caso em comento, capital britânico –, durante a revolução industrial, que possibilitou o desenvolvimento e a elevação do padrão de vida de outros países europeus menos ricos e desenvolvidos que a Inglaterra:

Sem esse investimento de capital, as nações menos desenvolvidas que a Grã-Bretanha teriam sido obrigadas a iniciar seu desenvolvimento utilizando-se dos mesmos métodos e tecnologia usados pelos britânicos em princípio e meados do século XVIII. Seria preciso procurar imitá-los lentamente, passo a passo. E sempre se estaria muito aquém do nível tecnológico da economia britânica, de tudo o que os britânicos já tinham realizado.

Teriam sido necessárias muitas e muitas décadas para que esses países atingissem o padrão de desenvolvimento tecnológico alcançado, mais de um século antes, pela Grã-Bretanha. Assim, o investimento externo constituiu-se num fator preponderante de auxílio para que esses países iniciassem seu desenvolvimento. O investimento externo significava que capitalistas investiam capital britânico em outras partes do mundo. Primeiro, investiram-no naqueles países europeus que, do ponto de vista da Grã-Bretanha, se apresentavam como os mais carentes de capital e os mais atrasados em seu desenvolvimento. É do conhecimento de todos que as estradas de ferro da maioria dos países da Europa – e também as dos Estados Unidos – foram construídas com a ajuda do capital britânico.

De igual modo, as políticas protecionistas não são deletérias à livre-concorrência meramente por criar barreiras à entrada de capital e concorrentes estrangeiros no mercado nacional, mas também por ser potencialmente instrumentalizada por agentes politicamente bem relacionados, para fins de estorvamento da entrada de novos concorrentes mais eficientes.

Nesse sentido, Thomas DiLorenzo e Boudreaux (1993) expõe o fato de que, desde sua origem, o direito antitruste serviu de instrumento protecionista para as empresas pouco competitivas, porém com capital político forte, ao fornecer-lhes as ferramentas necessárias para o processamento de seus concorrentes, por praticarem

atos que lhes são prejudiciais, como redução de preços, inovação, criação de produtos novos, bem como aumento da produção.

Recapitulando a exposição histórica do antitruste, Thomas DiIorenzo (1985, p. 81) analisou de forma mais detida essa instrumentalização do antitruste desde a sua origem, *ipsis verbis*:

Assim, o Congresso reconheceu que os trustes eram na verdade responsáveis por trazer melhoras para o consumidor, baixando preços imensamente. Os congressistas faziam objeção, porém, ao fato de que empresários (“homens honestos”) menos eficientes (menores) estavam sendo retirados do mercado<sup>4</sup>.

Progride o autor (1985, p. 85), expondo os fatos de, por um lado, o *sherman act* ter sido uma legislação com particular interesse para determinadas empresas, por outro, tratar-se de uma lei com dois objetivos principais, o primeiro dos quais foi:

[...] Isolar certos grupos, especialmente pequenas empresas, dos rigores da concorrência. Se os trustes estivessem restringindo a produção (ou diminuindo sua expansão) e aumentando preços, pequenas empresas não reclamariam, pois elas se beneficiariam desse fato. Esse ponto é de considerável importância. É sabidamente reconhecido que pequenas empresas sempre iniciaram os processos antitruste contra seus concorrentes maiores (e geralmente mais eficientes)<sup>5</sup>

Igualmente, Sarmiento (2018) realça o fato de que as normas antitruste podem ser manobradas com objetivos escusos, como, a título de exemplo, prestar socorro às empresas que fracassaram no processo competitivo. Um exemplo clássico desse tipo de suspensão da norma antitruste em benefício de empresas em processo de falência é a aplicação da chamada *Failing Firm Defense*, a qual é definida por Everton Gonçalves (2019, pp. 17-18) nos termos a seguir:

A teoria da *Failing Firm Defense* (FFD) é utilizada na solução de conflito de interesses entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a este último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira. [...] Em vista da importância social da empresa, a Teoria da FFD possibilita a aprovação de certos atos de concentração, normalmente, reprováveis ou sujeitos às

<sup>4</sup>“Thus the congress acknowledged that combinations were actually responsible for improving the lot f consumer by dropping prices ‘immensely’. They objected, however, to the fact that less efficient (smaller) businessmen (‘honest men’) were driven out of business.” (DiLORENZO, 1985, p. 81)

<sup>5</sup>“[...] Isolate certain groups, especially small business, from the rigors of competition. if the trusts were restricting output (or slowing its expansion) and raising prices, small businesses would not have objected, for they would have benefited from the (higher) price umbrella. this point is of considerable importance. it is widely acknowledged that small businesses have always initiated antitrust case against their larger (and often more efficient) competitors.” (DiLORENZO, 1985, p. 81)

restrições, pelo Órgão de proteção à concorrência, em razão de grave crise econômica empresarial.

Outro aspecto vulnerável do protecionismo é estatal consiste na sua inaplicabilidade em graus inferiores da escala social. Com efeito, Sarmiento (2018), ao tratar desse ponto, desenvolve a seguinte linha de raciocínio: na hipótese de o protecionismo ser benéfico ao encastelar a indústria nacional, visando obstaculizar a entrada de corporações estrangeiras, seria, necessariamente, também benéfico proteger a indústria nordestina da concorrente sulista, assim como, dentro do Nordeste, salvaguardar a indústria pernambucana da paraibana.

O resultado final inexorável desse escalonamento descendente seria grupos de famílias isoladas, sustentando-se meramente com aquilo que produzem, sem celebração de contratos e pactos sociais com outros indivíduos, famílias ou grupos. Ademais, essa espécie de convivência humana, exteriorizada na forma de contratos, pactos, convênios dentre outros, é parte de um processo natural de saída do primitivismo em direção à civilização, conforme Ortega y Gasset (2016).

#### **IV.III O fomento de monopólios pela ação antitruste**

Não obstante o antitruste tenha surgido com o alegado objetivo de embargar a formação de monopólios no mercado, na prática, sua aplicação resultou em consequências contrárias a tal objetivo. Com efeito, pode-se dizer que a ação estatal, através das agências reguladoras, fomenta a criação de monopólios de duas formas principais:

- (I) Concedendo a exploração monopolística de determinado setor do mercado, com fundamento na teoria dos monopólios naturais;
- (II) Pela criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, através do controle de estruturas e condutas, que fundamentam à excessiva regulação, resultando na formação de novos monopólios.

Grosso modo, conforme o pensamento majoritário, um monopólio natural ocorre quando determinado setor da economia possui custos fixos demasiadamente elevados, enquanto que os custos marginais e variáveis são pequenos. Em virtude disso, de acordo com Mariana Abreu (2011, p. 29), trata-se do “caso em que apenas uma empresa ofertando para o mercado é mais eficiente que várias empresas

concorrendo, ou seja, o custo dessa única empresa para abastecer o mercado é menor do que se houvessem várias”.

Nesta senda, o transporte público é considerado um monopólio natural. Tomando, por exemplo, o caso do metrô: não importa se 1.000 (mil) ou 100.000 (cem mil) passageiros vão se locomover através desse tipo de transporte, o custo fixo, isto é, o custo de construir a ferrovia será o mesmo; por outro lado, os custos variáveis, como os gastos para impressão dos bilhetes das passagens, são baixíssimos.

Tais empreendimentos possuem uma economia de escala e, portanto, necessitam de um grande número de clientes para se manterem economicamente viáveis. Diante de tal situação, o estado – influenciado por vários economistas – entende que a concorrência seria prejudicial para economia nesses casos, posto que um maior número de competidores resultaria em um gasto de produção maior e, conseqüentemente, elevaria o preço dos produtos ou serviços ofertados.

Alguns teóricos entendem que os monopólios naturais são caracterizados por uma impossibilidade física de serem executados quando há concorrência. Assim aduz Clarissa Alves (2014, 53):

Tal impossibilidade tem como consequência a máxima efetivação da produção somente com a exclusividade do agente econômico, onde apenas uma empresa pode produzir qualquer quantidade de produto a um custo menor, aumentando a eficiência competitiva.

Portanto, tais monopólios são tidos por naturais, pois a monopolização da oferta desses serviços é considerada um pressuposto de viabilidade econômica. Com isso, o estado concede a poucas empresas o privilégio de explorar economicamente bens de utilidade pública, tais como água, energia, transporte, saneamento básico e outros, porém sob forte regulação das respectivas agências reguladoras. Sarmiento (2018, p. 83) sintetiza esse fato:

Para esses ramos, logo, escuda-se a intervenção estatal com o fito de executar diretamente a devida ação, mediante empresas estatais, ou de outorgar um monopólio a uma corporação privada que, em contraparte à regalia legal angariada, experimentará uma intensa regulação.

O problema da teoria dos monopólios naturais é o de que, caso existissem de fato, seu desenvolvimento ocorreria de forma espontânea, sem a necessidade de intervenção estatal para assegurar-lhe a saída do processo competitivo. DiLorenzo (1996, p. 44) ressalta que “não há evidências de que a história do "monopólio natural"

ocorreu na prática - de um produtor que atinge custos médios mais baixos no longo prazo do que outros na indústria e, assim, estabeleça um monopólio permanente".<sup>6</sup>

Prossegue o mesmo autor (1996) aduzindo que, ao final do século XIX, era o predominante o entendimento econômico segundo o qual as chamadas economias de escala não eram vistas como uma necessidade monopolística, como uma virtude competitiva do processo de mercado. Os monopólios, por outro lado, eram considerados consequência da intervenção estatal que, dentre outros meios, concedia a algumas empresas uma proteção especial (já outrora analisada), bem como contratos de exclusividade.

Para legitimar essa intervenção estatal, era necessário que se desenvolvesse uma teoria econômica capaz de lhe dar fundamento. É dessa necessidade que surge a teoria dos monopólios naturais. Com efeito, DiLorenzo (1996) argumenta que o fomento dos monopólios por parte dos estados ocorreu antes do surgimento da teoria, a qual foi desenvolvida por intelectuais de mentalidade intervencionista. Nessa senda, a teoria dos monopólios naturais foi utilizada como fundamento *ex post* para a interferência estatal.

Outro fundamento contra a existência de monopólios naturais reside no fato de que, conforme Sarmiento (2018), numa economia de livre mercado os setores que exploram bens de utilidade pública encontram-se desobstruídos à entrada de novos concorrentes. Tal desimpedimento, por seu turno, tende exercer pressão sobre as corporações para que reduzam seus gastos fixos e variáveis, com fito de não prescreverem preços elevados e, destarte, poderem angariar novos clientes.

Em contrapartida, a inexistência de ameaça concorrencial, caracterizada pela instituição de monopólios naturais, desestimula o racionamento de custos, bem como o aperfeiçoamento dos produtos ou serviços. O resultado desse estímulo é, naturalmente, a elevação contínua dos preços e a falta de impulso necessário às inovações tecnológicas.

Outrossim, foi alegado no começo deste tópico que o direito antitruste é, de forma paradoxal, potencialmente fomentador de monopólios, tanto pela criação de monopólios naturais, quanto pelo estabelecimento de barreiras à entrada de novos concorrentes em determinados setores do mercado, através das agências reguladoras.

---

<sup>6</sup> There is no evidence of the "natural monopoly" story ever having been carried out-of one producer achieving lower long-run average total costs than everyone else in the industry and thereby establishing a permanent monopoly. (DiLORENZO, 1996, p. 44)

O estabelecimento dessas barreiras obedece ao procedimento a seguir exposto. Conforme Nusdeo (2001), o progresso tecnológico tende a diminuir a escala eficiente de produção de determinado monopólio natural, através da redução dos custos fixos e, portanto, de seu impacto no custo total do serviço ou produto. Com isso, a sua caracterização como monopólio natural perde sentido.

O fim de determinados monopólios naturais resulta, por vezes, em suas respectivas privatizações. Ocorre que essa fase de privatizações, ao contrário do que normalmente se pensa, não é fruto de uma guinada liberal, posto que vêm ligada à uma acentuada ingerência por parte das agências reguladoras (SARMENTO, 2018).

Por conseguinte, a regulamentação dessas privatizações se fundamenta na teoria de que, face à omissão estatal, o mercado está sob a ameaça de que os outrora monopólios estatais transformem-se em monopólios privados. Consoante Rodrigo Cavalcanti (2014, p. 91), o objetivo das agências regulatórias é, precisamente, analisar prévia esses riscos de concentrações empresariais:

Dessa forma, a análise prévia dos atos de concentração se mostra como uma das relevantes funções das agências antitruste, tendo em vista principalmente o desenvolvimento através da garantia do bem-estar do consumidor, ou seja, de toda a população, em face dos riscos e problemáticas que lhe são intrinsecamente decorrentes, especialmente se falamos de grandes empresas com poder de mercado.

À vista disto, visando proteger o mercado dessas monopolizações, as agências reguladoras, de forma contrastante ao seu escopo, prescrevem uma série de barreiras à entrada de novos concorrentes, através, dentre outras ações, do controle de estruturas e de condutas, bem como do estabelecimento dos preços (SARMENTO, 2018).

Ademais, André Ramos (2015, pp. 198-199), ressalta o fato de que as agências reguladoras são passíveis de instrumentalização dos interesses de alguns empresários, posto que:

[...] as empresas reguladas conseguem convencer facilmente o regulador a aprovar barreiras regulatórias porque seus interesses, que são muito mais específicos e organizados, tendem a prevalecer sempre sobre os interesses dos consumidores, que são normalmente difusos e, conseqüentemente, possuem dificuldade em obter uma mobilização organizada em seu favor. E, no Brasil, há ainda um agravante: quem poderia agir em defesa desses interesses difusos, como o Ministério Público e as associações consumeristas, normalmente o fazem pedindo mais intervenção, e não mais liberdade econômica. Assim, o “mercado político” da regulação acaba sendo dominado pelas empresas reguladas, que pautam sua atuação em prol da

regulação sempre com o objetivo de restringir ou impedir a concorrência nos setores regulados.

Em suma, o direito antitruste guarda as seguintes características: (I) está fundamentado na teoria da concorrência perfeita; (II) seu *modus operandi* é caracterizado pela proteção às empresas anticompetitivas, porém com capital político forte; (III) não se trata de uma defesa do próprio livre-mercado, como alguns teóricos sugerem, mas resulta de uma perspectiva puramente intervencionista da economia; (IV) fomenta monopólios através da concessão do benefício de exclusividade de exploração de determinados produtos e/ou serviços à determinadas corporações, com fundamento nos monopólios naturais, bem como através da excessiva regulamentação que embarga o ingresso de novos competidores.

## V CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo primordial analisar os reais fundamentos do direito antitruste brasileiro e, a partir dessa análise, averiguar em que medida as normas do direito concorrencial são eficazes para a promoção e a proteção de um sistema econômico livre de embaraços à concorrência.

Com esse fim em vista, fez-se uma exposição dos fatores históricos que impulsionaram o surgimento das primeiras legislações antitrustes. Nessa senda, partindo do Canadá, passando pelos Estados Unidos e, por fim, chegando ao Brasil, percebeu-se que a origem das primeiras leis de proteção da concorrência pode ser observada por dois prismas diferentes.

Uma primeira forma de analisar o surgimento do antitruste ao final do século XIX, diz que ele foi fruto de um intenso processo de concentrações empresariais que resultaram na formação de monopólios, oligopólios e cartéis, os quais, por sua vez, detinham o poder de fixar discricionariamente os preços e a oferta dos produtos e serviços.

Uma segunda perspectiva, minoritária, defende que a despeito do final do século XIX ter sido marcado por esse processo de concentrações empresariais, deste processo não resultou a monopolização de determinados setores do mercado, tampouco a elevação de preços e fixação da oferta de produtos e serviços, antes, redundou em benefícios para os consumidores.

Assim, foi exposto que, de acordo com os proponentes dessa perspectiva alternativa, o surgimento do antitruste está ligado ao interesse de empresários menos competitivos – porém com significativa influência política –, em se utilizarem da força coercitiva do estado para prejudicarem seus concorrentes, bem como angariarem para si privilégios comerciais.

Em seguida, demonstrou-se que um outro fundamento do direito antitruste, em especial o brasileiro, consiste numa presumida litigância entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Os teóricos do antitruste argumentam que numa economia de livre mercado, caracterizada pela ausência de regulamentações e intervenções estatais, o sistema tende a corromper-se e, forçosamente, a criar barreiras à entrada de novos concorrentes. Em face de tal disfunção do livre mercado, a livre concorrência serviria como contrapeso necessário.

Em seguida foram abordadas peculiaridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem como as competências e atribuições de cada um de seus órgãos. Foi demonstrado que o antitruste brasileiro aplica um regime híbrido de controle concorrencial, posto que na lei nº 12.529/11 há normas de controle de estruturas, bem como normas de controle de condutas.

Ato contínuo, o antitruste passou a ser analisado à luz de dois modelos de economia litigantes: o liberalismo e o intervencionismo. A partir dessa abordagem foi possível inferir que as legislações antitrustes não objetivam, em última instância, a promoção da própria liberdade de mercado, conforme aduzem seus proponentes, posto que servem de validação das ingerências governamentais nos fenômenos de mercado.

Posteriormente, foi constatado que o ideal de concorrência perfeita, um dos principais objetivos do antitruste, é fruto de um desconhecimento do funcionamento do processo de mercado, o qual é movido por uma concorrência dinâmica, a despeito de ser imperfeita. Ademais, foi salientado o caráter protecionista das normas de direito concorrencial para com as empresas menos eficientes, porém politicamente influentes.

Por fim, verificou-se em que medida o antitruste é potencialmente fomentador de condutas anticompetitivas: tanto através da concessão de monopólios naturais para algumas empresas, quanto através do excessivo poder dado as agências reguladoras. Poder esse que resulta na criação de barreiras à entrada de novos concorrentes.

Urge depreender, face ao exposto, que o antitruste, brasileiro e mundial, está fundado em bases frágeis. Com efeito, desde seu surgimento tem se mostrado um instrumento de embargos, ao invés de fomentos, à livre concorrência. Isso ocorre, pois seus princípios são equivocados e seus fundamentos consistem numa visão utópica de concorrência perfeita, fruto de uma compreensão debilitada quanto ao processo de mercado. Ao ser fundada sobre tais bases, infere-se, portanto, a ineficácia das legislações antitrustes quanto ao combate de condutas anticompetitivas.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Mariana Piaia. **Metodologia brasileira de análise de atos de concentração horizontal: a perspectiva da Escola Austríaca vs. o mainstream.** (Monografia) Universidade Federal de Santa Maria. Rio Grande do Sul, 2011.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVES, Clarissa Oliveira. **Estudo de casos acerca da atuação do conselho administrativo de defesa econômica como órgão de proteção da ordem econômica, sob a perspectiva da livre concorrência e da lei antitruste.** (Monografia) Unidade Acadêmica de Direito, Universidade Federal de Campina Grande. Sousa-PB, 2014.
- ALVARENGA, R. D. **O ordenamento jurídico brasileiro sob a luz da escola austríaca de economia: A legislação antitruste.** (Monografia) Centro Universitário 7 de Setembro. Fortaleza-CE, 2019.
- ALMEIDA, Bernardo Zarhan Rache de. **Atos de concentração no Direito Antitruste brasileiro: fundamentos disciplina e desafios.** (Monografia) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.
- ARMENTANO, Dominick. **Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure.** 2 ed. Oakland: The Independent Institute, 1999.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BOUDREAUX, Donald J. & DiLORENZO, Thomas. **The Protectionist Roots of Antitrust.** In: The Review of Austrian Economics, Vol. 6, No. 2, p. 93, 1993.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)> Acesso em: 19 set. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945.** Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Rio de Janeiro, RJ, 22 jul 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De17666.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17666.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.** Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF, 10 set 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF, 27 dez 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm)>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991.** Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. BRASÍLIA, DF, 8 JAN 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8158.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8158.htm)>. acesso em: Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 11 jun 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12. 529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 30 nov 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 20, set. 2019.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **Os Objetivos do Direito da Concorrência em Face da Ordem Econômica Nacional.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, V IX, n 1, p 225-262, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico: aplicação e eficácia.** 1 ed. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2001.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: O OLIGOPÓLIO NO ESTADO BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA.** (Tese de Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

Cavalcanti, M. O.; Catão, A. **(Auto) regulação do mercado, direito concorrencial e análise econômica do direito: é possível uma concorrência perfeita?** *Direito e Desenvolvimento.* v 8. p 179-196, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v8i1.419>>. Acesso em: 20 de out. de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRISTÓFATO, Pedro Paulo. **O princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República**. Revista de Direito Renovar. Nº 12, p. 178, set./dez., 1998.

DiLORENZO, Thomas. **The origins of antitrust: an interest-group perspective**. International Review of Law and Economics. n. 5, jun. 1985. Disponível em: <<http://mason.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust-%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

DiLORENZO, Thomas. **The myth of natural monopoly**. The review of austrian economics, n. 2, v. 9, 1996. Disponível em: <[https://mises.org/system/tdf/rae9\\_2\\_3\\_3.pdf?file=1&type=document](https://mises.org/system/tdf/rae9_2_3_3.pdf?file=1&type=document)>. Acesso em: 10 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito social, regulação e crise do Estado. Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexão sobre o papel econômico do direito**. 2. ed. São Paulo: Revan, 2004.

ESTADOS UNIDOS. **Sherman Act** (1890). Promulgada em 2 de julho de 1890. Disponível em: <[http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf)>. acesso em: 20 set. 2019.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAMA, Marina Moreira da. **A TEORIA ANTITRUSTE NO BRASIL: FUNDAMENTOS E ESTADO DA ARTE**. Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005.

GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. 5 ed. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FAILING FIRM DEFENSE NO BRASIL**. Curitiba: Percurso - ANAIS DO VIII CONBRADEC. vol. 02. nº 29. pp. 1-27. 2019. Disponível em: <[file:///C:/Users/OI%C3%ADmpioe/Downloads/3486-371374191-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/OI%C3%ADmpioe/Downloads/3486-371374191-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 5 out. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. **Individualism and economic order**. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. 1 ed. Goiânia, GO: Editora Visão, 2014.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez lições fundamentais de economia austríaca**. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

KIRZNER, Israel M. **Competição e atividade empresarial**. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

KIRZNER, Israel M. **The irresistible force of Market competition**. Ideas on liberty n. 3, v. 50, 2000. Disponível em: <<http://gretl.ecn.wfu.edu/~cottrell/ope/archive/0704/att-0303/01-Kirzner3.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

LOPES, Rayner Diogo da Silva. **OS REFLEXOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE EM UMA CONCORRÊNCIA DE LIVRE MERCADO**. (Monografia) UNI-ANHANGUERA CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS. GOIÂNIA, 2019.

MCGUIRE, Joseph William. **Business and Society**. 1 ed. New York: McGraw-Hill, 1963.

MISES, Ludwig von. **As seis lições**. 7 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MISES, Ludwig von. **Uma Crítica ao Intervencionismo**. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, Ludwig Von. **Ação humana: um tratado de economia**. 31 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lúcia Helena. **Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Gabriel Lucena. **A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA**. (Monografia) Universidade Federal de Campina Grande. SOUSA, 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Antitruste: Uma Necessária Revisão Histórica**. São Paulo: MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. v. 2, n 1, p. 223-250, Jan-Jun. 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial sistematizado**. 6 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

REINSMAN, George. **Capitalism: A Treatise on economics**. California: TJS Books, 1998.

ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira**. (Dissertação de Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

ROTHBARD, Murray N. **O que o governo fez com o nosso dinheiro?**. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

ROQUE, Leandro Augusto Gomes. **Fusões, aquisições, concorrência perfeita e soberania do consumidor**. Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=757>>. Acesso em: 10 out. 2019. Não paginado.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular do poder econômico**. (Dissertação de Mestrado) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: As Estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARMENTO, M. C. **A intervenção antitruste em face do direito à livre concorrência: as sequelas da hipertrofia estatal no desenvolvimento econômico**. (Monografia) Unidade Acadêmica de Direito, Universidade Federal de Campina Grande. Sousa-PB, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre concorrência. In: Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/452/pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre sua natureza e suas causas**. v 1. São Paulo: Nova Cultural LTDA, 1996.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THOMAS, Sowell. **Os intelectuais e a sociedade**. 1 ed. São Paulo: É Realizações, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. v 1. 8 ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2017.

WALDIRIO, Bulgarelli. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.