



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

MATHEUS CASSIMIRO SARMENTO

**A INTERVENÇÃO ANTITRUSTE EM FACE DO DIREITO À LIVRE
CONCORRÊNCIA: AS SEQUELAS DA HIPERTROFIA ESTATAL NO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

SOUSA
2018

MATHEUS CASSIMIRO SARMENTO

**A INTERVENÇÃO ANTITRUSTE EM FACE DO DIREITO À LIVRE
CONCORRÊNCIA: AS SEQUELAS DA HIPERTROFIA ESTATAL NO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Ms. Monnizia Pereira Nóbrega

SOUSA
2018

MATHEUS CASSIMIRO SARMENTO

**A INTERVENÇÃO ANTITRUSTE EM FACE DO DIREITO À LIVRE
CONCORRÊNCIA: AS SEQUELAS DA HIPERTROFIA ESTATAL NO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Ms. Monnizia Pereira Nóbrega

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Orientadora: Prof^a. Ms. Monnizia Pereira Nóbrega

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico este trabalho à minha família,
alicerce que me sustenta.

AGRADECIMENTOS

Um marinheiro não navega pelas águas da vida em solidão. Por vezes poderá, transitoriamente, restar-se só, mas não conseguirá chegar ao seu destino se o fizer perenemente.

Valorado isso, é vital ao espírito do navegador manifestar gratidão àqueles que com ele estiveram durante tempos em que o mar estava sob tormenta:

Ao meu pai, *Francisco Sarmento Gomes (in memoriam)*, por me ensinar a manusear o timão do navio através dos mais belos valores;

À minha mãe, *Maria dos Remédios Cassimiro Sarmento*, por içar as velas ao meu desenvolvimento;

À minha irmã, *Ana Luíze Casimiro Sarmento Baunilha*, por comigo remar quando não havia vento;

À minha sobrinha, *Ana Gabriela Casimiro Baunilha*, por me mostrar a alegria em velejar;

À minha namorada, *Maíra de Jesus Silva de Oliveira*, por acalmar as águas tempestuosas;

Aos demais familiares que, direta ou indiretamente, contribuíram para a chegada ao primeiro destino, em especial ao meu cunhado, *Jorge Romero Baunilha*;

Aos amigos que compartilharam o mesmo norte, em especial *Enrico Galvão Faraco, Esdras Hanes Carneiro da Silva, Felliipe de Almeida Barreto, Leandro Gomes da Silva, Matheus Filho Batista e Stefferson de Lacerda Almeida*.

Sem vocês, unicamente naufragaria.

Quando você perceber que, para produzir, precisa obter a autorização de quem não produz nada; quando comprovar que o dinheiro flui para quem negocia não com bens, mas com favores; quando perceber que muitos ficam ricos pelo suborno e por influência, mais que pelo trabalho, e que as leis não nos protegem deles, mas, pelo contrário, são eles que estão protegidos de você; quando perceber que a corrupção é recompensada, e a honestidade se converte em auto-sacrifício; então poderá afirmar, sem temor de errar, que sua sociedade está condenada.

Ayn Rand.

RESUMO

O corrente trabalho vem à luz com a simbiose formada pela liberdade e competição, sob a qual nasce e termina o Direito Antitruste no plano factual, formando um horizonte onde se observa que se trata de um organismo deletério ao desenvolvimento econômico. Nessa continuidade, considerando que possui como temática o dualismo existente entre o Direito Antitruste e o Direito à Livre Concorrência, no qual a problemática se manifesta por meio da metamorfose teórica dos conceitos de concorrência e monopólio, uma vez que aquela se trata de um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração incessantes, e este, a seu turno, de um bloqueio legal formado pelo agir estatal ao ingresso de competidores no mercado, sendo sua imperfeição motivada pela desacertada aplicação da Teoria da Concorrência Perfeita. Tem por objetivo manifestar que a intervenção antitruste é funesta ao desenvolvimento econômico, ao passo em que justifica o esquadrinhamento teórico-conceitual nos efeitos tóxicos verificados nessa esfera. Os objetivos são logrados através do método de procedimento funcionalista, valorando-se a complexidade da formação econômica presente no corpo social, investigando o processo modular da intervenção antitruste e, outrossim, as sequelas que definham a liberdade concorrencial. O método de abordagem utilizado, no que lhe concerne, é o hipotético-dedutivo, dada a necessidade de se verificar o encadeamento teórico no plano factual existente entre a Teoria da Concorrência Perfeita e a compreensão hayekiana da concorrência, bem como do estudo de casos particulares apreciados no domínio da economia nacional. Tem-se como alicerce o pressuposto de se estar defronte a duas ciências sociais, o Direito e a Economia, sendo reforçadas com a compreensão da Escola Austríaca de Economia e, por consequência, situando-se no campo hipotético. Como técnica de pesquisa há a bibliográfica, cujo núcleo é a supracitada Escola atrelada à análise documental dos dispositivos legais concernentes. Em um agir paradoxal, o Estado traz a gênese de múltiplas deformidades concorrenciais por intermédio de mecanismos comprometidos, a citar: o protecionismo, a regulação setorial, regulamentações em geral e os direitos de propriedade intelectual. O operar de um Estado hipertrofiado e explorador manifesta o encastelamento de castas privilegiadas, a coroação da ineficiência e o embargo do progresso.

Palavras-chave: Intervenção Estatal. Antitruste. Competição. Desenvolvimento Econômico. Escola Austríaca de Economia.

ABSTRACT

The current work comes to light with the symbiosis formed by freedom and competition, under which Antitrust Law arises and ends in the factual plane, forming a horizon where it is observed that it is an organism deleterious to economic development. In this continuity, considering that it has as its theme the dualism between the Antitrust Law and the Right to Free Competition, in which the problem is manifested through the theoretical metamorphosis of the concepts of competition and monopoly, since it is an active process and indeterminate of incessant dispute and exploitation, and this, in turn, of a legal block formed by the state action to the entrance of competitors in the market, being its imperfection motivated by the misguided application of the Theory of Perfect Competition. It aims to show that antitrust intervention is disastrous to economic development, while justifying the theoretical-conceptual scrutiny of toxic effects in this sphere. The objectives are achieved through the method of functionalist procedure, valuing the complexity of the economic formation present in the social body, investigating the modular process of the antitrust intervention and, also, the sequels that deprive the competitive freedom. The method of approach used is the hypothetical-deductive, given the need to verify the theoretical linkage in the factual plane between the Theory of Perfect Competition and the Hayekian understanding of competition, as well as the study of particular cases the national economy. It has as a foundation the assumption of being in front of two social sciences, the Law and the Economy, being reinforced with the understanding of the Austrian School of Economy and, consequently, situating itself in the hypothetical field. As a research technique there is the bibliographical one, whose nucleus is the aforementioned School linked to the documentary analysis of the legal devices concerned. In a paradoxical act, the State brings the genesis of multiple competitive deformities through compromised mechanisms, to mention: protectionism, sector regulation, regulations in general and intellectual property rights. The operation of a hypertrophied and exploiting state manifests the encapsulation of privileged castes, the crowning of inefficiency and the embargo of progress.

Keywords: State intervention. Antitrust. Competition. Economic development. Austrian School of Economics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 LIBERDADE E COMPETIÇÃO VERSUS ESTADO.....	12
2.1 A gênese da liberdade.....	12
2.2 A face de livre concorrência.....	18
2.3 A visível mão estatal.....	25
3 O HODIERNO MECANISMO DE CONTROLE ANTITRUSTE.....	32
3.1 O engendramento e o desenvolvimento do Direito Antitruste.....	32
3.2 As correntes normas de controle antitruste e suas disposições normativas.....	39
4 A METAMORFOSE TEÓRICA DE UMA PERCEPÇÃO ECONÔMICA DESACERTADA E SEUS COROLÁRIOS NO PLANO JURÍDICO-ECONÔMICO...57	57
4.1 A concorrência e o monopólio sob uma óptica distinta.....	57
4.2 As incorreções da intervenção antitruste.....	67
5 A CONCORRÊNCIA NO PLANO TEÓRICO E AS DEFORMIDADES NO PLANO FACTUAL: O PARADOXAL AGIR ESTATAL.....	77
5.1 O protecionismo e a irracionalidade de um escudo normativo pátrio.....	77
5.2 A regulação setorial como proteção exclusiva aos já regulados.....	83
5.3 As regulamentações usuais como reserva de mercado.....	90
5.4 A impropriedade dos direitos de propriedade intelectual.....	92
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS.....	101

1 INTRODUÇÃO

O corrente trabalho se justifica não unicamente na irrisignação de um Estado explorador, mas na verificação de que a liberdade encontra-se tolhida sob múltiplas ópticas, precisamente sob a econômica – e a liberdade não existe quando pela metade.

Nos tempos que correm, a hipertrofia do Estado é cada vez mais notória, de sorte que o seu agir paulatinamente pressiona a economia pátria, ensejando sequelas irreversíveis e que não se limitam ao desenvolvimento econômico, mas capturam a própria liberdade humana.

Resquício do modelo de governo absolutista, tal avolumamento estatal se escusa na busca pelo interesse público, que, a valer, é insignificamente observado no horizonte factual. Ao avesso, o bem-estar coletivo é máscara ao encastelamento de castas privilegiadas que subsistem como parasitas que sorvem a esperança de uma nação prosperar.

Nessa marcha, as reiteradas falhas da visível mão estatal são absolvidas sob a alegação de insuficiência de intervenção, entranhando-se em um ciclo inacabável de controle. Destarte, a ineficiência se generaliza fazendo com que o corpo social se reste em metástase, na qual todos os seus órgãos, conseqüentemente, virão à falência.

Limitando-se a extensão desse panorama, enfoca-se a esfera econômica, precisamente o Direito Antitruste. Com nitidez, o Estado manipula tal ramo do Direito sob a razão de que se deve escudar a livre concorrência das supostas incorreções do livre mercado, bem como estimulá-la no escopo de que a economia seja desenvolvida.

Pode-se verificar no plano factual, todavia, que a legislação antitruste, objeto do Direito Antitruste, cumpre com a função mencionada? Na hipótese de negativa, por qual razão isso não sucede? Nessa senda, buscar-se-á evidenciar, como objetivo geral, que o Estado, em vez de promover a livre concorrência, lesiona-a fulminantemente e, outrossim, opera de modo a constituir deformidades concorrenciais em um agir paradoxal: monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis.

Para tanto, representando cada capítulo objetivos específicos, o primeiro alicerçar-se-á na tríade: liberdade – como principal valor a constituir a dignidade humana, cuja principal ameaça é o poder concentrado, partindo-se de sua compreensão mais ampla à delimitação e conexão intrínseca existente entre liberdade política e liberdade econômica; competição – como característica elementar da natureza humana, sendo desdobramento da liberdade e principal propulsora do desenvolvimento; e Estado – como uma entidade necessária à organização social, contudo hipertrofiado e operante em um domínio autorregulável, qual seja o econômico.

No segundo capítulo, a seu turno, será exposto o engendramento e o desenvolvimento do Direito Antitruste no plano factual, de sorte a ressaltar sua gênese protecionista, em sequência às suas normas objeto, tracejando noções primárias de como esse ramo do Direito opera.

No terceiro capítulo, será trazida uma vital metamorfose teórica dos conceitos de concorrência – como um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração incessantes – e monopólio – como bloqueio legal, formado pelo agir estatal, ao ingresso de competidores no mercado – em face da aplicação desacertada da Teoria da Concorrência Perfeita. Outrossim, através de estudo de casos, manifestar-se-á a imprecisão da intervenção antitruste, de sorte a extrair-se que, antagonicamente, o consumidor é o principal lesado.

No quarto capítulo, por fim, serão evidenciados quatro tópicos que simetizam conjunturas nas quais o Estado ceifa a livre concorrência e provoca sequelas irreversíveis ao consumidor, corporificando toda a exposição teórica dos capítulos antecedentes que apontam para um agir paradoxal.

Para auferir os objetivos aventados, proceder-se-á por intermédio do método de procedimento funcionalista, valorando-se a complexa formação econômica existente na sociedade, de sorte a buscar investigar o processo modular da intervenção estatal, com eixo no antitruste, bem como as sequelas que afligem a liberdade concorrencial.

Outrossim, utilizar-se-á como método de abordagem o hipotético-dedutivo, em uma junção harmônica dos métodos: dedutivo – ao observar o encadeamento teórico no plano factual, qual seja o dualismo entre a Teoria da Concorrência Perfeita

e a compreensão hayekiana da concorrência como um processo ativo e indeterminado – e indutivo – partindo-se de casos particulares analisados no âmbito da economia nacional com fito de atingir a uma conclusão geral. Frise-se que tais conclusões terão como sustentáculo o pressuposto de estarem em face de duas ciências sociais, quais sejam o Direito e a Economia, cujo apoio deságua no pensamento da Escola Austríaca de Economia, e, em consequência lógica, introduz-se no campo hipotético.

Como técnica de pesquisa haver-se-á a bibliográfica, possuindo como fulcro a supracitada Escola e, outrossim, seguindo o norte lógico proposto pela literatura estadunidense – também adepta ao pensamento austríaco, sendo tal atrelada à análise documental, de sorte que serão examinados os dispositivos normativos pertinentes e extraída a conclusão.

2 LIBERDADE E COMPETIÇÃO *VERSUS* ESTADO

A liberdade, a competição e o Estado são partes que compõem a tríade relacional que materializa uma contenda que perdura no transcorrer do tempo histórico. Enquanto aquelas duas primeiras partes representam os pilares do progresso humano, esta última as embarga no escopo de dar provimento a privilégios direcionados a castas constituídas por indivíduos que se conservam no ápice do poder estatal por meio de trocas mútuas e constantes de favores, o que se extrai dos fundamentos que serão expostos a seguir.

2.1 A gênese da liberdade

Primordialmente, observa-se que o indivíduo primitivo não nasceu livre em razão de que o fraco se curvava diante do mais forte, averiguação esta que materializa a submissão biológica existente na natureza. Somente com o surgimento do sistema social se pôde atribuir sentido à palavra liberdade; associa-se, portanto, às relações interpessoais, afirmando Friedman (2014, n.p.) que:

[...] para um Robinson Crusóé numa ilha isolada (sem Sexta-feira), a liberdade não tem significado nenhum, qualquer que seja. Robinson Crusóé, em sua ilha, está sujeito a 'restrições', tem 'poder' limitado, e dispõe de apenas quantidade limitada de alternativas, mas não tem problema de liberdade [...]

Nesta senda, a singularização imanente à liberdade e ao poder é cristalina. O indivíduo é livre para exercer suas virtudes e para escolher suas ações, nada obstante não reflete que ele possa infringir as leis naturais no exercício de seu livre arbítrio. Por outra forma, o poder do indivíduo é fatalmente delimitado pelas leis naturais, porém não sua liberdade de vontade (ROTHBARD, 2010).

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. Nesta perspectiva, Leoni (2010) rememora que

Abraham Lincoln, ao discursar em Baltimore no ano de 1864, reconheceu que a dificuldade de definir a liberdade culminou na Guerra Civil Americana entre o Norte e o Sul.

Trazendo à luz um eixo liberal, para Bastiat (2010, p. 42), a liberdade, *lato sensu*, seria:

[...] o franco exercício, para todos, de todas as faculdades inofensivas. Em outras palavras ainda, a destruição de todos os despotismos, mesmo o despotismo legal, e a redução da lei à sua única atribuição racional, que é de regularizar o direito individual da legítima defesa ou de repressão da injustiça.

Nessa marcha, Rawls (1997, p. 218) aduz que a liberdade pode ser explicada através de três elementos: os indivíduos que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer, continuando ao clarificar que:

A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. As associações assim como pessoas físicas podem ou não estar livres, e as restrições podem variar desde deveres e proibições definidos por lei até as influências coercitivas causadas pela opinião pública e pela pressão social.

Em norte análogo, e como eixo central, a liberdade pode ser conceituada, em seu sentido praxeológico, como a “situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos” (MISES, 2010, p. 339), sendo esta escolha rigidamente restringida pelas leis da natureza e da praxeologia¹, o que se desdobra na impossibilidade da pretensão de atingir fins incompatíveis entre si.

Ao optar por determinado modo de ação, o indivíduo pode introduzir-se no círculo de escolha de outrem, resultando na mitigação ou supressão da liberdade de escolha entre seus também modos de ação alternativos e ameaçando, em sequência, toda a coletividade.

À vista disto, se a conduta de determinado indivíduo tem efeitos prejudiciais à coletividade, deve então a sociedade obstá-lo sob pena de que outros ajam de modo

1 Sistematizada por Mises (2010), possui fulcro no axioma da ação, que a seu turno seria a proposição autoevidente de que humanos agem de forma proposital para sair de uma situação de menor conforto para maior conforto.

símile e ameace a cooperação social, de sorte que para conservar um estado de coisas onde o indivíduo seja escudado da absoluta tirania do mais forte e hábil, é basilar a existência de uma instituição que reprima a atividade antissocial. Assim, para que haja pacificação social é necessário arquitetar um sistema que monopolize o engenho social de compulsão e coerção, sendo este regulado por um conjunto de regras que materializará o sistema social ordinariamente chamado de governo. O encastelamento do indivíduo da coerção física por outro e a garantia da observância dos contratos firmados voluntariamente são alcançados através da manutenção da lei e da ordem.

A tradição austríaca define a limitação do poder, segundo Iorio (2011), como contida na sistematização de uma ordem social que avalize as liberdades individuais e o respeito às normas gerais de conduta. A tríade liberdade, razão e Estado é basilar no processo de constituição da ordem nas sociedades em razão de que os dois primeiros elementos são indivisíveis das normas de condutas e estas, a seu turno, são mais prontamente observadas por coerção implícita do que por acordos voluntários.

Noutra óptica, considerando que o governo foi instituído para regular as violações da liberdade individual proveniente de cada Estado, ergue-se então dúvida ao analisar o que ou quem limitaria o poder do próprio governo. Inconteste é que, alicerçando-se no sistema de freios e contrapesos de sua Constituição, não se tolera a outorga do poder final de interpretação, no escopo de determinar os limites de sua própria autoridade, a qualquer ramificação do governo; por outra forma, o governo não pode traçar seus próprios limites de ação.

Em verdade, a ameaça elementar à liberdade é o poder de coagir concentrado nas mãos de um monarca, de um ditador, de um oligarca ou qualquer maioria seleta. Observa-se que por vezes a liberdade, historicamente, foi predominantemente lesionada pela entidade que foi criada sob o argumento de sua defesa, qual seja o próprio governo, sob seus múltiplos regimes. Ora, se o lapso compreendido entre o século XVII e o século XIX foi, na maioria dos países ocidentais, um tempo de avolumamento do poder social com uma derivada ampliação da liberdade, da paz e do bem-estar material, o século XX foi, a seu turno, um período em que o poder estatal foi restaurado, com uma sequente

reversão onde sua rota encontraria desfecho na escravidão, na guerra e na destruição (ROTHBARD, 2012), efeitos estes que continuam a ser observados.

Em consequência, a liberdade constitui-se na baliza existente entre o emprego da violência e a ameaça de violência à supressão e prevenção de atividades antissociais, de forma que quando o governo a extrapola faz lesionar diretamente o poder de escolha individual. Por esta razão, o controle do poder do governo é o escopo de todas as Constituições, Declarações de Direitos e leis. Mises (2010, p. 347) traz o desfecho de tal raciocínio ao aduzir que:

Um homem é livre na medida em que possa moldar a sua vida segundo seus próprios planos. Um homem cuja sorte seja determinada pelos planos de uma autoridade superior – que detém o poder de planejar – não é livre no sentido com que o termo “livre” foi usado e entendido por todo o mundo, até que a revolução semântica de nossos dias tivesse provocado uma confusão no sentido das palavras.

A defesa da liberdade demanda o afastamento da concentração de poder na maior amplitude possível, sendo disperso e distribuído o poder remanescente cujo afastamento da concentração não seja possível, materializando um sistema de freios e contrapesos.

Dentre as múltiplas ramificações nas quais a liberdade se manifesta, está a liberdade política como a conjuntura na qual inexistente coerção das pessoas entre si, sendo sua ameaça fundamental o poder de coagir. Ao seu lado, a liberdade econômica pode ser percebida como o cenário no qual os indivíduos exercem função de agente econômico, sendo possível a escolha de múltiplos modos de ação atinentes aos recursos que dispõem sem submissão à compulsão ou coerção não prevista em lei ou admitida socialmente por parte de outro agente.

Enquanto Rawls (1997) considera que a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência, a liberdade individual e as liberdades civis não deveriam ser sacrificadas em nome da liberdade política, Friedman (2014) sustenta que em razão da liberdade individual ser problema político e bem-estar material ser problema econômico, a relação entre a liberdade política e a liberdade econômica é inequívoca.

À vista disso, em razão de seus efeitos sobre a concentração ou dispersão do poder, as organizações econômicas podem ser vistas como meio fim para o alcance

da liberdade política. Friedman (2014) progride ao afirmar que o capitalismo competitivo é a organização econômica que oferece diretamente a liberdade econômica, promovendo por consequência a liberdade política ao segregar poder econômico e poder político, permitindo que um compense o outro.

Antes, destaque-se que a dispersão do poder econômico é amplamente exequível, de forma que novos centros de força econômica não se desenvolvem em detrimento de outros por determinação de uma lei de conservação. Norte oposto, o poder político é menos suscetível de descentralização, sobretudo se considerada sua força por vezes implacável.

A relação entre liberdade política e mercado livre é evidenciada pela história. No mundo ocidental, durante o século XIX e o começo do século XX, o paradigma típico no qual a humanidade se situa, caracterizado pela tirania, servidão e miséria, é rompido, transparecendo que a liberdade política, nessa conjuntura, se fortaleceu simultaneamente à evolução do mercado livre e das instituições capitalistas. Malgrado isto, o capitalismo é necessário, mas não suficiente à consecução da liberdade política: a Itália e a Espanha fascista, o Japão precedentemente às duas Guerras Mundiais, a Rússia czarista, são exemplos de sociedade que, apesar de a empresa privada ser a forma dominante de organização econômica, não podem ser descritas como sociedades livres. Friedman (2014, n.p.) avança ao afirmar que:

Os acontecimentos desde o fim da Segunda Guerra Mundial demonstram ainda outra relação diferente entre liberdade econômica e liberdade política. O planejamento econômico coletivista realmente interferiria na liberdade individual. O resultado, entretanto, pelo menos em alguns países, não foi a supressão da liberdade, mas a reversão da política econômica. [...] A razão provável dessas mudanças políticas é o reconhecimento do sucesso limitado do planejamento central², ou de seu fracasso total, em alcançar objetivos estabelecidos. Essa incapacidade, todavia, é em si atribuível, pelo menos em parte, às implicações políticas do planejamento central e à relutância em seguir sua lógica, nas situações que, para tanto, é necessário tripudiar impiedosamente sobre direitos privados sobremodo valiosos. Também é possível que a mudança seja apenas interrupção temporária da tendência coletivistas do século XX. Mesmo assim, ela ilustra a estreita relação entre liberdade política e organizações econômicas.

2 Teoria na qual “apenas o governo poderia organizar a atividade econômica, de maneira que promovesse o bem-estar econômico em todo o país” (MANKIOW, 2013, n. p.), tal como ocorre em países de matriz socialista.

Nesse diapasão, extrai-se do supraexposto que há dois modos de coordenar atividades econômicas: a direção central – envolvendo o uso da coerção – e a cooperação voluntária dos indivíduos – técnica dos mercados. Esta, no que lhe concerne, possui fundamento na proposição elementar de que duas partes de uma transação econômica com ela se beneficiem, desde que a ação seja voluntária e esclarecida para ambas, tratando-se, pois, da mais límpida materialização de liberdade.

Isto posto, enfatizando a liberdade econômica, a cooperação voluntária e a técnica dos mercados, tem-se que estas adquirem singular contorno com o advento da empresa como unidade de produção em detrimento do domicílio, cujo derivado foi o progresso através da constituição da especialização e aprimoramento da divisão do trabalho, havendo assim uma atuação intermediária entre fornecedores de serviços e compradores de bens não antes existente. Por conseguinte, o dinheiro, como meio de facilitar trocas e possibilitar compras e vendas isoladas, se desenvolveu, fazendo sucumbir o tradicional escambo.

Com a eficaz defesa da liberdade de troca, o escopo substancial da organização de mercado da atividade econômica é obstar interferências mútuas no que tange à maioria das atividades. Ao passo que o consumidor é escudado contra a coerção de um vendedor em razão da existência de outros vendedores aos quais pode voluntariamente comprar, o vendedor é, por sua vez, protegido contra a coerção do consumidor dada a existência de outros consumidores aos quais pode vender; outrossim, o empregado é guardado da coerção do empregador em face da existência de outros empregadores para os quais pode trabalhar. O mercado age de maneira impessoal, sem autoridade central.

A eficácia com a qual a economia livre exerce essa função resulta no oferecimento do que os indivíduos realmente querem, em lugar do que um seletivo grupo acha que eles deveriam querer.

Nessa acepção, os frutíferos desdobramentos da liberdade não se restringem ao cidadão, mas também ao próprio Estado que, propiciando àqueles uma melhor condição de vida, faz despontar justiça e prosperidade. Para tanto, o Estado não poderia intervir – excepcionando-se a situação na qual vise evitar danos a interesses individuais, nem deixar a sociedade intervir na individualidade do cidadão,

sustentando Mill (2006, p. 28) que o indivíduo “na parte que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”.

Para mais, a importância da liberdade reside justamente em razão da imprevisibilidade característica de um ambiente livre, do contrário, ao já ter ciência dos desdobramentos decorrentes da ação humana, não haveria necessidade de escolha, sendo a conduta previamente direcionada ao inflexível resultado (HAYEK, 2011). Seu propósito é descobrir, no futuro, tudo aquilo que ainda não se sabe no presente.

O argumento basilar da liberdade é, portanto, o reconhecimento da ignorância humana e o respeito pela experiência futura. A harmonia dos esforços de vários indivíduos fez possível a utilização de um conhecimento maior do que aquela que um único isolado poderia acumular ou sintetizar intelectualmente; em razão de tal conhecimento fragmentado, produções superiores são concretizáveis se contrapostas às que uma mente isolada poderia executar. Não à toa, as notáveis inovações que transformaram o mundo e encorajaram o crescimento econômico aconteceram nos planos libertos do domínio burocrático dos Estados. O desenvolvimento técnico e as inovações derivam da liberdade econômica.

Cumpra-se evidenciar que a defesa da liberdade não reflete oposição à organização, mas a toda organização privilegiada que vise o emprego da coerção para obstar outros indivíduos que tentem expor melhores soluções, corporificando o que se denomina concorrência. A concorrência possuiu sua gênese na liberdade, sendo esta a pedra angular da dignidade humana.

2.2 A face de livre concorrência

Quando sobreposta às condições da vida animal, a concorrência tem sentido de rivalidade que se exterioriza na busca de alimento, tal fenômeno é denominado concorrência³ biológica (MISES, 2010). Surgida a organização social, a concorrência biológica se transmuta no meio em que o homem está introduzido, revelando a

³ Ordinariamente, Mises (2010) utiliza a palavra competição como expressão de sentido análogo à concorrência.

concorrência social que, a seu turno, compreende o empenho dos indivíduos na consecução de uma posição mais cômoda – praxeologia – no sistema de cooperação social. Nesta sequência, sempre existirão cenários nos quais os indivíduos atribuem mais valor a determinado elemento, fazendo com que um tente superar o outro.

A concorrência social, portanto, está presente em qualquer forma de organização social. Diferentemente do meio selvagem, no seio social aquele que perde não é aniquilado, mas tão só é transposto para uma posição mais modesta no sistema social, compatível com seus desempenhos em detrimento da que pretendia ascender, sendo tal evento denominado competição – ou concorrência – cataláctica (MISES, 2010).

No horizonte econômico, o que correntemente é intitulado de revolução industrial foi corolário da revolução ideológica efetuada pelas doutrinas economistas, fazendo dissipar, em harmonia com Mises (2010, p. 29), dogmas como:

[...] que é desleal e injusto superar um competidor produzindo melhor e mais barato; que é iníquo desviar-se dos métodos tradicionais de produção; que as máquinas são um mal porque trazem desemprego; que é tarefa do governo evitar que empresários fiquem ricos e proteger o menos eficiente na competição com o mais eficiente; que reduzir a liberdade dos empresários pela compulsão ou coerção governamental em favor de outros grupos sociais é um meio adequado para promover o bem estar nacional.

Com a expansão industrial, pluralizou-se também o número de agentes atuantes na esfera do mercado, fazendo com que os contornos da concorrência angariasse especial relevo, sendo essa para Kizner (2012) intrínseca à natureza do processo empresarial de mercado.

No mercado, compreendido como espaço econômico onde se dão as trocas, os compradores determinam a demanda pelo produto e os vendedores determinam a oferta do produto. Tal ambiente torna-se competitivo quando há tantos compradores e vendedores que cada um deles tem efeito insignificante sobre o preço do mercado (MANKIW, 2013), quando isoladamente considerados.

Observa-se, neste cenário, amplo voo da liberdade econômica através do exercício do direito de concorrer, no qual múltiplos modos de ação se tornam possíveis na utilização de recursos por indivíduo.

Nessa continuidade, a concorrência, também denominada livre concorrência, pode ser exposta, consoante Sandroni (1999, p. 118), como:

Situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados. Os capitais podem, então, circular livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica. Nesse caso, o mercado é concorrencial em alto grau. De acordo com a doutrina liberal, propugnada por Adam Smith e pelos economistas neoclássicos, a livre-concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores.

Trata-se, pois, de um dos pilares de qualquer sistema capitalista, capaz de diferenciar este de doutrinas socialistas, sem o qual não se constitui o efetivo sistema econômico de mercado. Com a sua incidência, as leis de mercado definirão as hipóteses em que haverá ou não o sucesso do empreendedor, não admitindo qualquer outra forma de deformidade do mercado livre que resulte no afastamento artificial da competição. Ao revés, implica em um número indeterminado de competidores em situação de igualdade.

Neste ponto, insere-se a Teoria do Equilíbrio Geral ou Concorrência Perfeita, a qual expõe um meio estritamente concorrencial, em que todas as empresas reduzirão seus custos a ponto de equalizá-los, ou de fazê-los exceder minimamente, ao custo marginal⁴ (REISMAN, 1968), de sorte a assegurar o lucro essencial apenas à manutenção da operação das instalações em plena capacidade. Preços superiores ao custo marginal são interpretados como uma conduta maldosa cujo resultado faz privar a sociedade do desfrute de bens escassos.

Frise-se que, no que tange às condições naturais, a concorrência só pode ser julgada livre no que se refere aos fatores de produção que não são escassos e, dessarte, não é objeto da ação humana. A concorrência é sempre limitada pela implacável escassez de bens e serviços, de sorte que mesmo inexistindo barreiras institucionais formadas para refrear a quantidade de competidores, em tempo algum

⁴ Trata-se do aumento no custo global derivado da produção de uma unidade adicional (MANKIWI, 2013).

a conjuntura possibilitaria que todos fossem capazes de competir em todos os ramos do mercado. Meramente grupos parcialmente amplos podem adentrar na competição (MISES, 2010).

Outrossim, sob um viés propriamente jurídico, a livre concorrência seria “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2011, p. 256).

Nesta senda, não se pode confundir os concorrentes existentes no plano do mercado com os concorrentes presentes na esfera política. À medida que os concorrentes, no mercado, aspiram à manutenção de sua posição, seu labor é endereçado aos seus eleitores – clientes, mesmo involuntariamente; na política, os concorrentes não têm, imperiosamente, seu labor direcionado aos seus eleitores, dado que estes não são capazes de escolher do mesmo modo os “produtos”. Os produtores políticos são simultaneamente os vendedores e compradores de seus produtos, sempre às custas de seus compatriotas, não se conjecturando que os eleitores digam não querer determinada produção normativa, em consequência de que, consoante a teoria da representação, já delegaram o poder de escolha aos seus representantes (LEONI, 2010).

Assim, ao tempo em que a tutela jurídica da livre concorrência tem como essência primária o encastelamento do consumidor, considerando a vulnerabilidade atinente à relação de consumo, secundariamente tal tutela se presta a garantir um genuíno sistema econômico de mercado.

Evidentemente, para um indivíduo livre, no mercado, a escolha entre competidores potenciais é uma atividade determinada, considerando que não haverá outra saída senão escolher. Tal concepção de mercado se singulariza na convicção de que a concorrência é um impulso regulador.

Constituindo-se no princípio de que a concorrência genuína sempre exporá o melhor meio de nortear as ações individuais, bem como após valorada a insuficiência do *status quo*, a doutrina liberal advoga a utilização efetiva do poder concorrencial no escopo de coordenar a ação humana e auferir, assim, progresso. Não se questiona, mas se evidencia que, para a concorrência operar de modo positivo, será basilar a construção de uma ordem legal acuradamente engendrada,

tendo em vista que as normas legais do passado, tampouco as do presente, não estão libertas de imperfeições críticas. Outrossim, malgrado a impossibilidade de gerar as condições essenciais à efetiva concorrência, admite ser capital valer-se de outros mecanismos aptos a conduzir a atividade econômica. Não obstante, o liberalismo econômico é antagônico à permutação da concorrência por mecanismos menos operativos de coordenação de ações individuais – quais sejam os artificiais, julgando a concorrência um mecanismo aprimorado, não apenas por criar, na maioria do tempo, o mais acertado mecanismo do qual se tem ciência, mas mormente por ser o único mecanismo pelo qual as atividades podem regular-se umas às outras sem a intervenção coercitiva ou arbitrária de uma autoridade (HAYEK, 2010).

Por conseguinte, o medular fundamento da concorrência é que escusa a carência de controle social e concede aos indivíduos a escolha de optar se as probabilidades de determinada função são suficientes para contrapesar as desvantagens e riscos que a circundam.

Para mais, a concorrência recíproca faz obstar os lucros arbitrários e os abusos do poder econômico por intermédio da exposição de produtos análogos pelo mercado, gerando assim a otimização dos recursos econômicos e preços justos; aprimoram-se, assim, os requisitos de competitividade das empresas, obrigando-as a um contínuo aperfeiçoamento de seus mecanismos tecnológicos e custos, materializando uma procura permanente de criação de condições mais favoráveis.

Kirzner (2012) aduz que a concorrência exerce coerção sob os produtores, fazendo-os oferecer produtos progressivamente mais desejáveis a custos gradativamente inferiores – estes podem consistir em similares de qualidade superior ou mesmo um produto diverso. Neste norte, qualquer distinção que torne o produto mais desejável que outro para o consumidor faz com que ele seja singular. Para a empresa, à vista disto, a competição pela qualidade reflete a imprescindibilidade de diligência habitual a fim de lapidar determinado produto. Ao transcorrer do tempo, pois, a competição pela qualidade sempre abarca a tentativa de ofertar o melhor produto, sem múnus para com nenhuma classe de mercadorias, a um preço mais baixo.

Nesta vereda, compreendido ordinariamente como um estado de coisas na qual um indivíduo, ou um complexo de indivíduos, tem o domínio exclusivo de algo que é primário dentre os requisitos de sobrevivência, o monopólio se corporifica como figura antagônica à concorrência. Em consequência, aquele que detém o domínio determina, fazendo subjugar os outros, situação na qual não é possível verificar mercado ou competição cataláctica.

Noutra concepção, que faz jus ser trazida à luz, o monopólio seria a conjuntura na qual um indivíduo, ou um complexo de indivíduos, age coordenadamente no escopo de ter a gestão exclusiva da oferta de determinado produto ou serviço. Desta feita, atenta-se não mais existir a primariedade da coisa no que compete à sobrevivência do indivíduo, tratando-se, pois, de um quadro compatível com as condições de uma economia de mercado. Sob esse viés o monopólio se encontra em todo mercado, sobretudo se considerado que cada produto ou serviço possui atributos únicos.

Cada fábrica produz produtos singulares se comparados às de outra; cada hotel possui o monopólio do local no qual está inserido; cada serviço prestado por um médico ou advogado nunca será precisamente igual ao conferido por outro médico ou advogado; cada poeta, em razão da lei de direitos autorais, tem o domínio total sobre a venda de sua poesia; excetuam-se unicamente determinadas matérias-primas, gêneros alimentícios e outros produtos de uso comum, que, justamente por esta razão, têm a formação monopolística embargada em face dos múltiplos produtores ou da espontânea substituição. Infere-se, assim, que o fenômeno isolado do monopólio não tem efeitos no desempenho do mercado e na determinação de preços, dado que não significa, necessariamente, qualquer vantagem na venda do produto ou serviço; tornar-se-ia um coeficiente na delimitação de preços meramente se houver um formato intrínseco na curva da demanda do produto⁵, hipótese na qual se configuraria um preço monopolístico. Neste sentido Mises (2010, p. 337) afirma que:

Se as condições são de tal ordem que o monopolista possa assegurar para si mesmo maiores receitas líquidas, ao vender uma quantidade menor de seu produto por um preço mais elevado em vez

⁵ Trata-se do efeito volúvel do preço de um produto sobre a quantidade que os consumidores querem comprar (MANKIIV, 2013).

de vender uma quantidade maior por um preço mais baixo, estamos diante de um preço monopolístico maior do que o preço que o produto alcançaria no mercado, se não houvesse o monopólio. Os preços monopolísticos são um importante fenômeno do mercado, enquanto que o monopólio em si só tem importância se puder resultar na formação de preços monopolísticos.

Dito isso, o formato da curva da demanda que propicia a aparição de preços monopolísticos e guia o comportamento do indivíduo que detém o domínio é marcado pela concorrência de todos os outros produtos ou serviços que disputam os recursos dos consumidores. Em reação, quanto mais elevado o preço é estabelecido por aquele que detém o domínio, maior será a cifra de compradores possíveis que utilizarão tais recursos na compra de outros bens. No campo do mercado, todo bem compete com todos os outros bens.

Face o exposto, a concorrência foi e continua sendo alvo de múltiplos ataques. Indivíduos com interesses autocentrados que pleiteiam tutela para cenários já montados, expectando angariar proveito de medidas que limitem a concorrência. Empresários obsoletos e consumidos, bem como herdeiros descaídos de indivíduos exitosos no passado, repelem a eficiência que coloca em perigo o seu capital e a sua proeminente posição social, aspirando ao enrijecimento das condições econômicas e à obstaculização do progresso. Malgrado todo o exposto, durante o século XIX, a influência da doutrina liberal tornou infrutíferas tais aspirações funestas.

A era do liberalismo revolucionou os métodos tradicionais de produção, transporte e comércio por meio de avanços tecnológicos, de sorte que os indivíduos com interesses autocentrados não clamaram proteção ante a consciência de que seria um esforço improdutivo. A despeito disso, tolher hodiernamente um indivíduo eficiente, na concorrência com um menos eficiente, é julgado como função legítima do governo, o que faz inferir que a opinião pública estima grupos poderosos que atravancam o progresso. É patente que, no domínio do mercado, indivíduos menos eficientes busquem asilo dos mais eficientes (MISES, 2010).

A alegação de inexecuibilidade da concorrência em face de empresas grandes ou poderosas não é digna de florescer. Concorrer não significa triunfo pela mera imitação do que já existe, mas a oportunidade de ofertar ao consumidor um produto ou serviço inovador, ou de qualidade superior e custo reduzido, sem

barreiras formadas pelos privilégios daqueles cujos interesses firmados são impactados pelo progresso.

Destarte, conforme aduz Iorio (2011), no processo de mercado, onde a economia livre e competitiva é caracterizada, a ética dos rendimentos empresariais é motivada pelo sucesso do empresário isoladamente considerado que, inevitavelmente, deve assumir todos os riscos pertinentes ao processo de descoberta de veredas não exploradas, de sorte que aquele que triunfar em tal processo atenderá de melhor modo os desejos dos consumidores e receberá como retribuição o próprio lucro; aquele que fracassar em satisfazer à demanda do consumidor, por sua vez, será penalizado com a ruína.

2.3 A visível mão estatal

Predominantemente, o Estado é reputado como uma instituição de serviço social ou uma organização fraterna, conquanto ocasionalmente ineficiente, cujo escopo seria granjear metas sociais, sendo, portanto, meio essencial para lograr os objetivos da raça humana. Continuadamente, o Estado ganha a disputa por recursos em face do setor privado utilizando-se da coerção, enquanto os indivíduos ou instituições conquistam seus lucros por intermédio da produção e venda de bens e serviços. Após isso, também passa a regular e ditar normas direcionadas a outras ações de seus subordinados.

Nascida indefesa, para Rothbard (2012) a raça humana precisou manipular sua mente para estudar a obtenção de recursos extraídos da natureza, bem como transformá-los em objetos e locais que pudessem ser empregados na satisfação de suas necessidades e melhoria do seu padrão de vida. Tal realização só pode ser efetivada pelo ser humano por meio do uso de seu pensamento e energia física no intento de transformar recursos – produção – e trocá-los – escambo – por outros criados por outrem, descobrindo, assim, que por intermédio deste processo recíproco e volitivo – comércio – poderia ampliar significativamente a produtividade.

Verifica-se, pois, que o processo de produção faz integrar objetos ou locais à propriedade individual, tratando-se de um caminho social norteado pelas exigências

da natureza humana que faz constituir o direito de propriedade e de livre mercado. Destarte, o ser humano aprendeu a conter a selvageria na competição pelos recursos escassos através de sua multiplicação em um processo harmônico e sereno de produção e escambo.

Neste seguimento, Oppenheimer (1926, *apud* ROTHBARD, 2012) apresenta dois modos restritos na obtenção de riqueza: o meio econômico e o meio político. À medida que aquele se respalda na produção e no escambo, este não demanda produtividade, sendo o modo no qual se confisca unilateralmente bens e serviços do indivíduo através da coerção. É cristalino o panorama no qual o uso sereno da razão e da energia na produção é o trajeto natural para o indivíduo, de sorte que são os mecanismos de sobrevivência e abastança. Ademais, é com igualdade límpida que o mecanismo coercitivo é avesso à lei natural, dado que ao invés de somar à produção, unicamente subtrai. Nesta continuidade, o meio político assenhora a produção em prol de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, por vezes parasita e violento, subtraindo não só a produção, como também o ânimo do produtor para ir avante à mera sobrevivência.

Dito isso, tem-se que o Estado seria a organização dos meios políticos, de sorte a coordenar o processo predatório da propriedade privada em determinada extensão. Não obstante, para tanto o Estado aparelha um meio legal embasado em uma ordem sistematicamente determinada para arrebatá-la a propriedade privada, conservando garantida, estável e parcialmente pacífica a vida da casta beneficiada. Posto que a produção sempre antecede qualquer arrebate, vem à luz que o livre mercado é preexistente ao Estado, sendo o princípio deste não historicamente alicerçado em um contrato social, mas no assenhoreamento e na exploração do indivíduo.

Constituído o Estado, o intento do grupo ou casta imperante torna-se a conservação do seu domínio. A despeito de operar com suporte na força, o revés medular, e que se protraí no tempo, é ideológico, valorando-se que para perdurar no poder qualquer governo precisa do assentimento de seus subordinados, podendo ser tal anuência um ímpeto ativo ou também uma condescendência passiva, como se tratasse de uma inexorável lei natural. Não havendo assentimento, a minoria imperante formada seria suplantada pela resistência ativa da maioria subordinada.

Haja vista que a devastação das riquezas legitimamente criadas é nutrida pelo superavit da produção, tem-se que o estrato componente do Estado é um reduzido quinhão no território, conquanto possa subornar adeptos entre um grupo influente da sociedade. Extrai-se, logo, que a função primária dos governantes é garantir a adesão ativa ou condescendência passiva das massas.

Dentre os artifícios aplicados para garantir o assentimento está a formação de interesses econômicos legalmente assegurados. Nesta lógica, o imperador não pode governar desacompanhado, tendo de estar com um grupo significativo de adeptos que também se deleitem nos privilégios do império dominante. Sem embargo, isso avaliza apenas uma quantidade ínfima de adeptos entusiasmados, sucedendo-se necessário o suborno elementar de assentimento por intermédio de recursos e outras outorgas de regalias para atrair o maior número de indivíduos.

Para gerar a aquiescência capital à sobrevivência da classe imperante, a massa deve ser convencida por uma ideologia na qual o governo é benevolente, sábio e mais acertado a outras escolhas potenciais. A propalação de tal ideologia entre a sociedade é incumbência social substancial dos “intelectuais”, uma vez que o povo não concebe suas inerentes percepções fáticas, tampouco pondera com independência quando confrontado com a percepção posta por outrem⁶, apenas obedecendo passivamente à percepção eleita e semeada pelos intelectuais. Em vista disto, o papel de “formadores de opinião” no seio social é intrínseco aos intelectuais. Reputando-se que a metamorfose da crença é a reação que o estado vitalmente carece, o fundamento do remoto pacto entre estado e intelectuais é translúcido⁷.

Outrossim, outra técnica operativa foi a instituição do medo sobre sistemas alternativos de governo. Popularmente, argumenta-se que o Estado fornece ao indivíduo uma serventia crucial à sua sobrevivência, qual seja a proteção em face de criminosos latentes. Ora, para conservar o característico monopólio predatório, o Estado deve assegurar que o crime privado e não organizado reste-se insustentável em nível mínimo, acautelando-se para que haja sua própria permanência. Nos

6 Alguns estudiosos, a citar Karsten e Beckman (2013), apontam a falsa percepção da realidade fática como um dos principais vícios do sistema democrático.

7 Paul (2013) exprime que muitos assentem que John Maynard Keynes foi o precursor da teoria de intervenção abrangente do governo com escopo de tonificar a economia.

últimos séculos, o Estado também tem sido exitoso ao difundir medo a respeito de outras entidades governantes, de modo que bastando ver o parcelamento do globo terrestre entre outros Estados, a doutrina essencial do imperante foi a de se apresentar em conformidade com o território que rege para, assim, conquistar. Tendendo o povo a amar a terra natal, a assimilação entre o povo e sua terra com o Estado foi um mecanismo para utilização do patriotismo natural em interesse deste próprio.

Nesta continuidade, a súplica nacionalista tem sido profícua, de sorte que, em outrora, a massa de subordinados enxergava as guerras como contendidas entre grupos de nobres. No final, dentre as múltiplas e engenhosas armas ideológicas, a tradição tem sido a que o Estado empunha no transcorrer dos séculos, de forma que à medida que seu império se perpetua no tempo, mais potente é esta arma. Mais tarde, assim, o culto aos anciões passou a ser um meio não muito tênue de venerar antigos governantes. Doutra sorte, a maior ameaça ao Estado é o pensamento intelectual livre que faz erguer dubiez e é implacavelmente repellido pela criminação de violar a sapiência dos antigos.

Para mais, análogo impulso ideológico constitui-se com a desconstrução do indivíduo e a edificação da coletividade no meio social. Em consequência de que todo tipo de império acarreta anuência da massa, todas as ameaças ideológicas para o império são capazes de ser entabuladas por um ou poucos indivíduos que exteriorizarem um pensamento soberano. O senso atual e analítico tem seu prelúdio como uma visão minoritária, aniquilando-o então o Estado por meio da ridicularização de toda interpretação que esteja face a face com a crença da massa.

O Estado, substancialmente, deve montar um palco no qual seu império seja indeclinável, e ainda que o governo seja malquisto, terá ao menos de ser aceito com condescendência passiva.

Mais um mecanismo arcaico e efetivo na resignação dos subordinados ao arbítrio do Estado é o estímulo da culpa, de sorte que todo progresso do bem-estar privado é inculpado de materialismo. O lucro é posto como exploração; as trocas reciprocamente prósperas são apontadas como egoísmo, consubstanciando o entendimento de que, continuamente, os recursos devem ser alienados em detrimento do “setor público”. Tal culpa provocada torna a massa mais propensa a

aceitar esta cessão. Polo oposto, à proporção em que os indivíduos lançam-se à “ganância infrene”, os governantes estatais escusam a inaptidão de empreender trocas voluntárias na estima a “valores meritórios e superiores” – a devastação parasítica do recurso constituído pelo indivíduo seria uma conduta moralmente aceitável ante o labor sereno e fecundo.

Destarte, o Estado tem sistematicamente patenteado a habilidade de expandir seu poder de modo a exceder a baliza que lhe é imposta. Valorando-se, pois, que o Estado subsiste mediante o confisco compulsório dos recursos privados, bem como que o avolumamento abarca impreterivelmente uma invasão gradualmente expandida sobre indivíduos e empresas privadas, é incontestável que se trata de uma instituição intrinsecamente anticapitalista (ROTHBARD, 2012).

Eis neste ponto a gênese do que se denomina intervenção, sendo seu conceito definido por Mises (2010, p. 21) como “uma norma restritiva imposta por um órgão governamental que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam”.

Consoante Rothbard (2012), a intervenção se exterioriza em três categorias: a intervenção autística – o interventor é capaz de compelir determinado indivíduo a realizar, ou impedir de realizar, conduta que abranja própria e exclusivamente a sua pessoa ou propriedade; a intervenção binária – o interventor pode coagir uma troca entre ele e o indivíduo, ou oferecer uma “vantagem” coercitiva; e a intervenção triangular onde existe concomitantemente a figura do interventor e de dois permutadores – concretos ou possíveis. Malgrado a amplitude das intervenções, estas são capazes de ser isoladas e categorizadas, julgando por seus efeitos desassociados tanto em indivíduos como em dueto de indivíduos. Frise-se, outrossim, que tais categorias de intervenção são ramificações da relação hegemônica – ordem e cumprimento – contrastadas com a relação contratual de benefício espontâneo recíproco.

Nessa marcha, os que advogam a intervenção governamental estão subjugados por um paradoxo letal ao apoiarem-se no postulado de que os indivíduos não têm capacidade de gerir seus interesses privados ou contratar especialistas que o orientem, mas, simultaneamente, são plenamente capazes das condições indispensáveis ao voto nas urnas. Do lado avesso, verifica-se no plano factual que a

maioria dos indivíduos tem um panorama cristalino e um raciocínio preciso dos próprios interesses na esfera do mercado, mas não sabem assimilar os obscuros elos lógicos que norteiam a escolha dos governantes. Nada obstante, o campo político da demagogia explícita é o único em que a massa de indivíduos é sentenciada competente para operar.

A odisseia intervencionista chegará ao seu desfecho em face da impossibilidade de guiar um sistema constante de organização da sociedade. Tal seguimento é, em harmonia com Mises (2010), assentado em três razões: I – as medidas restritivas reduzem a produção e a quantidade de bens apta ao consumo, acarretando na impossibilidade de se constituir um sistema social de produção; II – as múltiplas distorções nos fenômenos mercadológicos não são capazes de lograr os escopos almejados, bem como engendram um estado de coisas em que o próprio interventor julga péssimo, ocasionando um ciclo de intervenções cumulativas; III – ao objetivar o confisco do excedente da produção, a fim de redistribuí-lo, uma vez que este já tenha sido integralmente assenhorado, transfigura-se a inexequibilidade de tal política.

Por esse ângulo, Constantino (2009, p. 28) explana que:

Todas as medidas de intervencionismo governamental têm por objetivo restringir a supremacia do consumidor. O governo tenta arrogar a si mesmo um poder que pertence aos consumidores. Um caso claro é a tentativa de controle de preços que, por contrariar as leis de mercado, gera longas filas e prateleiras vazias. O passo seguinte costuma ser o racionamento e decisões arbitrárias que geram privilégios aos bem conectados. Com o tempo, o governo vai ampliando mais e mais seus tentáculos intervencionistas. Na Alemanha de Hitler, por exemplo, não havia iniciativa privada de facto porque tudo era rigorosamente controlado pelo governo. Os salários eram decretados, e todo o sistema econômico era regulado nos mínimos detalhes. O próprio intervencionismo na economia possibilita a formação de cartéis e, paradoxalmente, o governo se oferece depois como o único capaz de reverter a situação – logicamente, com intervenções cada vez mais arbitrárias. Na economia, o intervencionismo costuma ser o caminho da servidão.

Observa-se, portanto, que o sistema econômico intervencionista é, segundo Barbieri (2013) fatalmente instável, de sorte que as rupturas de governo são imputadas a falhas de mercado, fazendo com que o insucesso das intervenções

produza demanda por mais intervenções⁸. Este processo faz hipertrofiar o Estado e aglomera erros e distorções causados pela visível mão estatal. As crises do intervencionismo têm como efeito o aumento do controle que, por sua vez, ricocheteia na economia causando seu deterioramento ou, ao revés, faz surgir fases de liberalização que mitigam provisoriamente o defeito até que o processo de intervenção recomece.

⁸ Tal processo é denominado intervenção cumulativa (ROTHBARD, 2012).

3 O HODIERNO MECANISMO DE CONTROLE ANTITRUSTE

Preliminarmente à tratativa que tem por escopo expor as falhas funestas da política antitruste brasileira, faz-se necessário observar, sob o horizonte *mainstream*, não apenas a produção, mas também o seu operar por meio dos mecanismos normativos estabelecidos com o fim de compreender como o Estado manobra o arranjo do mercado atual.

3.1 O engendramento e o desenvolvimento do Direito Antitruste

Consoante Ramos (2015), predominantemente, compreende-se que a lei antitruste primeva foi elaborada sob o título de *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*⁹ no Canadá, no ano de 1889. Pode-se asseverar que, em verdade, o engendramento das hodiernas leis antitruste, neste inclusa a brasileira, foi orientado pela lei antitruste denominada *Sherman Act*, editada nos Estados Unidos no ano de 1890, a qual foi suplementada pelo do *Clayton Act*, em 1914, bem como pela lei que forjou, no ano aludido, a *Federal Trade Commission* – agência antitruste estadunidense, paradigma do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Ao rememorar fatos históricos acerca do engendramento do *Sherman Act*, habitualmente se sustenta que os Estados Unidos, ao final do século XIX, 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.

Para mais, verifica-se entre os teóricos a asseveração de que o *Sherman Act* teria sido elaborado em um tempo no qual a economia estadunidense avistava a constituição de opulentos coletivos monopolistas que, a seu turno, auferiam recursos a encargo dos consumidores através do emprego de preços abusivos. Sendo assim, a elaboração da lei antitruste estadunidense teve como desígnio o resguardo do consumidor. Por este ângulo, Salomão Filho (2002, p. 61) alude que: “A

⁹ Ato para a prevenção e supressão de combinações formadas em restrição de comércio.

preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopolistas sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político”.

De natureza igual, alguns estudiosos, a citar Forgioni (2015), sustentam que o *Sherman Act* teria sido elaborado a fim de preservar o mercado contra si mesmo, fenômeno que ocorria por efeito da superabundância de liberdade econômica. Tal diploma normativo simbolizaria um resgate do liberalismo que, no que lhe concerne, causava a sucessão de concentrações monopolísticas desvirtuadoras da genuína ordem concorrencial.

Em suma, é ordinário observar uma interpretação abundantemente favorável no que tange à proveniência do *Sherman Act*, reputando-o como um diploma legal benéfico, quer pela óptica da tutela do consumidor, quer pela óptica da salvaguarda do próprio mercado em face dos riscos – derivados da liberdade econômica – que supostamente produz contra si mesmo. Consoante esta interpretação, a ordem antitruste teria como escopo o interesse público por intermédio da constituição de prerrogativas para o corpo social. Nesta perspectiva, Coelho (1995, p. 5) apresenta que:

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.

Congruentemente ao supracitado, deve-se vir à luz o art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei Antitruste Brasileira – Lei n.º 12.529/2011, onde se observa de modo límpido, pois, o desígnio do legislador de encastelar todo o arranjo do mercado, nomeando todo o corpo social titular dos bens jurídicos que o compõem ao estabelecer que:

Art. 1.º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Os teóricos estadunidenses, no que lhes concerne, desarmonizam entre si suas interpretações. De um norte, existe a corrente majoritária – prevalecente também no Brasil – que corrobora o entendimento no qual o *Sherman Act* seria uma lei elaborada com desígnio de reprimir abusos de poder econômico executados por monopólios privados. Aduz Scherer (1980, *apud* RAMOS, 2015, n.p.) que “nos Estados Unidos [...], o fortalecimento das leis antitruste é a principal arma utilizada pelo governo em seu esforço para harmonizar o interesse na busca pelo lucro das empresas privadas com o interesse público”. Sem embargo, tal interpretação espelha a perspectiva *mainstream* no tocante à matéria nos Estados Unidos, de sorte que há incalculáveis estudiosos estadunidenses que a refutam por meio de indícios históricos.

Doutro norte, conforme preleciona Ramos (2015), a concentração empresarial verificada na economia estadunidense no final do século XIX seria resultante da progressão natural de um corpo social – no qual o livre mercado corresponde à sua medula, sendo tal fenômeno intensamente salutífero para o seu sustento. Não se impugna que os Estados Unidos, durante a segunda metade do século XIX, encontravam-se em um lapso temporal no qual havia uma concentração empresarial, bem como que múltiplas empresas, de diferentes domínios do mercado, engendraram associações e instalaram corpulentos grupos econômicos com extensa abrangência territorial.

Para mais, os teóricos afiançam que tais condições não fomentavam abusos em face dos consumidores, em razão de que não foi observado aumento de preços ou restrição da produção. Com efeito, as arquitetadas aglomerações empresariais “conseguiram racionalizar custos, integrar recursos logísticos e obter consideráveis ganhos de escala, investindo pesadamente em inovação tecnológica e em marketing publicitário” (RAMOS, 2015, n. p.). Cuida-se, contudo, da interpretação antagônica à compreensão histórica *mainstream*: reduzidos custos, elevada qualidade de produtos e serviços e progresso contínuo da produção. Nessa perspectiva, McGuire (1963, *apud* RAMOS, 2015, n. p.) ratifica que:

De 1865 a 1897, a queda de preços ano após ano dificultou para o empresário fazer planos para o futuro. Em muitas áreas as novas ligações ferroviárias resultaram em nacionalização do mercado ao leste do Mississippi e mesmo pequenos negócios em pequenas cidades foram forçados a competir com outras empresas geralmente maiores e localizadas longe dali. Ao mesmo tempo, houve avanços notáveis em tecnologia e produtividade. Em resumo, foi uma época maravilhosa para o consumidor, mas um período assustador para os produtores.

Adiante, fatos teóricos têm uma interpretação *sui generis* no que toca aos primórdios do direito antitruste, ofertando que os diplomas normativos dessa esfera, a valer, têm um translúcido princípio protecionista. Em vez de encastelar a autêntica economia de livre mercado, escuda grupos empresariais seletos que, em um campo imune ao toque da visível mão estatal, perderiam sua posição para empresas mais hábeis e desenvolvidas.

À vista disto, os diplomas normativos antitruste foram elaborados no escopo de serem utilizados pelos concorrentes ineficientes com o fim de devastar concorrentes eficientes. Conseqüentemente, a política antitruste não fomenta o progresso, mas conserva o *status quo* em prejuízo das evoluções sociais e econômicas provenientes do processo concorrencial intrínseco à liberdade do mercado. Neste diapasão, Armentano (1999, *apud* RAMOS, 2015, n. p.) clarifica que:

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.

O *Sherman Act* foi aprovado sob forte pressão provinda de pequenos produtores rurais, por intermédio de seus sindicatos e da *Farmer's Alliance*, a associação mais robusta no referido período. Tais produtores exerciam a defesa de seus próprios interesses em face da liberdade econômica e dos consumidores, dado que o mercado livre cada vez mais oferecia produtos de qualidade superior e custo reduzido (DiLORENZO, 1985).

Outrossim, o senador John Sherman, cujo nome restou esculpido no diploma normativo antitruste, foi um político enredado na causa protecionista, apuração consumada através da análise de suas cartas, estudo este conduzido por Troesken (2002, p. 27) que, ademais, afirmou que “when Sherman’s legislative actions are considered in light of his letters, and the other historical sources considered here, his actions are inconsistent with the idea that he wanted to promote competition and lower prices.”¹⁰

Em ascensão, DiLorenzo (2012) traz que o verificar da economia estadunidense no escoar do tempo patenteia que as corporações foram inculpadas de fundar monopólios no domínio do mercado ao ampliar a produção e comprimir preços em uma cadência maior do que o restante dos componentes da economia, de sorte que ao final do século XIX a produção estadunidense aumentava 24% ao passo em que as empresas acusadas avançava em 175%. No que concerne aos preços, no igual lapso, tem-se que as corporações supostamente monopolistas os reduziram notavelmente.

Como lição histórica, Armentano (2007) expõe o emblemático caso *Standard Oil*, de John Rockefeller, inculpado de engendrar um monopólio na indústria petrolífera por intermédio de preços predatórios a fim de aniquilar seus concorrentes e exigir preços elevados, assenhorando-se, assim, do domínio do mercado. Metamorfoseou-se de uma pequena empresa situada em Ohio, Estados Unidos, no ano de 1870, detentora de somente 4% do mercado, para um colossal grupo empresarial que desfrutava de 85% do mercado de refinação de petróleo. A despeito da querela, o barril de querosene, que antes custava cerca de 30 centavos em 1869, foi despencando paulatinamente até chegar em meros 5.9 centavos, em 1897. Apurou-se, outrossim, que durante este processo de redução de preço não houve barreiras para o progresso da livre concorrência, ao passo em que o número de agentes atuantes no mercado aumentou consideravelmente após 1890 – em 1911 pelo menos 147 empresas competiam com a *Standard Oil*, nas quais se incluía notáveis nomes, a citar as conhecidas *Texaco* e *Shell*.

10 Quando as ações legislativas de Sherman são consideradas à luz de suas cartas e de outras fontes históricas aqui consideradas, suas ações são inconsistentes com a ideia de que ele queria promover a concorrência e preços mais baixos. (TROESKEN, 2002, p. 27).

Outro caso apresentado por Armentano (2007) foi o da *ALCOA*, empresa de alumínio firmada em 1887, sob o título *Pittsburgh Reduction Company*. Em cerca de 50 anos, a *ALCOA* logrou proeminência no mercado, fazendo reduzir o preço da libra de alumínio do patamar de 5 dólares para meros 22 centavos, sendo subsequentemente condenada com fulcro no *Sherman Act*, em segunda instância, de arquitetar monopólio.

Condensa-se, então, que o *Sherman Act* não teve como objetivo impulsionar a concorrência e tutelar o consumidor, mas acatar a influência protecionista em prol das empresas menores, trazendo Hoppe (2013, p. 171) que:

No que diz respeito à evidência histórica, se a tese dos críticos do capitalismo fosse verdadeira, seria preciso então esperar uma tendência mais nítida rumo a uma monopolização sob um capitalismo laissez-faire mais livre, sem entraves e desregulado do que sob um sistema relativamente e mais pesadamente regulado de capitalismo de “bem estar” ou de capitalismo “social”. No entanto, a história fornece evidência de resultados precisamente opostos. Há um consenso em relação à avaliação do período entre 1867 e a Primeira Guerra Mundial como sendo o período relativamente mais capitalista na história dos Estados Unidos e o período seguinte como sendo, comparativamente, o de aumento da regulação do mercado e da legislação do estado de bem-estar social. Porém, analisando a questão se verifica que não houve somente menos desenvolvimento rumo à monopolização e a concentração de empresas no primeiro período em relação ao segundo, mas também que durante o primeiro período era possível observar uma tendência constante para uma concorrência mais séria com os preços de quase todos os bens caindo continuamente. E essa tendência só foi interrompida e revertida quando no decorrer do tempo o sistema de mercado foi muito mais obstruído e destruído pela intervenção do estado. O crescimento da monopolização só se estabeleceu quando os principais empresários conseguiram persuadir o governo a interferir no sistema de concorrência feroz e aprovar uma legislação reguladora, impondo um sistema de concorrência “ordeira” para proteger as grandes empresas da chamada concorrência cruel que nascia continuamente em torno delas.

Por fim, apura-se que a simbiose formada pelo protecionismo e intervencionismo resultou na concepção do *Sherman Act*. O governo aplicou como estratégia o tolhimento das empresas que ameaçassem, no genuíno sistema concorrencial, as inábeis corporações apadrinhadas pelo Estado.

No Brasil, a seu turno, a legislação antitruste adquire seus primeiros contornos com a edição do Decreto-lei n.º 869, em 18 de novembro de 1938, o qual

definiu “os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego”. Tal Decreto foi influenciado pelo projeto do Código Penal argentino, na primeira legislação estadunidense e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal alemão (FERRAZ JÚNIOR, 1992).

Advém, então, o Decreto-lei n.º 7.666/1945, intitulado Lei Malaia, não mais se utilizando da expressão “crime contra a economia popular”, mas “abuso de poder econômico”, oportunidade em que se deu origem à Comissão Administrativa de Defesa Econômica.

Seguidamente, forma-se a legislação antitruste brasileira com a edição da Lei n.º 4.137/1962, dando engendro ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, bem como conferindo o fim, segundo Shieber (1966, p. 1), de “regular e fiscalizar atos de empresas que restringem a concorrência ou, por causa de suas posições no mercado, não são sujeitas a ela”.

Passada a Constituição Federal de 1967, que atribuiu um viés incriminador à repressão do abuso econômico, vem à tona a Carta de Outubro seguindo seus traços detalhistas ao tratar da “ordem econômica e financeira”. A Medida Provisória n.º 204 de 02 de setembro de 1990 regulamentou o art. 174, §4º, da Constituição Federal de 1988, convertendo-se posteriormente na Lei n.º 8.158/1991, que, por sua vez, estabeleceu a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, atuante junto ao CADE, cujo escopo seria propiciar celeridade ao processo administrativo de investigação de infrações contra a ordem econômica.

Em seu lugar sobreveio a Lei n.º 8.884/1994 que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, da qual se extrai a integração de três entidades: I – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal com função de tribunal administrativo; II – a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão componente do Ministério da Justiça com função de assistir ao CADE na ulterior repressão de condutas através da investigação de práticas anticoncorrenciais; e III – a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão componente do Ministério da Fazenda com função de assistir ao CADE no controle prévio de estruturas.

Para findar a evolução normativa ergue-se a hodierna Lei n.º 12.529/2011 formando novos arranjos no SBDC, de sorte a aumentar o poder da Administração

Pública através da determinação do dever de apresentação prévia dos atos de concentração e remodelando a forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica. O CADE conservou suas atribuições, quais sejam: I – controle de estruturas; II – repressão de condutas; e III – advocacia da concorrência. Sendo também reestruturada, a outrora Secretaria de Direito Econômico tornou-se a Superintendência-Geral, passando a compor a estrutura do CADE, que, por sua vez, adveio a fracionar-se nas seguintes entidades: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE; Departamento de Estudos Econômicos – DEE; e Superintendência-geral – SG.

Constituindo sua gênese em uma derivação do *Sherman Act*, o antitruste chegou ao Brasil sob a forma simbiótica da junção composta pelo protecionismo e pelo intervencionismo estatal, em nada versando sobre proteção ao consumidor ou reparação de supostas falhas da liberdade. Em verdade, é mero encastelamento das castas favorecidas pelo Estado, cuja resultante é a coroação dos ineficientes e o embargo do desenvolvimento econômico.

3.2 As correntes normas de controle antitruste e suas disposições normativas

Sob o panorama *mainstream*, as normas jurídicas que tutelam a atividade do mercado podem ser ramificadas em duas categorias: as normas estruturais – que fundam a estrutura de base do mercado, apresentando um sentido amplo que alberga todo e qualquer dispositivo legal ou constitucional, sendo outrossim políticas públicas econômicas; e as normas de ajuste – que intervêm sobre o desempenho do mercado já constituído a fim de alcançar algum resultado através da repressão ou do estímulo, sendo políticas públicas econômicas em sentido estrito (AGUILLAR, 2016).

À vista disto, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 170, o resguardo da ordem econômica por intermédio de um encadeamento principiológico que firma a base de mercado, no qual se encontra incluso o princípio da livre concorrência. À proporção em que contempla a liberdade, a Carta de Outubro

prognostica desigualdade ao final da competição segundo um quadro de igualdade jurídico-formal (GRAU, 2012), formado, logicamente, com fulcro na Teoria da Concorrência Perfeita.

Infraconstitucionalmente, a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, ao passo em que dispõe acerca da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Isto posto, ergue-se o controle de estruturas e o controle de condutas.

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.

Tal função preventiva, progrida os citados autores (2016), possui como eixo o modelo econômico criado primordialmente na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, sendo designado na literatura como modelo de Estrutura-Condução-Desempenho – ECD. Sua asserção é que a estrutura dos mercados é um coeficiente cujo resultado exporá a conduta das empresas que, a seu turno, influencia o funcionamento do setor.

O julgamento das transformações estruturais do mercado faz com que as autoridades da concorrência procedam a um equivocado juízo prospectivo no escopo de valorar se determinada ação estrutural gerará abalo no plano das ações de empresas alheias à avença e, como efeito, se influenciará negativamente no funcionamento do mercado. Nas hipóteses em que dispuserem de indícios relevantes de que determinado ato de concentração produzirá resultados negativos no desempenho do mercado, o CADE poderá fixar limitações parciais ou, inclusive, interromper o procedimento.

Dito isso, tem-se que as ações de concentração econômica são aquelas que constituem um encadeamento estrutural de natureza constante entre empresas autônomas – com centros deliberativos individualizados cuja atribuição é determinar táticas empresariais. Tipicamente, as ações societárias de aquisição de controle, fusão e incorporação são classificadas como atos de concentração econômica, dado que instalam sob uma singular administração os ativos de empresas que outrora eram conduzidos em separado. Não obstante, outros meios de concentração empresarial podem ser julgados expressivos durante a investigação concorrencial (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016).

Nessa senda, a Lei n.º 12.529/2011, em seu art. 90, clarifica como ato de concentração econômica as ações empresariais que:

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. (grifos nossos)

Dessarte, afora as ações societárias clássicas que se inclinam a incitar à junção de centros deliberativos empresariais, o diploma normativo antitruste dispôs outras espécies de pactos entre empresas que podem denotar concentração considerável para necessitar de apuração da ação sob o regime de controle de estruturas. Para além disso, a aceção legal de ato de concentração é elementar na composição da segurança aos agentes econômicos no tocante aos negócios jurídicos celebrados que deverão ser preliminarmente submetidos ao exame do CADE, o que se sucederá quando culminados os critérios de faturamento previstos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011. Malgrado tal desígnio do legislador pátrio de

conferir segurança aos agentes econômicos na celebração dos hipotéticos negócios jurídicos, Pereira Neto e Casagrande (2016) aduzem que o texto do diploma normativo antitruste é obscuro ao intérprete, sobretudo nos termos existentes no inciso IV, fazendo extrair a fragilidade da segurança idealizada.

Ademais, a reconhecimento das ações de notificação compulsória ao CADE abarca duas fases: a tipificação de um ato de concentração – nos limites do art. 90 da lei antitruste; e a detecção dos faturamentos dos coletivos das empresas incluídas no ato de concentração – sob os moldes do art. 88 da citada lei.

À vista disto, tem-se que o emprego preciso de tais parâmetros é capital em razão do sistema preliminar de aprovação de atos de concentração por efeito do estatuído no § 3º do mencionado artigo, merecendo também ênfase os determinados dispositivos, *in verbis*:

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

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

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

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

[...]

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

[...]

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.
[...] (grifos nossos)

Neste seguimento, perfazendo o disposto no § 1º do supracitado artigo, a Portaria Interministerial dos Ministros da Justiça e da Fazenda n.º 994, de 30 de maio de 2012, majorou os parâmetros de faturamento mínimo das partes – presentes nos incisos I e II, para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), na devida ordem. Frise-se que estes faturamentos têm de ser logrados puramente no Brasil, sendo os dois fatores realizados paralelamente para que a sujeição seja classificada como compulsória. Tais parâmetros estabelecidos não põem termo a um revés já existente na sistemática da obsoleta Lei n.º 8.884/1994, qual seja a situação hipotética na qual o faturamento do grupo vendedor também será ponderado quando da submissão compulsória de ações de concentração empresarial, o que implica assentir que a Lei n.º 12.529/2011 abarca ações de concentração empresarial com potencial nulo de abalo no plano concorrencial. A valer, para o escopo concorrencial, os faturamentos apreciáveis propendem a ser os das corporações que, com efeito, estejam se concentrando; o faturamento do vendedor regularmente não tem valor para o juízo antitruste.

É basilar evidenciar a competência do CADE no supratranscrito § 7º, pela qual o Conselho pode requerer a submissão de qualquer ato de concentração no prazo de um ano, a contar da respectiva data de consumação, sem embargo de que a ação de concentração não cumpra os parâmetros de faturamento definidos na norma antitruste. Este prognóstico é aplicado nas conjunturas em que as partes incluídas conservem suposta participação relevante no mercado, o que patenteia uma demasiada autonomia do órgão.

A óptica *mainstream* alude que, em conformidade com o grau de conexão entre as corporações integrantes, as múltiplas ações de concentração empresarial podem ser observadas sob três espécies: concentrações horizontais, concentrações verticais e concentrações conglomeradas. Essas espécies podem motivar cuidados concorrenciais de natureza dissemelhante, reclamando, outrossim, remédios específicos para abrandá-los (FORGIONI, 2015).

Verifica-se a concentração horizontal, segundo Pereira Neto e Casagrande (2016), quando ocorre a incorporação entre dois concorrentes diretos no próprio mercado expressivo – mesmo grau da cadeia produtiva. Esta espécie de ação de concentração é a que mais provoca cautela às autoridades antitruste, requerendo uma apuração circunstanciada por efeito de supostamente ocasionar a extinção da concorrência direta entre os agentes econômicos existentes no mesmo setor do mercado posto que haverá uma atuação unificada. Logo, possuiria como sequela a formação ou suplemento do arranjo dominante da empresa derivada da ação, com a probabilidade de um sobrepreço gradual. Notável, pois, que não se busca impugnar os preços monopolísticos, mas o próprio monopólio. Desta forma, o CADE julgará os desdobramentos dessas ações sobre a performance concorrencial do mercado, averiguando se a coação competitiva residual posterior às ações de concentração possui condão de conter a supressão de bem-estar econômico.

A concentração vertical, avançam os autores (2016), processa-se quando um agente econômico que age em uma conexão da cadeia produtiva obtém outro agente econômico que opera em um elo que antecede ou precede a mesma cadeia produtiva.

A repercussão de uma concentração vertical sobre o processo competitivo inclina-se a ser bipartida. De um norte, a concentração vertical pode engendrar o acréscimo de eficiência em face da minoração dos custos de operação, ensejar o aprimoramento de aplicações nas múltiplas fases da cadeia produtiva e afastar determinadas ameaças; doutro norte, eventual cenário pode fazer com que a concentração vertical apresente supostos reverses característicos, a citar o fechamento de mercado – *market foreclosure*.

A seu turno, a concentração conglomerada é apontada por eliminação, enquadrando todas as ações que contenham agentes econômicos que não guardem uma conexão horizontal ou vertical. Primitivamente, esta espécie de ação não constitui precauções expressivas sob o viés concorrencial, por obra de não provocar a extinção da concorrência entre agentes econômicos em um mesmo mercado, tampouco a mutação de ganhos em igual cadeia produtiva (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016). Entretanto, em circunstâncias *sui generis*, determinados teóricos expõem a inquietude com o poderio financeiro ocasionado pelo avanço de

concentrações conglomeradas, que são capazes de ensejar a execução de ações que supostamente desvirtuam a concorrência (SALOMÃO FILHO, 2002). Apesar disso, ao reconhecer a chance remota na qual seja necessária a ponderação, Pereira Neto e Casagrande (2016) asseveram que se afigura incerto legitimar uma intervenção estrutural sobre concentrações conglomeradas que não originem impactos horizontais ou verticais na esfera mercadológica.

Acentue-se que estas são espécies cabíveis ao arranjo das ações. Identificam-se algumas de volumosa dimensão que são capazes de trazer resultantes horizontais, verticais e conglomeradas, em inúmeros estágios. Contudo, a especificação é frutífera para detectar os meios de investigação que têm de ser executados a fim de aferir as múltiplas decorrências da ação; de natureza igual, o controle aplicado apresenta como desdobramento sequelas caracterizadas pela autoridade antitruste.

No ordenamento jurídico pátrio, a Lei Maior prescreve a garantia à propriedade privada e ao princípio da livre-iniciativa, sendo fundamentos da República e da ordem econômica. Perante o exposto, a consumação de ações empresariais que importem a alienação da titularidade de ativos, abarcando as que conduzam a qualquer tipo de concentração econômica, são habitualmente atos jurídicos lícitos, provindos da garantia à propriedade privada, mediante os quais, em premissas objetivas legalmente estabelecidas, reflete o domínio nativo do CADE.

Neste diapasão, o já citado art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, em seu § 5º, prescreve:

Art. 88. [...]

[...]

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem **eliminação da concorrência** em parte substancial de mercado relevante, que possam **criar ou reforçar uma posição dominante** ou que possam **resultar na dominação de mercado relevante** de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. (grifos nossos)

[...]

Por outra forma, são defesas as ações empresariais que presumivelmente afastem pedaço vital da concorrência ou originem/intensifiquem em nível relevante o poder de mercado do agente econômico decorrente do feito. Ainda que apurado tal

prognóstico de coibição e/ou contenção das ações de concentração, a Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 88, § 6º, fixa exceções em que as aludidas ações possam ser aprovadas, nestes termos:

Art. 88. [...]

[...]

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) **umentar a produtividade ou a competitividade;**

b) **melhorar a qualidade** de bens ou serviços; ou

c) **propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;** e

II – **sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.** (grifos nossos)

[...]

Infere-se que, conquanto determinados atos tenham o condão de hipoteticamente cercear a concorrência, alguns enquadramentos somam em alto número eficiência, tendo, outrossim, potencial de dilatar o bem-estar do consumidor.

Consequentemente, por via de regra têm de ser aprovadas as ações que não lesem a concorrência, de sorte que somente quando se averigua determinado potencial negativo é que se valorará até que grau os impactos podem ser reparados pelas repercussões positivas da ação. Diante disto, o CADE buscará julgar os frutos líquidos do ato de concentração, autorizando os que gerem implicações nulas ou positivas.

Respaldando-se em distintas jurisdições, foi elaborada a Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, que expede o Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal, o qual pormenorizou o procedimento de investigação que estuda os impactos latentes, positivos e negativos, dos atos de concentração econômica. Malgrado o CADE não ter formalizado a sujeição à mencionada Portaria, seus julgamentos têm empregado os mesmos preceitos normativos utilizados. Posteriormente à vigência da nova Lei de Defesa da Concorrência, sob o n.º 12.529/2011, esse procedimento de investigação prossegue sendo abundantemente empregado pela Superintendência Geral e pelo Tribunal Administrativo do CADE.

O apresentado Guia arquiteta, em sua parte II – item 9, cinco fases subsequentes de investigação: I – definição de mercado relevante; II – determinação

da parcela de mercado; III – exame de probabilidade de exercício de poder de mercado; IV – exame das eficiências econômicas geradas pelo ato; e V – avaliação dos efeitos líquidos do ato. As fases I a III visam detectar a potencialidade de que a ação de concentração produza impactos negativos na performance concorrencial. Detectada uma possível repercussão negativa, as autoridades avançarão para as fases IV e V, valorando as eficiências compensatórias e contrabalanceando com as referidas implicações negativas. O Guia demanda verter o modelo de Estrutura-Condução-Desempenho – ECD em um mecanismo operante de investigação.

Não obstante o Guia ter sido produzido no escopo de ser empregado unicamente em concentrações horizontais, as fases fundamentais podem ser utilizadas também, com a cabida moldagem, às concentrações verticais.

Desta sorte, Pereira Neto e Casagrande (2016) aludem que qualquer investigação de concentração principia-se com a definição de mercado relevante – fase I – e a determinação da parcela de mercado das partes compreendidas na ação – fase II. No quadro peculiar de concentração vertical, tais definições e determinações têm de ser executadas nos inúmeros mercados entre si associados verticalmente, isto é, tanto nos mercados que se componham de fases anteriores da cadeia produtiva – *upstream*, como nos mercados mais adjacentes ao consumidor final – *downstream*. Somente na ocasião em que a ação abranger a associação entre dois ou mais mercados na qual as partes conservem no mínimo 20% em qualquer deles é que sucederá certa probabilidade de operação de poder de mercado. Caso as partes não conservem parcela infimamente significativa em algum dos mercados associados verticalmente, conjectura-se que não decorrerá deformação à concorrência, contrariamente galga-se para as fases seguintes da investigação.

No que corresponde ao exame da probabilidade de exercício de poder de mercado – fase III, é preciso esquadrinhar, antes de tudo, os fundamentos equivalentes aos pertencentes às concentrações horizontais, de sorte que apurarão se são satisfatórios para excluir qualquer ameaça concorrencial.

Nos tempos em que o mercado investigado não é muito ativo, faz-se necessário apreciar acuradamente as decorrências verticais da ação. Nessa situação, as autoridades antitruste operam a investigação conferindo precisão sob o

ângulo do fechamento de mercado, da majoração de custos de competidores e do acréscimo de barreiras a entrada no mercado, assim como averíguam se a associação vertical também propiciará a formação de conluíus.

Por conseguinte à investigação mais englobante acerca da possibilidade de exercício de poder de mercado no âmbito de associação vertical – fase III, se constatado uma excessiva potencialidade de deformidades competitivas derivadas da ação, passar-se-á ao início das fases IV e V.

Isto posto, a interpretação dos teóricos – a citar Salomão Filho (2002), bem como a própria jurisprudência do CADE¹¹, são uníssonas no sentido de que as concentrações verticais manifestam grande capacidade de engendrar eficiência, posto que viabiliza centralizar em uma empresa singular as múltiplas atividades de uma cadeia produtiva, diminuindo a sujeição de transações no mercado. Para mais, existe potenciais vantagens logísticas em face do aprimoramento da produção, latentes proveitos tecnológicos por obra da associação produtiva e, outrossim, há uma administração mais acertada de objetivo no que toca ao rendimento das fases interdependentes da cadeia produtiva.

Logo, ainda nos quadros em que se caracteriza uma latente repercussão negativa de concentrações verticais, é medular que se apreciem acuradamente as eficiências atingidas pela ação. Não é fortuito, portanto, que conjunturas de associação vertical provoquem encargos concorrenciais parcialmente reduzidos quando contrastado com a latente expansão da eficiência pretendida pelas corporações incluídas na ação, razão pela qual a intervenção estatal, nessa categoria de ação, tem de ser analisada com notável ponderação.

Em progresso, tem-se que a decisão terminativa do CADE será capaz de acarretar na aprovação, na aprovação com restrições ou na reprovação da ação de concentração postulada.

Consoante o citado Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, em sua parte II –

11 Pode-se citar o seguinte trecho: “A operação oferece, adicionalmente, número razoável de eficiências. Como toda operação em que há integração vertical, a presente implica significativa redução dos custos de transação” (Voto do Cons. Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no Ato de Concentração n. 08012.012915/2007-15, Requerentes: Baosteel Group Corporation e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, Cons. Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, 18-1-2008).

item 14, a ação de concentração será aprovada sem restrições em três hipóteses: I – quando não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado – aprovação da fase II; II – quando gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado – aprovação da fase III; ou III – quando gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, não seja superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração – aprovação da fase IV.

Nesse ínterim, em situações singularmente obscuras, nas quais se descobre que o efeito líquido resultante da ação é, teoricamente, negativo, o CADE tem de decidir entre aprovar a ação com restrições ou reprová-la globalmente, obstando a sua terminação.

No que concerne à aprovação com restrições, o Tribunal do CADE detém vasta gama de alternativas para fixar as restrições que julgue adequadas no escopo de, conforme estabelecido no art. 61, § 1º, Lei n.º 12.529/2011, “mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados”. No meio das restrições praticáveis, a Lei de Defesa da Concorrência, em rol exemplificativo, indica em seu art. 61, § 2º:

Art. 61. [...]

[...]

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II – a cisão de sociedade;

III – a alienação de controle societário;

IV – a separação contábil ou jurídica de atividades;

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual;

VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

[...]

Em harmonia com as *Recommended practices for merger notification procedures*¹² (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2010), as restrições fixadas por autoridades antitruste podem ser cindidas em dois conjuntos, em concordância com o caráter da intervenção: I – restrições estruturais; e II – restrições comportamentais. A restrição estrutural têm por escopo a intervenção na própria estrutura do mercado,

¹² Práticas recomendadas para procedimentos de notificação de fusão.

ordinariamente por intermédio da alienação de ativos dos requerentes da ação de concentração para outrem, a fim de reconstituir o estado concorrencial. A restrição comportamental, a seu turno, admite o término da ação, contudo controla o comportamento de maneira a impedir abusos característicos que tenham o condão de lesionar a concorrência.

Sob outra perspectiva, Pereira Neto e Casagrande (2016) aludem que, erguido o controle de estruturas de mercado, de cunho preventivo, o CADE também dispõe de uma robusta prática repressiva em face de condutas anticoncorrenciais. Cuida-se de um procedimento norteado à reconhecimento e sanção de comportamentos que possam deformar a performance do mercado, afetando concorrentes e consumidores. Nesse sentido de proceder, o CADE executa o poder de polícia para tolher os prováveis abusos de poder econômico, consoante a disposição constitucional presente no art. 173, § 4º, da Lei Magna.

A Lei de Defesa da Concorrência preceitua em seu Título V as “infrações da ordem econômica”, sendo estas ações corporativas e organizacionais de índole anticompetitiva vistas como ilícitas e, conseqüentemente, passíveis de penalidades.

Nessa marcha, a categorização habitualmente aplicada pelos teóricos no escopo de estudar as condutas anticoncorrenciais, a citar Forgioni (2015), tem por método introdutivo a tipificação da conduta como uma execução coordenada entre duas corporações dissemelhantes ou como uma execução unilateral de somente uma delas. Condutas coordenadas ou unilaterais, no que lhes concernem, podem ser categorizadas como: I – horizontais, as quais abarcam corporações que operam no idêntico mercado; ou II – verticais, sendo as quais influenciam conexões diferentes de dada cadeia produtiva.

A categorização apresentada advém da sistematização legislativa aplicada primitivamente pelo *Sherman Act* dos Estados Unidos e, posteriormente, pelos diplomas normativos concorrenciais supranacionais da União Europeia, nos quais há um preceito estabelecendo a ilicitude de pactos, e outro punindo condutas unilaterais que tenham por escopo dilatar ou reter um monopólio, ou abusar de posição dominante no mercado. A legislação antitruste brasileira não faz tal discriminação límpida de acordos e práticas unilaterais, todavia a categorização é utilizada na

regulação do trato com as infrações da ordem econômica (PEREIRA NETO; CASAGRANDE (2016).

Logo, as hipotéticas condutas anticoncorrenciais estão definidas no art. 36, da Lei n.º 12.529/2011, *ipsis 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:

[...] (grifos nossos)

Dessa sorte, o método legislativo aplicado no Brasil alberga: I – o abalçamento de repercussões de ações empresariais que, se apuradas, configurarão a ação como uma infração; e II – a listagem exemplificativa de ações empresariais potencialmente aptas a causar tais repercussões. A materialização de uma infração da ordem econômica não se esgota com a integração da ação às inferências ilustradas nos incisos do § 3º supratranscrito; constitui-se substancial o liame entre o disposto no caput do citado artigo e seus incisos.

Análoga categorização é ordinária no fito de estudar o controle concorrencial repressivo, versando acerca do ônus de prova necessário à constituição da ilicitude de ações empresariais. Por isto, as autoridades antitruste aplicam como padrão geral de investigação a regra da razão – *rule of reason*, conforme a qual só são capazes de ser identificadas como ilícitas se forem propriamente evidenciados os seus impactos anticoncorrenciais, apreciando-se ocasional elemento negativo com

prováveis benefícios econômicos derivados, tais como redução de preços, eficiência produtora ou fomentos para aperfeiçoamento. Incomumente, certas ações são apreciadas como passíveis de penalidades por meio da constatação de sua trivial existência – ilícitas *per se condemnation*.

Desde a primitiva Lei n.º 8.884/1994, o CADE julga que as infrações à ordem econômica exteriorizam um caráter dual por meio do estabelecido no arcaico artigo 20, caput – hodierno art. 36 da Lei n.º 12.529/2011¹³. 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.

Nessa perspectiva, o exercício de cartel clássico tem sido julgado pelo CADE como uma infração por objeto, dado que nesses feitos as repercussões anticoncorrenciais defesas em lei seriam o respectivo objeto da ação e, por consequência, seriam capazes de presunção¹⁴. Dessa forma, manifestar-se-ia

13 Nessa senda, destaca-se o seguinte trecho: “[...] o caput do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito. [...] essa posição faz corresponder à Administração um ônus de prova que, dado o tipo da infração investigada, não é exigido pela lei.” (Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz nos autos do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33, Representante: UNIDAS – União nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – antigo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – COOPANEST/BA, Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. – GPA, 11-5-2006).

14 “A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, i.e., a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma ‘maneira objetiva’, dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser ‘possível’. Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que não se punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto).” (Voto do conselheiro Luis Fernando Schuartz no Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33, Representante: UNIDAS – União nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – antigo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência

prescindível à autoridade antitruste a apreciação esmiuçada de hipotéticos impactos negativos sequentes ao ato colusivo, perante à investigação, para tipificar uma infração da ordem econômica, tal como seria inadequado ponderar latentes repercussões positivas da execução. Sem embargo, em determinadas circunstâncias o CADE tem assentado ser impositivo, ainda que para qualificar uma infração por objeto, a comprovação de que os resultados objetivados seriam nitidamente suscetíveis de conquista. Sem tal comprovação, que correntemente requer o reconhecimento da presença de poder de mercado dos investigados, não teria tipificação da ilicitude.

Hodiernamente, determinados julgados do CADE têm procurado discernir, de forma translúcida, as infrações por objeto e por efeito, aliando a exegese do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência à sistematização elaborada pelos teóricos europeus.

Em síntese, a jurisprudência do CADE demanda firmar determinados parâmetros mais definidos para a orientação do ônus da prova entre o órgão e os investigados para situações englobando diversos tipos de ações anticompetitivas, em conformidade com estimativas quanto à repercussão negativa sequente à prática, trazendo como sustentáculos o conhecimento europeu acerca das infrações por objeto e o conhecimento estadunidense quanto às infrações *per se condemnation*.

Dessarte, nas hipóteses de infrações por objeto, observa-se a presunção *juris tantum* de que a ação empresarial engendra as repercussões dispostas em lei, de sorte que evidenciada a sua presença pela autoridade antitruste, incumbe ao investigado comprovar que tais repercussões não sucedem no plano factual, no escopo de rechaçar eventual qualificação de ilicitude. Caso verificada a integral ausência de repercussões, ou a inverossimilhança de sua cristalina geração, a infração deve ser desclassificada e a ação absolvida. Às avessas, a presunção *juris tantum* se transfiguraria em presunção *juris et de jure*, em explícita ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

à Saúde – CIEFAS, Representadas: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – COOPANEST/BA, Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. – GPA, Cons. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, 11-5-2006).

Na hipótese de infrações tipificadas por efeito, cabe à autoridade antitruste apontar tanto a existência da ação, quanto sua repercussão anticompetitiva, sendo exequível ao investigado oferecer fundamentos econômicos que legitimem a ação praticada.

Outro prima expressivo na particularização das infrações por objeto e por efeito é a insignificância do elemento volitivo. Visto que as infrações da ordem econômica se materializam por responsabilidade objetiva, a identificação deve sopesar os elementos objetivos da conduta, não o incerto propósito do sujeito ativo. Em contrapartida, o regime de responsabilidade objetiva não se emprega a pessoas físicas que atuem em cargo de administração, cuja pena necessite da constatação de culpa ou dolo – art. 37, III, Lei n.º 12.529/2011. Para mais, malgrado a lei não instituir claramente o mesmo requisito de constatação de culpa ou dolo para emprego a eventuais terceiros envolvidos em infrações concorrenciais, seria incongruente não empregar o mesmo requisito de culpabilidade a sujeitos possivelmente submissos à subordinação hierárquica dentro das organizações firmadas.

Tais fragmentações teóricas montam o trato com as ações anticoncorrenciais na Lei de Defesa da Concorrência, todavia deve-se observar que não estão integralizadas. Notadamente, as experiências e deduções fixadas à sombra do binômio objeto/efeito mantêm-se em desenvolvimento pelo CADE, pois o seu emprego está remoto de ser harmônico.

A Lei n.º 12.529/2011 arquiteta em seus arts. 37 e seguintes as diretrizes para a execução das sanções por infrações da ordem econômica. Além das multas previstas no art. 37, a Lei de Defesa da Concorrência institui em seu art. 38 outras penalidades que podem ser empregadas pelo Tribunal Administrativo do CADE em face de infrações contra a ordem econômica “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”. Este engenho deixa límpida a natureza atípica dessas sanções, as quais compreendem:

Art. 38. [...]:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

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

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

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

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

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

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

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

VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O último inciso, claramente, atribui ao CADE poder discricionário para idealizar parâmetros interventivos, bem como latentes soluções estruturais para metamorfosear a performance concorrencial do mercado após a verificação da infração. Tais atribuições imoderadas têm de ser manipuladas com juízo sensato e em circunstâncias justificadas, continuamente subordinando-se ao princípio da proporcionalidade.

O emprego das penalidades estabelecidas nos arts. 37 e 38 por infrações da ordem econômica devem julgar as seguintes circunstâncias agravantes e atenuantes fixadas no art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência, *in verbis*:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I – a gravidade da infração;

II – a boa-fé do infrator;

III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – a consumação ou não da infração;

V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator; e

VIII – a reincidência.

Afora a reincidência, as demais circunstâncias têm índole mais subjetiva, devendo ser estruturadas de modo singular e transparente na fundamentação da

decisão do Tribunal Administrativo, na qual consignará, comumente, o voto do conselheiro relator ou, na hipótese de ter sido vencido, o voto do condutor da decisão do colegiado.

Tecidas tais reflexões teóricas que compõem a óptica *mainstream*, suceder-se-á o estudo dos principais impactos que a intervenção estatal antitruste tem engendrado no direito à livre concorrência e, por ricochete, no desenvolvimento econômico pátrio.

4 A METAMORFOSE TEÓRICA DE UMA PERCEPÇÃO ECONÔMICA DESACERTADA E SEUS COROLÁRIOS NO PLANO JURÍDICO-ECONÔMICO

A medula do hipertrofiado corpo estatal é composta, substancialmente, pela aplicação falha do que constitui, com efeito, a concorrência e o monopólio, sendo necessária uma mutação da compreensão *mainstream* com o fito de tornar inteligível as múltiplas imperfeições que, hodiernamente, se sucedem no domínio do mercado.

4.1 A concorrência e o monopólio sob uma óptica distinta

Malgrado a tenaz negação aos irrefutáveis indícios históricos, bem como a crença de que os diplomas normativos antitruste foram elaborados com escopo de atingir o fito de avalizar um universo concorrencial livre e equânime, quer sob a óptica do empresário, quer do consumidor, corporifica-se o fundamento para indagar a sua legitimidade: a sistemática antitruste ao demandar lograr sua finalidade, ocasiona, com efeito, repercussões antagônicas às teoricamente almejadas.

Reputando-se, pois, que o objetivo do antitruste é o encastelamento da concorrência, posto que esta traz proveitos para o consumidor – aperfeiçoamento contínuo, pluralidade de bens e serviços possíveis de escolha, custos reduzidos, acréscimo da qualidade, e outros – é imperioso assentir que tal só será galgado com a aplicação do conceito preciso de concorrência. Ao revés, as repercussões geradas serão contrastantes às conjecturadas, sendo propriamente isso que tem sido verificado no plano factual.

Consoante Ramos (2015), os estudiosos adeptos ao direito antitruste analisam a concorrência, desacertadamente, como um estado ou situação estática, suscetível de captura e controle. Em norte oposto, os teóricos da Escola Austríaca reputam a concorrência como um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração incessantes, sendo decerto conflitante com a intervenção estatal que, no que lhe concerne, reflete uma barreira, ou mesmo supressão, do processo concorrencial genuíno.

Corroborando o exposto, o exame do ínterim compreendido entre 1885 e 1920, fez High e DiLorenzo (1988, *apud* RAMOS, 2015) apurarem que os economistas a essa época não consentiam com os diplomas normativos antitruste, precisamente em razão de que julgavam a concorrência um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração. Aferiu-se que, posteriormente a 1920, o paradigma estático de concorrência perfeita foi, gradualmente, sendo acolhido. Progridem os autores ao expor que era ordinária a interpretação entre os economistas, no lapso que corresponde ao prelúdio do *Sherman Act*, de que 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.

Face ao exposto, é manifesto que a eclosão de grandes corporações como derivação de fusões e aquisições era compreendido pelos economistas, à época inaugural do *Sherman Act*, não meramente como um método de mitigar os dispêndios com a produção em ampla proporção, mas, outrossim, como um meio de diminuir as despesas com publicidade e traslado. Tal desdobramento do mercado, notoriamente, formava vantagens para o consumidor e para o corpo social. Em síntese, compreendia-se que era absolutamente factível a existência sincrônica da concorrência e de grandes corporações em um mesmo mercado.

Doravante 1920, foi-se apagando o panorama ativo do processo concorrencial trazido pelos teóricos liberais clássicos, de sorte que a ciência econômica neoclássica aderiu ao desacertado paradigma atomístico de concorrência perfeita, moldando-se para escusar a intervenção antitruste como uma imperativa reparação de presumidas imperfeições do mercado (RAMOS, 2015).

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.

O paradigma de concorrência perfeita é não mais que uma composição teórica e fictícia que conjectura um mercado harmônico e em circunstâncias

quiméricas, não sendo estas, em tempo algum, verificadas empiricamente, desdobrando-se na observação de que em todo mercado real, por mais que a concorrência esteja materializada, manifeste incorreções que reclamarão intervenções para fito de reparo. Tal paradigma alicerça o direito antitruste e seus desacertados parâmetros intervencionistas. Nesta senda, Kirzner (2000, p. 11) aduz que:

“Perfect” competition therefore came to mean the situation in markets where each and every participant lacks *any* power whatever directly to influence product price or product quality. [...] the notion of the state of perfect competition is, after all, seen in mainstream economics not as a description of reality, but as a model able to serve (a) as a theoretical framework helpful for understanding realworld markets, and (b) as a yardstick of perfection against which to assess the seriousness with which real world situations (of less-than-“perfect” competition) fall short, in terms of the resulting pattern of resource allocation, as compared with the perfectly competitive efficiency ideal. It is this model of perfect competition which is, in mainstream economics, seen as the heart of the law of supply and demand, and which has, in the history of modern antitrust policy, driven governmental efforts to “maintain competition” – that is, to secure a structure of industry reasonably close to the perfectly competitive ideal.¹⁵

Destarte, decerto a mais crítica objeção do direito antitruste seja a de que seu eixo normativo se apoia em uma teoria defectiva de concorrência perfeita, pela qual a concorrência seria um estado de coisas, um quadro paralisado capaz de ser capturado e transfigurado, e não um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração incessantes.

15 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 irreais, incluindo informações perfeitas e universais sobre todos os atuais, bem como os potenciais, eventos do mercado. [...] a noção de que é possível haver uma situação de concorrência perfeita é, afinal, vista na economia convencional não como uma descrição da realidade, mas como modelo capaz de servir (a) como arcabouço teórico útil para entender os mercados reais, e (b) uma métrica de perfeição contra a qual avaliar a extensão em que as situações reais (de concorrência “menos que perfeita”) está distante – em termos do padrão resultante de alocação de recursos – do ideal de eficiência perfeitamente concorrencial. É esse modelo de concorrência perfeita que é, na economia convencional, visto como o núcleo da lei de oferta e demanda, e que levou, na história moderna das políticas antitruste, a esforços governamentais para “manter a concorrência” – isto é, assegurar uma estrutura empreendedorial razoavelmente próxima ao ideal perfeitamente concorrencial. (KIRZNER, 2000, p. 11).

A valer, no paradigma de concorrência perfeita que respalda o antitruste, despreza-se a natureza ativa do processo concorrencial, especulando-se um campo de harmonia predeterminada, na qual os atributos reais do mercado são ignorados e, como efeito, metamorfoseados para uma forma ficta.

Avante, o paradigma de concorrência perfeita conjectura: I – que existe uma quantidade indeterminada de concorrentes e consumidores; II – que estes detêm um conhecimento integral sobre o mercado que exercem; III – que existe uniformidade de produtos; IV – que não há bloqueios sintéticos que atravanque o fluxo dos bens; V – que não se verifica aperfeiçoamentos tecnológicos aptos a influenciar nos custos e na predileção do consumidor, dentre outros (RAMOS, 2015). Em síntese, esse paradigma prognostica uma cadeia de circunstâncias perfeitas para a performance de um mercado.

No horizonte de perfeição, nenhum concorrente se encontra qualificado a auferir mais que o elementar para contrapesar seus empenhos operacionais, acrescido de um sucinto lucro dos recursos aplicados. Nesse plano, nenhum empresário seria apto a lograr um rendimento sem assenhorar-se de uma imaginada “renda social” (REISMAN, 1968).

Ademais, como o mercado, no plano factual, em tempo algum exporá tais traços teoricamente perfeitos e integralmente fantasiosos do paradigma intangível da concorrência perfeita, os paladinos do antitruste asseveram que a intervenção estatal é capital à correção das presumidas falhas ou imperfeições.

Sob esse viés pondera-se que não se deve condescender com uma imaterialização que tão somente delineia um estado de coisas quimérico em um curto lapso temporal como padrão de análise de um mercado concreto em movimento, tampouco aplicar tal imaterialização como subterfúgio para a intervenção estatal na esfera econômica. Cuida-se, patentemente, de uma designação ilegítima e sem respaldo científico. Sem embargo, é precisamente isto que as leis antitruste operam, gerando um número farto de processos arbitrários, consoante aduz Reisman (1968, n. p.):

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. This "concept" is at the base of antitrust prosecutions, which have forced businessmen to operate under conditions approaching a reign of terror.¹⁶

A impropriedade da Teoria da Concorrência Perfeita para investigação do mercado real é cristalina, uma vez que, se determinado mercado funcionasse em conformidade com o paradigma estático de concorrência perfeita, não existiria a própria concorrência. Com efeito, qualquer exercício da concorrência por parte de um agente econômico exorbitaria as fronteiras do paradigma exposto – a citar aperfeiçoamento tecnológico, publicidade ou atenuação de preços – logo, escusa a intervenção estatal. O emprego da citada teoria frustra, antagonicamente, o desdobrar do encadeamento concorrencial.

Como sequela da aplicação desacertada da matemática da ciência econômica, tem-se a adesão de muitos estudiosos do Direito Antitruste à Teoria da Concorrência Perfeita a fim de legitimar a intervenção estatal na esfera econômica por intermédio de parâmetros antitruste. Contrastando os dois vieses de concorrência apresentados, bem como se utilizando da analogia de um filme fotográfico, De Soto (2014, n. p.) aduz que a concorrência perfeita é um modelo que:

[...] enxerga a concorrência como sendo uma situação. É como se a concorrência fosse analisada como uma fotografia instantânea. Os defensores deste modelo são os economistas matemáticos que acreditam na tese de que uma economia sempre pode estar em “equilíbrio”. Nos modelos matemáticos de concorrência perfeita, a concorrência é definida como perfeita quando, ao se fazer esta fotografia instantânea de um determinado processo de mercado, observa-se nesta foto – que nada mais é do que uma situação estática, sem nenhum movimento – a existência de múltiplos ofertantes, todos eles vendendo o mesmo produto, com exatamente as mesmas características e ao mesmo preço. [...] É aqui que podemos constatar, novamente, um dos exemplos mais claros do nefasto efeito gerado pelo uso da matemática na ciência econômica. Dado que a ciência econômica nada mais é do que a ciência da ação humana, os fenômenos estudados dependem totalmente da

16 Esse “conceito” divorciado da realidade, esse “ideal de perfeição” platônico extraído do nada para servir de critério de julgamento de coisas existentes é uma das principais razões pelas quais empresários foram presos, grandes corporações faliram e outras foram privadas de se expandir, o progresso econômico foi retardado e a melhoria do nosso bem-estar material foi significativamente restrita. Esse “conceito” está na base de todos os processos antitruste, os quais têm forçado os empresários a operar em condições que se aproximam de um reinado de terror. (REISMAN, 1968, n. p.).

interação voluntária entre bilhões de indivíduos, algo que por definição não pode ser matematizado. E, justamente para se tornar possível a matematização de algo que é impossível de ser matematizado, a concorrência, que é um processo dinâmico, passa a ser analisada como uma situação, um estado de equilíbrio, que é o único matematizável. E o empenho em se aplicar uma metodologia errônea oriunda do mundo das ciências naturais – onde há constantes, não existe tempo nem criatividade – ao âmbito das ciências sociais protagonizadas por seres humanos pode apenas gerar múltiplos erros, dentre eles o mais importante é o fato de se endeusar um conceito tão absurdo quanto o conceito estático de concorrência perfeita.

Dessa forma, extrai-se que o positivismo e o empirismo, intrínsecos às ciências naturais, não devem alicerçar a Economia, dado que esta constitui uma ciência social, não podendo, logicamente, ser manipulada em testes laboratoriais a fim de causar um efeito aspirado.

A sistemática aplicada pelas ciências naturais é discordante da que deve ser utilizada pelas ciências sociais, valorando-se que aquelas têm por objeto coisas materiais, enquanto estas têm pessoas ou ideias imateriais. Para além disso, ao tempo em que as ciências naturais se fundamentam no positivismo e no empirismo, trazendo à luz teorias engendradas a partir de experiências, as ciências sociais, das quais a economia constitui como elemento, têm de se fundar no apriorismo, elaborando teorias não só emancipadas de testes laboratoriais, mas conjuntamente impossível de serem contestadas por tal meio. Nesse sentido, Mises (2010, p. 58) alude que:

A experiência com a qual as ciências da ação humana têm de lidar é sempre uma experiência de fenômenos complexos. No que diz respeito à ação humana, não se pode realizar experiência em laboratório. Nunca temos condição de observar a mudança em um elemento isolado, mantendo-se todos os demais inalterados. A experiência histórica, na condição da experiência de fenômenos complexos, não nos fornece fatos, no sentido com que as ciências naturais empregam este termo, para designar eventos isolados testados em experiências. A informação proporcionada pela experiência histórica não pode ser usada como material para a construção de teorias ou para previsão de eventos futuros. Toda experiência histórica está aberta a várias interpretações e de fato, é interpretada de diversas maneiras. Os postulados do positivismo e escolas metafísicas congêneres são, portanto, ilusórios. É impossível reformar as ciências da ação humana obedecendo a padrões da física ou de outras ciências naturais. Não há possibilidade de estabelecer a posteriori uma teoria de conduta humana e dos

eventos sociais. A história não pode provar nem refutar qualquer afirmação de caráter geral, da mesma maneira que as ciências naturais aceitam ou rejeitam uma hipótese, com base em experiências de laboratório. Neste campo, não é possível provar por experiências que uma hipótese seja falsa ou verdadeira.

Destarte, a economia tem como objeto de estudo a ação humana, cuidando-se, pois, dos indivíduos que se conduzem no escopo de alcançar a execução de seus desígnios. Trata-se, pois, de um objeto de estudo integralmente aleatório.

A ausência de reconhecimento da obscuridade e aleatoriedade da ação humana, bem como a aplicação de uma sistemática inerente às ciências naturais, a citar o empirismo, no estudo da Economia, fizeram com que os economistas neoclássicos arquitetassem o paradigma de concorrência perfeita e, outrossim, passassem a aplicá-lo como critério normativo para investigar e construir de um juízo acerca do desempenho de mercados reais, sendo estes, à vista disso, compostos por indivíduos – empresários e consumidores, objetos de estudo incompatíveis com experiências laboratoriais (DE SOTO, 2012).

A matematização do processo concorrencial, por intermédio da aplicação do paradigma da concorrência perfeita, amolda-se à doutrina intervencionista que embasa o antitruste, porquanto nutre a tese de que um seletivo grupo é capaz de antever os eventos que sucederão e, em consequência, projetar o andamento do mercado.

Unicamente desprezando a rigidez das leis econômicas, e permutando-as por teses imprecisamente confeccionadas a partir do empirismo, é que os economistas podem fundamentar a hipotética intervenção do Estado nos mercados. Contudo, como o real perpetuamente se estabelece e, assim sendo, as leis econômicas são irrevogáveis pelo querer humano, as sequelas da intervenção estatal são sempre cataclísmicas.

Ao lado avesso do hodierno *mainstream* acadêmico, a Escola Austríaca de Economia, em sentido uníssono com a Teoria Liberal Clássica, continuamente observou a concorrência como um processo ativo e indeterminado, jamais como um estado de coisas, máxime pelo feito de tal Escola assentir que a economia se trata de uma ciência praxeológica que pesquisa a ação humana, objeto de estudo que evidentemente é impassível, como já manifesto, de ser alvo de experiência,

matematizado ou tolhido em um paradigma predeterminado aleatoriamente. Os teóricos austríacos dispõem que o sistema de mercado é substancialmente competitivo, de sorte que não se associa com o paradigma estático de concorrência perfeita (KIRZNER, 2000).

Dito isso, o paradigma de concorrência perfeita define como imperfeita a autêntica concorrência, por outra forma como sendo um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração no qual: I – existem múltiplos bens e serviços fazendo-se ofertados e demandados no mercado; II – a quantidade de concorrentes é determinada por inúmeras variáveis; III – bloqueios sintéticos ao ingresso são construídos; IV – os custos e os atributos dos produtos e serviços são mutáveis; e V – os indivíduos que compõem tal mercado não detêm as informações totais de mercado e outros (RAMOS, 2015).

A intrínseca imperfeição do sistema concorrencial ativo, em lugar de legitimar a intervenção estatal nos mercados factuais, no escopo de que se tornem análogos a um paradigma utópico e improgressivo arbitrariamente engendrado, teria de ser fundamento bastante para que o mercado operassem com ampla liberdade, conduzindo-se em um norte voluntário de autorregulação.

Vital seria, pois, em vez de aplicar parâmetros antitruste em face de empresas, limitando ou vedando suas ações, impugnar o agir anticoncorrencial conduzido pelo Estado, de sorte a desestruturar a cultura de troca de favores e apadrinhamento político hodierna.

Em progresso, a aplicação de um conceito desacertado de concorrência promove semelhante revés conceitual do qual experimenta a teoria econômica que alicerça o antitruste: a compreensão de que monopólios são mercados demasiadamente concentrados, nos quais encontra-se somente um fabricante, vendedor ou congênere.

Infere-se, conseqüentemente, que um mercado no qual se encontra unicamente um¹⁷ ofertante manifesta uma imperfeição – monopólio – que deve ser reparada por intermédio da intervenção antitruste.

17 Caso haja dois ofertantes, ter-se-á um duopólio; se conta-se poucos, ter-se-á um oligopólio (MANKIW, 2013).

Doutro norte, o conceito primordial de monopólio concerne a uma intervenção arbitrária do Estado que atravança a concorrência. Assim, Brozen (1969, p. 67) explana que:

Quando Adam Smith escreveu “a riqueza das nações”, não havia dúvida alguma na mente de qualquer pessoa que monopólios eram resultado do poder governamental. Poucos achavam que eles podiam florescer sem suporte do governo. Os únicos monopólios proeminentes eram resultado de privilégios estatais.

A defesa estadunidense da livre concorrência e o ataque aos monopólios impositores formados pelo Estado por meio da outorga de regalias a certos empresários perdurou por múltiplas décadas, sendo somente rejeitada com a elaboração do *Sherman Act*, marco temporal que desorientou a separação conceitual dos monopólios (RAMOS, 2015).

Nessa marcha, o monopólio, a valer, tem de ser conceituado como uma conjuntura em que se encontram barricadas legais ao ingresso de competidores, em tempo algum como um quadro em que uma empresa detenha elevada concentração derivada de sua superior eficiência. Inexistindo defesa legal à entrada, a concorrência perpetuamente viverá, mesmo que transitoriamente haja somente um, dois ou poucos ofertantes de bens ou serviços, estes serão demandados pelos consumidores presentes no mercado.

Dito isso, no tempo em que o Estado não origina um monopólio por intermédio de limitações legais à concorrência, uma certa empresa só será capaz de capturar significativa parcela do mercado tornando-se mais operativa em detrimento de seus competidores, por outro modo, com a oferta de bens ou serviços de preço reduzido, de qualidade elevada ou esta e aquele simultaneamente. À vista disso, a concentração empresarial, malgrado intitulada inadequadamente de monopólio, não acarreta lesão ao mercado. Nessa senda, De Soto (2014, n. p.) aclara que:

[...] se o processo dinâmico é livre e os empreendedores participam dele emulando-se e concorrendo entre si, então, se em um determinado momento existir somente um empreendedor, isso significa que ele preponderou justamente por ter se mostrado mais apto que seus concorrentes a atender as necessidades dos consumidores. Logo, a existência de uma única empresa em um determinado setor econômico cuja entrada seja livre para os concorrentes não é prejudicial para os consumidores; significa

apenas que esta empresa está ofertando um bom serviço para os consumidores. Havendo uma ausência de barreiras legais para se entrar no mercado, há concorrência. Se o mercado é servido por uma única empresa, isso não configura monopólio. A concorrência existe a partir do momento em que o Estado não proíbe legalmente outras empresas de entrar no mercado. Em um âmbito de plena liberdade empreendedorial, existir apenas um ofertante significa que este soube como atender aos desejos dos consumidores de forma mais eficaz e satisfatória do que todos os outros.

De natureza igual, em um meio sem barricadas legais construídas pelo Estado no escopo de obstar a concorrência, deve-se frisar que determinada empresa só será capaz de se tornar monopolista através da eficiência em face dos seus concorrentes, bem como, notoriamente, só conservará ou dilatará sua posição na hipótese de avançar eficiente.

O monopolista restar-se-á incapaz de abusar da posição dominante em razão da concorrência potencial. Tendo em vista a entrada livre, a prática de preços elevados ou a redução da qualidade dos produtos ou serviços terá por desdobramento o dissabor do consumidor que, a seu turno, não hesitará em esquadriñar por novos concorrentes que aflorarão no mercado.

Surge com clareza solar a obrigação das empresas de se reinventarem incessantemente, aprimorando a qualidade e diminuindo os custos de seus produtos ou serviços. Ao aclarar que no livre mercado inexistem direitos adquiridos, De Soto (2014, n. p.) aclara que:

[...] exatamente por não haver direitos adquiridos, um empreendedor jamais pode se acomodar no livre mercado. O fato de ele haver triunfado hoje não significa que ele continuará triunfando amanhã. Se ele deixa de estar alerta e se torna menos perspicaz que seus concorrentes, ou se ele deixa de satisfazer as necessidades de seus consumidores de maneira satisfatória e a preços baixos, surgirá em pouco tempo um exército de concorrentes – reais e potenciais – que colocará em perigo sua situação de predomínio. Estes concorrentes tentarão lucrar em cima deste seu desleixo.

Para além disso, a concorrência latente, a concorrência de suplentes e a flexibilidade da demanda são os principais embargos capazes de frustrar um monopolista, quer seja de bens ou serviços, de abusar da posição econômica dominante. Unicamente a ininterrupção da eficiência competitiva o preservará no mercado.

É inconteste que o Estado é o agente produtor de monopólios, duopólios e oligopólios, pois detém o poder de construir bloqueios legais ao ingresso de concorrentes. Inexistindo tais bloqueios, a concorrência será perene, independentemente do mercado estar altamente concentrado. Livre mercado e monopólio são sentenças antagônicas, tal como o são intervenção estatal e concorrência.

4.2 As incorreções da intervenção antitruste

Uma ação de concentração empresarial que se amolde às condições definidas pelo diploma normativo antitruste tem de ser sujeitada ao julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o qual será capaz de reprová-la, obstando sua consumação, ou ditar obrigações para a sua execução. Para esse fim, o Direito Antitruste se assenta no paradigma de concorrência perfeita, valorando a elevada concentração de mercado, como uma incorreção do mercado que prescinde de reparação por meio da intervenção do Estado.

O escopo do controle prévio de estruturas é, como visto, embargar latentes ações anticoncorrenciais vindouras, capazes de serem consumadas por empresas ou grupos empresariais que, após atos de concentração, expusessem poder de mercado.

A execução de operações antitruste propende a conjecturar a concorrência como uma imperfeição na quantidade de indivíduos, não como um defeito na liberdade de ingresso ao mercado; uma quantidade inferior de competidores resulta na verificação de um grau mínimo de concorrência em um mercado específico. Tal percepção, todavia, é desacertada, visto que sem óbice legal ao ingresso, a concorrência perpetuamente viverá, ainda que no âmbito de mercados concentrados. Doutro norte, a presença de obstáculos legais ao ingresso dizimará a concorrência, independentemente de se estar em um mercado com poder dissipado.

Nessa marcha, com o emprego do conceito acertado de concorrência – um processo ativo e indeterminado de disputa e exploração incessantes, depreende-se que a consecução de poder de mercado ou a ascensão a uma colocação dominante

ou monopolista, são corolários da eficiência empresarial e, outrossim, não refletem a extinção ou minoração da concorrência, senão seu intrínseco desdobramento.

Destarte, limitar ou inibir as ações de concentração empresarial, em lugar de ser uma ordem em defesa da concorrência, como resguardam os paladinos do antitruste, impede a intrínseca natureza do sistema concorrencial.

No arranjo normativo antitruste brasileiro, encontra-se um Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, no qual se observa parâmetros elementares utilizados pelo CADE no denominado controle de estruturas.

Ao aplicar-se os parâmetros do supracitado Guia, unicamente um pequeno número de concentrações empresariais deve ser reprovado, em razão de que as condições para observar o poder de mercado esporadicamente se figurarão no plano corpóreo, de sorte que a maior parcela de ações sujeitadas ao julgamento do CADE é aprovada sem restrições¹⁸.

A despeito disso, a sucinta cifra de eventos que o CADE rejeitou ou determinou substanciais limitações às ações de concentração empresariam já bastou para descortinar as falhas dessa espécie de intervenção estatal, de forma a voltar os holofotes às lesões produzidas no mercado e aos danos ocasionados aos consumidores. Consoante Ramos (2015), alguns casos emblemáticos têm o condão de demonstrar tal argumento, a citar *Kolynos-Colgate*, *AmBev*, *Nestlé-Garoto* e *Sadia-Perdigão*, pormenorizados a seguir.

O caso *Kolynos-Colgate* traz que a descabida restrição fixada pelo CADE, qual seja a interrupção da marca de creme dental *Kolynos* por quatro anos, fez suprimir essa basilar vendedora do horizonte do mercado. A *Colgate*, a seu turno, forjou a recente marca *Sorriso*, ação demasiadamente dispendiosa para transformá-la em uma sucessora da *Kolynos*.

Por sua vez, o caso *AmBev* acarretou na saída forçada da cervejaria *Bavária*, englobando inclusive fábricas, que conservava somente 3% de um mercado extraordinariamente competitivo, jamais afetado pela notável fusão. Tal providência foi incapaz de diminuir o poder de mercado da *AmBev*, que prosseguiu dispendo de cerca de 70% de participação no mercado. Não porventura, a aludida empresa

¹⁸ No ano de 2017, o CADE apreciou 379 atos de concentração empresarial, de sorte que 356 foram aprovados sem restrições determinadas (CADE, 2017).

tornou-se continuamente policiada pela autoridade antitruste e inculpada por adversários aquém no nível de eficiência, fato que importou em processos antitruste¹⁹.

No caso *Nestlé-Garoto*, o CADE julgou reprovado integralmente a ação que agrupava as marcas por motivo de que as duas empresas articuladas reuniriam em torno de 60% o mercado de chocolates e experimentariam apenas a *Kraft* como concorrente. O veredito do CADE, todavia, nunca foi executado, porquanto a *Nestlé* obteve a reversão no Poder Judiciário. Enfatize-se que a data da decisão preambular do CADE, no ano de 2004, até a época atual sequer um dos prognósticos da autoridade antitruste se consolidou, de sorte que o mercado encontra-se mais heterogêneo do que outrora. Ao avesso, a *Garoto* dilatou em mais de 40% a sua produção, alargou suas exportações, admitiu 500 empregados, adentrando em múltiplos campos de mercado, a citar sorvetes, sobremesas, geleias e outros, o que impulsionou seu acervo de produtos em aproximadamente 90%. Simultaneamente, evidenciando a natureza ativa e indeterminada do sistema concorrencial, novos paradigmas de comércio se ergueram ou se desenvolveram, citando como caso análogo as empresas *Kopenhagen* e *Cacau Show*.

A seu turno, no caso *Sadia-Perdigão* as limitações fixadas pelo CADE foram críticas. O órgão antitruste brasileiro reputou acentuada a concentração em razão de que a corporação derivada da fusão auferiria 14 tipos de produtos, o que fez estabelecer inúmeros critérios restritivos à sua aprovação.

Outrossim, frise-se que a sujeição das empresas ao julgamento da autoridade antitruste anteriormente à celebração do negócio jurídico que constituirá uma estrutura empresarial é funesta à economia, uma vez que gera um dispêndio exorbitante, ao passo em que também acarreta insegurança jurídica e produz inconsistências no mercado que hipoteticamente se situe em períodos de manifestação de concentração empresarial.

Os órgãos antitruste observam as ações de concentração empresarial com suspeita em razão de que se alicerçam em um paradigma quimérico e improgressivo de concorrência perfeita, não no genuíno sistema concorrencial que se verifica no

19 No processo atinente ao programa de relacionamento com bares e restaurantes, intitulado "*Tô contigo*", que se tratava de pactos de exclusividade, o CADE estabeleceu uma multa para além de R\$ 350 milhões de reais (PIRES, 2009).

plano factual. As ações substancialmente concorrenciais – fusões e aquisições, são vias pelas quais os empresários percorrem no escopo de encontrar, por intermédio do teste e da falha, o emprego mais adequado dos fatores de produção, norteados pelo processo de preços e pelos procedimentos de lucros e prejuízos.

Independentemente das hipóteses em que a ação de concentração empresarial não se externa rentável ou eficaz, não se traduz a presença de imperfeição de mercado que pleiteie qualquer espécie de reparação. Falhas são habituais no plano de liberdade e dubiez em que permanecemos, compondo o incessante encadeamento de conhecimento.

Para além disso, as falhas não estão restritas ao campo de ação dos empresários, de sorte que os burocratas também estão suscetíveis à falha no decurso do julgamento da capacidade lesiva ao meio concorrencial de certo ato de concentração empresarial. Não obstante, a racionalidade econômica aponta no sentido de optar pelas falhas dos empresários em detrimento das provenientes de ações de burocratas, valorando-se que, além da probabilidade inferior de ocorrer falhas em razão do conhecimento técnico apurado e da melhor percepção do dinamismo intrínseco ao mercado, experimentam a tormenta das sequelas restadas de suas falhas, que podem ser desde a queda dos lucros até a total ruína; do lado avesso, os burocratas não têm capacidade técnica suficiente e não lidam com qualquer efeito de vereditos imprecisos. Alude Block (1994, p. 37) que:

One problem with the foregoing is that it pushes the courts into the role of determining whether or not any particular type of industrial organization or contract is or is not “cost saving.” But the judiciary has no comparative advantage in making any such determinations. Its members are not selected on the basis of being able to do so. Their salaries and promotions are not in any way tied to success in distinguishing efficient arrangements from inefficient ones. Failures are not punished with demotions. Achievement is not automatically rewarded with promotion, or with the awarding of bigger, more important or precedent setting cases. Why, then, should we expect this behavior from the courts?²⁰

20 Um problema com o acima exposto é que ele coloca os tribunais no papel de determinar se um determinado tipo de organização industrial ou contrato produz ou não uma “redução de custos”. Mas o Judiciário não tem vantagem comparativa para fazer tais determinações. Os seus membros não são selecionados em função de serem capazes de fazer isso. Seus salários e promoções não são de forma alguma ligados ao seu sucesso em distinguir arranjos eficientes de ineficientes. Falhas não são punidas com rebaixamentos. Acertos não são recompensados automaticamente com promoções, ou com a atribuição de casos

Em síntese, não se deve indefinidamente julgar uma ação de concentração empresarial como se o desígnio do agente econômico fosse sempre a conquista de poder de mercado para um sequente abuso de posição dominante. É inexequível a prognosticação de quaisquer repercussões oriundas de uma fusão ou aquisição empresarial. Contudo, eventual prognóstico efetuado no intercorrer do apreciar de uma ação de concentração empresarial deve compreender a interpretação de implicações prósperas ao consumidor, não o avesso; se os desdobramentos da ação não se reverterem em proveitos, tal não será em razão de hipotéticas imperfeições do mercado, mas falhas empresariais que serão arrançadas pelo intrínseco processo concorrencial do mercado – processo de preços e procedimentos de lucros e prejuízos.

Dentre os estratagemas concorrenciais ordinariamente obstados pelo Direito Antitruste está a denominada precificação predatória, sendo esta a conjuntura na qual uma desenvolvida corporação diminui transitoriamente os preços de bens ou serviços a um grau inferior aos custos, chegando a suportar danos nesse interstício temporal, com escopo de afastar os concorrentes inferiores e bloquear sinteticamente o ingresso de competidores latentes, para posteriormente reerguer significativamente os preços e lograr ganhos monopolísticos (FORGIONI, 2015).

Vital frisar, consoante Ramos (2015), que mesmo a Teoria Econômica *Standard* atribui dubiez ao êxito da precificação predatória. Para esse fim, o mesmo enumera seis argumentos que desarticulam essa suposta estratégia concorrencial.

Primeiro, estabelecer preços inferiores ao custo origina danos expressivos à corporação predadora, máxime em razão de que terá de ampliar a produção para arcar com os mercados dos concorrentes e desempenhá-lo por um período indefinido, mas durável o bastante para afastar os competidores existentes e intimidar aqueles em potencial.

Segundo, a interrogação que materializa o êxito da precificação predatória é notável por efeito de que os concorrentes são capazes de suportar a investida da predadora em face das múltiplas variáveis de mercado – a citar alcance acessível a crédito, adequada fluidez de caixa e outros. Irrefutavelmente, os concorrentes que

maiores e mais importantes. Por que, então, devemos confiar no conhecimento dos burocratas? (BLOCK, 1994, p. 37).

constituem o alvo dessa estratégia lutarão implacavelmente pela conservação de suas atividades empresariais.

Terceiro, a preliminar detecção da precificação predatória pode fazer com que os concorrentes mais astutos paralise momentaneamente as atividades, regressando a execução logo que os preços se estabilizem.

Quatro, mesmo que haja a supressão de agentes econômicos em razão da precificação predatória, inexistente garantia de que uma fortuita majoração de preços fará a corporação predadora se reestabelecer em seguida aos danos suportados nesse ínterim, uma vez que a impremeditada elevação de preços estimularia novos concorrentes, compelindo a uma periódica predação pela qual, como resultado, derivaria mais danos. Patentemente, a corporação predadora penetraria em um circuito dependente que sucederia na deserção do exercício ou, impreterivelmente, na total ruína.

Cinco, a Teoria da Precificação Predatória correntemente infere que a corporação predadora engendrou antecipadamente um acúmulo de capital para suportar os danos por um período determinado, todavia jamais explica de que forma a constituição de tal capital foi executada, tendo em vista que o monopólio apenas se corporificaria posteriormente à predação.

Seis, é imperativo admitir que a precificação predatória só se tornaria factível na hipótese em que o resultado almejado fosse mais elevado do que o provindo de qualquer outra aplicação que possuísse o condão de ser realizada com o capital desperdiçado. Todavia, a mensuração dessa medida é irrealizável porquanto não se observa a dimensão dos danos que se condensarão com a estratégia predatória, tampouco o período devido para suportar os danos.

Em conclusão, é inconteste que, durante o tempo da prática de precificação predatória, a parte mais desfrutadora é a do próprio consumidor por efeito da atenuação dos preços.

A Teoria da Precificação Predatória, malgrado a notoriedade atribuída, até os tempos hodiernos não foi capaz de evidenciar cabalmente a existência de um caso singular sequer em que a corporação tenha sido exitosa nesse estratagema concorrencial. No âmbito brasileiro não há registro de ao menos um caso em que o

CADE tenha penalizado uma corporação pelo exercício da precificação predatória (RAMOS, 2015).

Nessa senda, no escoar dos anos 2000, o CADE arquivou denúncias de tal estratégia concorrencial em face da empresa aérea *Gol* e, outrossim, da *Drogaria São Paulo*; sem embargo, o agir dos ineficientes ao imputar a prática de preços predatórios a essas empresas não foi infrutífero, conforme a seguir.

No que tange à empresa *Gol*, preliminarmente ao arquivamento da denúncia pelo CADE, esta teve sua campanha promocional denominada “*Viaje por R\$50,00*” vedada pelo Departamento de Aviação Civil – DAC (RAGAZZO, 2008).

A *Drogaria São Paulo*, no que lhe concerne, mesmo posteriormente ao arquivamento de sua denúncia pelo CADE, foi proibida de efetuar descontos que ultrapassassem o patamar de 15% no mercado nordestino, no qual estava se introduzindo, pelo Poder Judiciário (BASILE, 2008).

É patente, pois, que a Precificação Predatória é um mecanismo utilizado pelas corporações ineficientes com fito de golpear as empresas eficientes através do aparato legal antitruste, causando substanciais sequelas aos consumidores.

Em progresso, outro estratagema ordinariamente utilizado é o cartel, compreendido, em apertada síntese, como um pacto de preços entre concorrentes em um mesmo mercado (FORGIONI, 2015). Sincronicamente, cuida-se da mais difundida e admitida acusação em face do livre mercado, consistindo no fundamento mais aplicado para a teórica conveniência da intervenção estatal, mormente recorrendo a determinações antitruste.

A constituição de cartéis, de acordo com Rothbard (2009), reproduz o eixo do legítimo processo concorrencial ocorrido na autêntica esfera de livre mercado. Primitivamente, tem-se que cartéis são consequência de pactos voluntários, de sorte que não têm de ser caracterizados como ilegais; em razão da natureza de pacto voluntário, não se pode sustentar a corrente interpretação de que cartéis são organizações deletérias ao consumidor, valorando-se que estes têm a escolha de declinar as corporações componentes do hipotético cartel em exercício da flexibilidade da demanda.

Independentemente de que as corporações cartelizadas, ao pactuar o aumento de preços, constriam o consumidor a dispendê-lo de um elevado montante, citado autor (2009, p. 635) desenvolve ao asseverar que:

In their role as consumers, men would always like lower prices for their purchases; in their capacity as producers, men always like higher prices for their wares. If Nature had originally provided a material Utopia, then all exchangeable goods would be free for the taking, and there would be no need for any labor to earn a money return. [...] In *this* world, there are two, and only two, ways to settle what the prices of goods will be. One is the way of the free market, where prices are set voluntarily by each of the participating individuals. In this situation, exchanges are made on terms benefiting all the exchangers. The other way is by violent intervention in the market, the way of hegemony as against contract. Such hegemonic establishment of prices means the outlawing of free exchanges and the institution of exploitation of man by man – for exploitation occurs whenever a coerced exchange is made. If the free-market route – the route of mutual benefit – is adopted, then there can be no other criterion of justice than the free-market price, and this includes alleged “competitive” and “monopoly” prices, as well as the actions of cartels. In the free market, consumers and producers adjust their actions in voluntary cooperation.²¹

A valer, é inconteste que permutas voluntárias são, em todo tempo, favoráveis às duas partes envolvidas, uma vez que do contrário não se consumiriam. Destarte, se determinado consumidor permanece comprando bens ou serviços de uma corporação que elevou seus preços em razão da constituição de um cartel, é provável conjecturar que sua conduta é volitiva à medida que compreende ser a transação positiva às suas necessidades.

²¹ Em seu papel como consumidores, os homens sempre gostariam de menores preços para as suas compras; na sua qualidade de produtores, os homens sempre gostariam de preços mais altos para as suas vendas. Se a natureza tivesse nos dado uma utopia material, então todos os bens trocáveis estariam disponíveis para serem pegos, e não haveria necessidade de qualquer trabalho para ganhar um retorno em dinheiro. [...] Neste mundo, há duas, e apenas duas, maneiras para definir quais serão os preços dos produtos. Uma dessas maneiras é o livre mercado, onde os preços são definidos de forma voluntária por ambos os indivíduos participantes do negócio. Nessa situação, as trocas são feitas em termos que beneficiam ambas as partes negociantes. A outra maneira é através de uma intervenção violenta no mercado, a forma predominante e contrária ao contrato. Tal estabelecimento hegemônico de preços significa a proibição de trocas livres e a instituição da exploração do homem pelo homem – exploração que ocorre sempre que um negócio forçado é feito. Se o caminho do livre mercado – o caminho do mútuo benefício – é adotado, então não pode haver outro critério de justiça além do preço de livre mercado, e este engloba tanto os chamados “preços competitivos” quanto os chamados “preços monopolísticos”, bem como também as ações dos cartéis. No livre mercado, consumidores e produtores ajustam as suas ações em cooperação voluntária. (ROTHBARD, 2009, p. 635).

A nenhum indivíduo é imposto a celebração de contrato com uma corporação, de sorte que a integralidade de bens e serviços que compõem a oferta no mercado apresentam um preço justo que, sob a óptica do consumidor, é vantajoso ser pago. Doutra norte, um produto ou serviço possuirá preço abusivo unicamente na ocasião em que os consumidores optarem não consumir a compra ou substituí-lo por bens ou serviços outros.

À vista disso, precisar se determinado preço é justo ou abusivo é inexequível por burocratas, valorando-se que tal não pode ser objeto de paradigmas econômicos e fórmulas matemáticas. A definição de preços deve ser conduzida livremente pelo mercado, em conformidade com a relação voluntária estabelecida entre os indivíduos. Ao passo em que os empresários buscarão potencializar o lucro por intermédio da determinação de preços mais elevados, os consumidores procurarão intensificar seu bem-estar mediante o custo mais ínfimo encontrado. Infere-se, portanto, que preços justos são aqueles desembargados de quaisquer controles oriundos do Estado.

Em uma esfera de livre mercado, os empresários não ofertam os bens ou serviços que querem, tampouco ajustam os preços ao seu arbítrio. A valer, os empresários ofertam exclusivamente aquilo que pressupõem ser objeto de necessidade dos consumidores, estipulando preços que considerem viáveis à conjuntura econômica. Os consumidores são, portanto, os senhores que detêm as rédeas que guiam a rota do mercado.

Tal qual a escolha de compra é livre, o estabelecimento de venda também tem de o ser. Desse modo, se a liberdade de preço não for julgada justa pelos consumidores, que escolherão não efetuar a compra, os empresários têm a alternativa de reduzi-lo. Não obstante, frise-se cuidar de uma escolha, não de uma imposição.

Isto posto, um cartel será constituído tão somente na hipótese de ser capaz de atender aos consumidores com global eficiência, subsistindo se conservá-la. Ao revés, se os componentes do cartel abusarem da posição dominante terão por sequela, outrossim, a aparição de novos concorrentes que ingressarão no mercado, concorrentes que ofertem bens ou serviços substitutos ou a flexibilização da

demanda. Em síntese, sem obstáculos legais ao ingresso, os cartéis experimentarão a mesma força concorrencial que um monopólio (RAMOS, 2015).

Para além disso, tais pactos empresariais são inconsistentes e de duvidoso triunfo em um mercado livre. A prática traz que, conforme explica Rothbard (2009), qualquer cartel experimenta uma instabilidade entranhada em razão de que se o preço pactuado for elevado, competidores latentes se manifestarão com bens ou serviços substitutos, ou, se os quinhões estabelecidos a cada parte pela produção se externarem insuficientes para um dos componentes, este romperá com a avença.

Um cartel somente perdurará em seu desempenho por um período elevado caso disponha de amparo estatal, valorando-se que o Estado constitui bloqueios legais ao ingresso. Um cartel é, pois, uma ação essencialmente concorrencial posto que se introduz no tratado processo ativo e indeterminado de disputa e exploração.

Destarte, apenas observando o horizonte do mercado através de uma visão acertada do significado de concorrência, bem como monopólio, é que se prevenirá os desacertos estatais e, com a reconição de que o consumidor é a bússola que norteará o desenvolvimento econômico, se galgará o progresso.

5 A CONCORRÊNCIA NO PLANO TEÓRICO E AS DEFORMIDADES NO PLANO FACTUAL: O PARADOXAL AGIR ESTATAL

Consoante Ramos (2015), o Estado provoca sequelas à livre concorrência ao operar de múltiplos modos em um agir paradoxal quando contrastado com o plano teórico. À vista disso, merecem ser evidenciados: o protecionismo, a regulação setorial, a regulamentação de profissões e a concessão de patentes e outros direitos de propriedade intelectual.

5.1 O protecionismo e a irracionalidade de um escudo normativo pátrio

A política protecionista constitui uma das formas pelas quais o Estado lesiona o direito à livre iniciativa e à concorrência, alicerçando-se na falácia de encastelamento da indústria nacional.

Múltiplos ramos do mercado brasileiro experimentam a intervenção protecionista por intermédio de mecanismos diversos que compreendem desde tributação elevada sobre produtos importados a quinhões de conteúdo pátrio para inúmeras categorias de produção industrial.

Se a valer o Direito Antitruste configurasse um arranjo de normas jurídicas norteadas a garantir a livre iniciativa e a livre concorrência, teria, pois, de fixar engenhos que bloqueassem qualquer política protecionista desempenhada pelo governo.

Nessa marcha, Ramos (2015) traz que parâmetros que bloqueiem ou obstaculizem o ingresso de produtos estrangeiros no país deveriam não ser permitidos pelo Direito Antitruste sob pena de violar o direito à livre concorrência, valorando-se que isso atravanca o sistema competitivo e acarreta sequelas nítidas aos consumidores, que restam defesos a comprar produtos por vezes de qualidade superior e custo reduzido. Outrossim, para preservar o direito à livre iniciativa, tal ramo do Direito não deveria autorizar que as corporações fossem compelidas a englobar quinhões de conteúdo nacional à respectiva produção.

Sem embargo, em lugar de contestar a manifestação protecionista no íntimo das normas antitruste, teóricos buscam, em verdade, fundamentá-la. Para isto, sustentam que o Direito Antitruste deve ser julgado como mecanismo de efetivação de políticas públicas, de sorte que a livre concorrência deveria ser sacrificada em prol dos “objetivos sociais”. Nessa senda, Forgioni (2015, p. 188) sustenta que:

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”.

Outros teóricos advogam que as normas antitruste operam finalidades diversas em conformidade com o país onde são empregadas, de modo que nos países em desenvolvimento o Estado tem de utilizá-las no escopo de impulsionar o desenvolvimento, adaptando sua execução com uma política industrial. Por esse ângulo Prado (2011, p. 340) observa que:

O desafio, no entanto, é usar esse sistema para políticas de desenvolvimento. Ou seja, a política antitruste deve ser um instrumento de uma política de desenvolvimento, aumentando a eficiência da política industrial e da política de comércio exterior. Nesse caso, o papel do mercado é de instrumento de uma estratégia de desenvolvimento e não de promotor exclusivo das eficiências de Pareto de uma concepção estática de bem-estar do consumidor. [...] As legislações de defesa da concorrência e as agências reguladoras têm papéis distintos nos países em desenvolvimento e nos países desenvolvidos. No primeiro caso, a principal função é promover o aumento do nível de investimento e maximizar o bem-estar da sociedade em um contexto dinâmico, ou seja, contribuir para a efetividade das políticas de desenvolvimento. No segundo caso, seu objetivo é mais modesto: apenas garantir o bem-estar do consumidor. Políticas antitruste devem combinar-se nos países em desenvolvimento com políticas industriais e de comércio exterior.

Nessa sequência, Salomão Filho (2002, p. 185) traz a experiência japonesa, na qual “a competição é substituída em grande parte pela cooperação entre governo e grandes indústrias”, progredindo ao expor que “a aplicação da política industrial é, nos seus aspectos mais relevantes, menos incompatível do que se imagina com o sistema antitruste”. Outrossim, o autor (2002) aduz que as normas antitruste são suscetíveis de manipulação, a fim de que, a título de exemplo, fomentem a pesquisa tecnológica ou socorra empresas à beira da ruína.

Analogamente, no Brasil se observa a denominada política de formação de campeões nacionais, posta em execução pelo governo, na qual se aplica dinheiro público, por intermédio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, em corporações brasileiras com capacidade de obter notoriedade global nos setores que lhes concernem (RAMOS, 2015). Outrossim, pode-se indicar a Teoria da *Failing Firm Defense*, segundo a qual se flexibilizam os parâmetros aplicados pelo antitruste com o fito de aprovar concentrações empresariais que tenham por escopo a recuperação de corporações em crise, de sorte que estas por vezes são apadrinhadas por benevolentes aplicações de dinheiro público por meio do BNDES.

Tal manifestação teórica que demanda legitimar a aplicação do antitruste como mecanismo de política pública protecionista torna translúcido seu precário aspecto científico, uma vez que, para dar lugar a agrados político-ideológicos, suas normas são desprezadas.

Extrai-se, pois, a constatação de que o antitruste não se trata de um direito cuja aplicação visa encastelar a livre iniciativa e a livre concorrência, senão um direito com objetivo de fomentar a intervenção estatal, fulminando a liberdade e a concorrência.

Valorando-se a mentalidade e o costume antiliberal incorporado no Brasil, a trivial manifestação de que o Estado tem de intervir para regular o mercado e reparar seus hipotéticos erros já teria condão de legitimar uma norma antitruste. Não obstante, essa manifestação vem associada às alegações de que os Estados Unidos da América já guardam desde um período longínquo uma legislação antitruste, bem como a de que a economia brasileira necessita de escudo normativo contra o capital estrangeiro. Enquanto aquela denota o que se entende por

“complexo de vira-lata” ao passo em que fez o Brasil reproduzir a norma estadunidense, esta estimula a essência brasileira nacionalista e protecionista, particularidade sempre observada ao transcorrer da história política e econômica (RAMOS, 2015).

Expõe-se desacertado o engendramento de bloqueios ao investimento estrangeiro sob o argumento de encastelar a indústria pátria se valorado sob a perspectiva do consumidor e da sociedade. Sob o ângulo dos empresários apadrinhados, logicamente, cuida-se de um parâmetro perfeito ao domínio.

Um país desenvolvido ou em desenvolvimento será caracterizado pelo acesso ao capital ou a bens de capital. Dito isso, os países em desenvolvimento, por motivo da carência de capital ou bens de capital, operam técnicas de produção aquém das verificadas em países desenvolvidos e, como resultado, retardam a produção de bens que, no que lhes concernem, são de menor qualidade.

Foi precisamente, durante os séculos XVIII e XIX, que o acesso ao capital ensejou à Inglaterra conquistar um nível de desenvolvimento e padrão de vida elevados, se contrapostos aos de outros países. Sob esse ângulo Mises (2009, p. 79) aponta que:

A diferença entre as nações mais desenvolvidas e as menos desenvolvidas se estabelece em função do tempo. Os ingleses começaram a poupar antes de todas as outras nações. Consequentemente, também começaram antes a acumular capital e a investi-lo em negócios. Este foi o fator primordial para que se alcançasse, na Grã-Bretanha, um padrão de vida bastante elevado numa época em que, em todos os outros países europeus, prevalecia ainda um padrão consideravelmente baixo. Gradualmente, todas as demais nações começaram a analisar o que ocorria na Grã-Bretanha e não lhes foi difícil descobrir a razão da riqueza desse país. Assim, puseram-se a imitar os métodos dos negociantes ingleses. De qualquer modo, o fato de outras nações só terem começado mais tarde seus investimentos e de os britânicos não terem parado de investir capital fez permanecer uma grande diferença entre as condições econômicas da Inglaterra e as desses outros países.

Isto posto, o meio mais adequado a reduzir o contraste entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento é o investimento estrangeiro. Factualmente, a aplicação de capital inglês propiciou aos países europeus e aos

Estados Unidos da América assemelhem-se à Inglaterra no que tange ao nível de desenvolvimento e ao padrão de vida. Avança Mises (2009, p. 80) ao aclarar que:

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.

Dessa sorte, a perpetração do protecionismo estatal atravancará a industrialização ou o aprimoramento das indústrias presentes no mercado, de sorte que somente oportunizando a aplicação de capital estrangeiro poderá fazer com que determinado país alcance a ascensão econômica.

Afora a Inglaterra, não existiu nenhum país ao menos que se industrializou sem uma sólida aplicação de investimentos estrangeiros; quando se cuida de países com limitada ou nenhuma concentração interna de capital, a aplicação estrangeira mostra-se primordial ao desenvolvimento (MISES, 2009).

Em síntese, todos os fundamentos nos quais se sustenta o protecionismo são integralmente ilógicos. 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 inconteste o dano causado pela conduta protecionista ao consumidor, visto que toma

deste, autoritariamente, a liberdade de escolha das corporações com as quais contratará.

Outrossim, o protecionismo estatal é insubsistente considerando que na hipótese utópica de ser uma técnica econômica eficaz teria, então, de ser empregada em todos os graus geopolíticos, não se limitando aos países. Ora, se fosse deveras benéfico para o Brasil encastelar a indústria em oposição às corporações estadunidenses e europeias, a lógica nos traz que também seria, a citar, escudar a indústria nordestina da concorrente sulista, bem como, no interior da região nordeste, proteger a indústria pernambucana da concorrente paraibana. Tal ciclo vicioso terminaria com um conjunto de famílias, no núcleo de seus lares, sobrevivendo tão somente com aquilo que produzem, sem poderem celebrar nenhum pacto comercial com outrem (ROTHBARD, 1986).

Nessa lógica, o protecionismo é avesso à compreensão de especialização do trabalho, sendo dessa sorte um parâmetro cabalmente ilógico, evidenciando Smith (1996, p. 438) que:

Outorgar o monopólio do mercado interno ao produto da atividade nacional, em qualquer arte ou ofício, equivale, de certo modo, a orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seus capitais – o que, em quase todos os casos, representa uma norma inútil, ou danosa. 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.

Logo, parâmetros protecionistas são substancialmente anticoncorrenciais e não deveriam ser comportados por um conjunto normativo que, teoricamente, tem por escopo a defesa da concorrência.

A aplicação do antitruste como mecanismo de efetivação de políticas públicas, nomeadamente políticas protecionistas que têm o fim de escudar a indústria nacional, somente evidencia sua natureza antiliberal, bem como a ausência de lógica em seus fundamentos, sendo estes moldados aos interesses ideológicos e políticos de castas privilegiadas que subsistem por intermédio de favores recíprocos.

5.2 A regulação setorial como proteção exclusiva aos já regulados

Outro modo pelo qual o Estado provoca sequelas na livre concorrência é com a constituição das denominadas agências reguladoras, cujas ações se desdobram em dois resultados: a concessão direta de privilégios monopolísticos – a citar os monopólios naturais – ou o trancamento do mercado regulado com múltiplos bloqueios regulatórios, forjando autênticos monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis.

Em conformidade com a interpretação *mainstream*, um monopólio natural se constitui quando um ramo do mercado abarca uma ação da qual as aplicações necessárias ao seu desenvolvimento se externam como custos elevados e parcialmente imutáveis, de sorte que o dispêndio integral no transcorrer do tempo tende a reduzir ao passo em que a produção se expande. Portanto, sustenta-se que nesses ramos um único produtor será mais capaz de produzir a custos inferiores do que um conjunto de produtores procedendo em um regime de concorrência, o que desdobraria, nesta hipótese, em preços elevados. Dentre os argumentos externados, está o de que nesses ramos seria desvantajoso, ou mesmo inexequível, a reprodução de condições ou aparelhagens.

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 revés preliminar verificado na Teoria do Monopólio Natural refere-se a que esta sucede à respectiva disposição normativa, o que traduz que foi elaborada intencionalmente para legitimar a intervenção do Estado. Nessa perspectiva, DiLorenzo (1996, p. 43) anuncia que:

It is a myth that natural monopoly theory was developed first by economists, and then used by legislators to “justify” franchise monopolies. The truth is that the monopolies were created decades before the theory was formalized by intervention-minded economists, who then used the theory as an *ex post* reationale for government intervention. At the time when the first government franchise monopolies were being granted, the large majority of economists understood that large-scale, capital intensive production did *not* lead to monopoly, but was an absolutely desirable aspect of the competitive process.²²

Em prosseguimento, DiLorenzo (1996) evidencia que os ramos de utilidade pública eram intensamente competitivos no interstício temporal correspondente ao princípio das outorgas monopolísticas concedidas a determinadas corporações inseridas nesses ramos, não havendo, por conseguinte, nenhum indício de que em período precedente existisse alguma espécie de fenômeno que pudesse ser configurado como monopólio natural.

Dito isso, primordialmente os monopólios naturais, que forem compelidos subsequentemente à elaboração da teoria econômica que os fundamenta até os dias que correm, não possuíam a naturalidade como característica. Em verdade, na hipótese de ser uma teoria acertada, não seria imperativo uma intervenção do Estado a fim de engendrar tal monopólio, considerando que se manifestaria espontaneamente. Extrai-se, consoante DiLorenzo (1996, p. 58), que:

The theory of natural monopoly is an economic fiction. No such thing as a “natural” monopoly has ever existed. The history of the so-called public utility concept is that the late-nineteenth- and early twentieth-century “utilities” competed vigorously and, like all other industries,

22 Trata-se de um mito dizer que a teoria do monopólio natural foi primeiro desenvolvida por economistas para, só então, ser utilizada por legisladores para “justificar” a concessão de monopólios. A verdade é que os monopólios foram criados décadas antes de a teoria ser formalizada por economistas de mentalidade intervencionista, que então utilizaram a teoria como uma justificativa *ex post* para a intervenção estatal. Na época, quando as primeiras concessões monopolísticas estavam sendo feitas pelo Estado, a grande maioria dos economistas entendia que uma produção em larga escala e intensiva em capital não levava a monopólios; ao contrário, representava um aspecto desejável do processo concorrencial. (DiLORENZO, 1996, p. 43).

they did not like competition. They first secured government-sanctioned monopolies, and *then*, with help of a few influential economists, constructed an *ex post* rationalization for their monopoly power.²³

Em um universo de livre mercado, a verificação de que os ramos de utilidade pública se encontram desimpedidos ao ingresso de latentes concorrentes propende a fazer com que as corporações que neles operam busquem, incessantemente, reduzir seus dispêndios, a fim de não estabelecerem preços altos, e, em função disso, atrair concorrentes. Por outro lado, a instituição de monopólios naturais pelo governo resulta em uma paulatina e ininterrupta elevação de preços, uma vez que a inexistência de ameaça concorrencial não estimula a diminuição de custos, sequer o aperfeiçoamento dos produtos ou serviços.

Além disso, a presença de monopólios instituídos pelo governo nesses ramos é demasiadamente deletéria sob o ângulo das inovações tecnológicas. Em um meio competitivo, corporações continuamente desenvolvem tecnologias no escopo de dominar seus concorrentes. Doutro norte, os monopolistas naturais, em razão dos elevados lucros avalizados pela inexistência de concorrência, não têm nenhum impulso para inovação.

Inclusive para os teóricos que integram a compreensão *mainstream*, hodiernamente a Teoria do Monopólio Natural vem sendo dissipada, máxime por efeito do progresso tecnológico, que no que lhe concerne é capaz de reduzir substancialmente os custos estabelecidos em economias de escala, atenuando a parcela delas no custo global do produto ou serviço. Nessa senda, Nusdeo (2001, p. 270) traz que:

Alterações nos elementos do processo de produção ou do próprio mercado podem, no entanto, vir a desclassificar determinados setores como monopólios naturais. Essas modificações podem estar relacionadas tanto à procura quanto à oferta. No caso da primeira, o seu crescimento expande o mercado e passa, assim, a permitir a acomodação de maior número de empresas produzindo em escala

23 A teoria do monopólio natural é uma ficção econômica. Nunca existiu algo como um monopólio “natural”. A história do conceito de utilidade pública advém do fato de que, no final do século XIX e início do século XX, empresas deste setor concorriam vigorosamente entre si e, como todas as outras indústrias, elas não gostavam da concorrência. Elas primeiramente asseguraram monopólios garantidos pelo governo, e então, só então, com a ajuda de alguns poucos economistas influentes, construíram uma argumentação *ex post* para seu poder monopolístico. (DiLORENZO, 1996, p. 58).

viável. Quanto à oferta, a variável mais importante é progresso tecnológico quando tende a reduzir a escala eficiente de produção pela diminuição dos seus custos fixos e, pois, da proporção deles no custo total do produto ou serviço. Além do progresso técnico, a redução dos preços de insumos sói propiciar o fim de uma estrutura de monopólio natural. O mesmo ocorre quando a base daquele monopólio é puramente territorial, como no caso de uma mina, e novas ocorrências do mineral em questão ou de sucedâneos venham a ser descobertas.

Destarte, o que antes era julgado como monopólio natural, utilizado diretamente pelo Estado ou por corporações privadas que possuíam privilégio legal, passaram a experimentar um encadeamento de privatizações. Analogamente, durante os anos 1990, o Brasil teve ramos privatizados, a citar as telecomunicações, energia elétrica e outros.

Sem embargo, tal encadeamento de privatizações dos ramos anteriormente julgados como monopólios naturais em todo tempo vem associado a uma intensa regulamentação estatal por intermédio da instituição de agências reguladoras. Nesse seguimento, Nusdeo (2001, p. 271) assevera que:

Detectada a possibilidade de funcionamento de um dado setor em condições de concorrência, será necessário estabelecer-se a organização de uma transição da regulação para o regime competitivo ou semi, bem como a definição de quais segmentos dentro de uma cadeia produtiva terão possibilidade de ser desregulamentados e em que extensão.

Nessas condições, diversos setores antes vistos como monopólios naturais passaram a comportar mais recentemente algum grau de concorrência e, portanto, foram considerados passíveis de se organizarem por parâmetros de mercado, sujeitos, porém, a uma meticulosa regulamentação estatal, atenta às suas características próprias como se deu no Brasil, com a criação de agências reguladoras especiais: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para os setores de energia elétrica e telecomunicações, respectivamente, além da Agência Nacional do Petróleo – ANP. Foram, assim, estabelecidas regras de organização com vistas a implantação, naqueles setores, de um regime concorrencial, na medida permitida pelas suas condições estruturais e tecnológicas.

Em conformidade com a compreensão *mainstream*, tem-se que as agências reguladoras são autarquias em regime especial cujo escopo precípua é engendrar a transformação da esfera monopolizada para um universo concorrencial, estimulando

a livre concorrência nos mercados anteriormente monopolizados e acarretando benefícios para os consumidores (RAMOS, 2015).

Face ao exposto, os mercados privatizados são regulados em razão de que, ante a ausência do agir estatal, vem à luz a ameaça de antigos monopólios públicos se metamorfosearem em monopólios privados. Escuda-se, portanto, a imprescindibilidade de que essas agências reguladoras alavanquem a concorrência, propósito este atingido, antagonicamente, através da aplicação de parâmetros como o controle de entrada de agentes econômicos no mercado e estabelecimento de preços.

Enxerga-se com clareza solar, assim, que privatizar determinado ramo do mercado não implica em sua desestatização, sobretudo por motivo de que restarão sujeitos a uma intensa regulação estatal. Outrossim, em tais ramos não é verificada a livre iniciativa e a livre concorrência devido à presença de múltiplos bloqueios legais à entrada e a inexecuibilidade de estabelecimento livre de preços.

Decerto o maior revés dos ramos regulados seja a denominada captura regulatória, teoria econômica pela qual se analisam os desdobramentos da regulação e externa a composição de falhas de governo, sendo estas resultantes nitidamente contrárias àquilo que é buscado.

Os agentes políticos e burocratas, por efeito de sua condição humana, sempre nortearão sua conduta com fito de potencializar seus interesses particulares. Tal observação resulta na constatação de que sempre que um mercado for regulado tenderá a que outras corporações do ramo capturem os reguladores, manipulando-os a fim de que imponham bloqueios regulatórios que trancam o mercado, obstaculizando, ou impossibilitando, o ingresso de novos concorrentes (STIGLER, 1971). Uma vez capturado o regulador, este servirá à corporação fixada no mercado regulado, de sorte que quanto mais a regulação se intensificar, mais a entrada será trancada aos latentes novos competidores.

Para além disso, em conformidade com a Escola de Chicago, sob a perspectiva das corporações reguladas, é mais simples e frutuoso assenhorar-se do mercado através da constituição de bloqueios legais à entrada de competidores latentes por intermédio da captura dos reguladores, em vez de fazê-lo com a eficiência concorrencial. Formado o bloqueio regulatório, as corporações reguladas

restarão estáveis por obra do trancamento daquele mercado para concorrentes inabilitados ao cumprimento das exigências determinadas; inexistindo bloqueios, surge então a ameaça da concorrência latente que impulsiona as corporações a uma inovação contínua de seus meios de produção, a reduzir ou congelar seus preços e elevar a qualidade dos produtos ou serviços ofertados (ROQUE, 2010).

Outrossim, a Escola de Chicago alude que as corporações reguladas são capazes de fazer com que o regulador funda bloqueios regulatórios por motivo de que seus interesses são inclinados a preponderar em face dos interesses consumeristas – estes, em virtude de sua natureza difusa, detêm o óbice de não possuir uma mobilização organizada em sua defesa.

Contudo, Roque (2010) traz ainda outros efeitos que são postos à luz pela Escola Austríaca, quais sejam os de que as regalias governamentais oportunizarão a eclosão de autênticos monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis, bem como o dissabor com preços elevados e qualidade inferior dos produtos ou serviços associados à ilusória percepção de que são resultantes de supostas falhas de mercado, fazendo com que mais intervenções estatais sejam reclamadas em um ciclo vicioso.

Tem-se que, em conformidade com Rothbard (1992), é inexecutável o planejamento do mercado correntemente efetuado pelos reguladores, sendo a única opção proporcionar liberdade aos indivíduos para que sejam capazes de agir mutuamente entre si, bem como para que os mercados prosperem.

Igual desacerto seria o gradualismo, compreendido como a execução por fases de um regime concorrencial. À frente, trata-se de uma categoria de planejamento que viabiliza que a burocracia se sistematize e gere embaraços à abertura do mercado, fazendo também com que o mercado manifeste vícios que, a seu turno, serão atribuídos não à intervenção estatal, mas à sua insuficiência. O desdobramento de tal verificação será a corrupção do processo de desestatização (ROTHBARD, 1992).

Inexiste privatização quando corporações estatais se tornam proprietárias de outras corporações. Invocando essa perspectiva na esfera brasileira, observa-se que o domínio estatal sobre o mercado não se limita às agências reguladoras, como também abarca os fundos de pensão e do Banco Nacional de Desenvolvimento

Econômico e Social – BNDES que, inclusive posteriormente às privatizações, possuíram participação nas grandes corporações, consoante traz Lazzarini (2011, *apud* RAMOS, 2015, n. p.) ao explicar que:

Na década de 1990, o país tornou-se mais aberto ao comércio externo e receptivo ao capital estrangeiro. Além disso, ocorreu um intenso movimento de privatização, associado a inúmeras reorganizações societárias nas empresas brasileiras. De 1990 a 2002, 165 empresas estatais passaram, total ou parcialmente, para o controle privado. Especialmente a partir de 2004, surgiu uma nova onda: diversas empresas abriram capital na bolsa, atraindo novos investidores e projetando novos empresários. De 2004 a 2009, foram lançadas na bolsa 115 empresas, movimentando cerca de 99 bilhões de reais. À primeira vista, essas mudanças parecem ter caminhado mais na linha de uma economia de mercado, de cunho mais liberal: menos participação do governo na economia, mais capital estrangeiro, mais empresas usando a bolsa como instrumento de capitalização. A pergunta natural que emerge nesse cenário é: como o capitalismo de laços brasileiro reagiu a todas essas “perturbações”? A resposta, em poucas palavras, é que o capitalismo de laços tornou-se, surpreendentemente, ainda mais forte. [...] Os proprietários que mais exibiram papéis de conexão foram, justamente, atores ligados direta ou indiretamente ao governo – notadamente, fundos de pensão de estatais e o BNDES. Na verdade, o papel de interligação desses atores chegou até a aumentar de 1996 a 2009. Para [...] viabilizar politicamente o processo, fundos de pensão de estatais e o BNDES foram ativamente acionados. No governo Lula, esse processo se intensificou ainda mais, com papel bastante ativo do BNDES e dos fundos de pensão como sócios de várias empresas e grupos de grande envergadura. Assim, ao contrário do que normalmente se pensa, o governo não só preservou, como também aumentou a sua centralidade na economia.

Malgrado o Brasil ter privatizado parcela de sua economia, não se verifica no plano factual a desestatização. Dessa forma, a privatização somada à ausência de desestatização pode apaziguar, minimamente, a conjuntura dos ramos anteriormente monopolizados, mas, em razão da regulação, subsistirá notadamente anticoncorrencial, de sorte que o desdobramento do seu agir será danos aos consumidores em detrimento das corporações instituídas.

Não obstante, apesar das translúcidas sequelas anticoncorrenciais da regulação, o Direito Antitruste resta-se inerte, verificação que expõe que esse ramo não tem o fito de defender a concorrência, tampouco o consumidor. Na hipótese em que a livre concorrência fosse objeto de tutela do Direito Antitruste, este deveria repelir qualquer espécie de medida regulatória em razão do seu caráter

anticompetitivo e jamais ser escusado com fulcro em uma teoria econômica quimérica.

5.3 As regulamentações usuais como reserva de mercado

Por via de regra, as regulamentações estatais são uma intervenção triangular, compreendida esta como aquela na qual o governo coage ou veda que os indivíduos empreendam trocas (ROTHBARD, 2012). Isso sucede, a citar, quando o Estado fixa parâmetros mínimos para a prática de um ofício ou profissão, ou quando estabelece obstáculos burocráticos variados para a entrada de uma corporação em determinado setor do mercado. Nessas hipóteses, a livre concorrência sofre um funesto impacto, tendo como resultantes a baixa oferta, a redução de qualidade, elevação de preços e o desincentivo ao progresso.

Em múltiplos ramos do mercado, *exempli gratia*, corporações ou trabalhadores somente são capazes de se introduzirem caso haja determinada licença – autorização, permissão ou concessão estatal.

Primordialmente, essas licenças operam como uma reserva de mercado, escudando as corporações ou trabalhadores já fixados da concorrência latente. Sucessivamente, essas licenças, quando têm uma cifra limitada pelo governo, origina um mercado de direitos de licença que traz consigo a corrupção e o corporativismo.

A licença pode se fragmentar em inúmeras espécies, dentre elas se encontra a regulamentação de profissões como mais uma das formas pelas quais o Estado lesiona a livre concorrência. À vista disso, no tempo em que o Estado opta por regulamentar uma profissão, por intermédio da fixação de parâmetros desarrazoados, engendram uma reserva de mercado para os indivíduos que são regulamentados de modo análogo ao que se verifica com as agências reguladoras no que tange às corporações reguladas.

No horizonte brasileiro, a regulamentação de profissões tem severamente aumentado. A regulamentação não se limita às profissões técnicas, passando a alcançar até as profissões mais elementares, de sorte que seus adeptos

identificaram ser essa a forma mais frutífera de reservar mercado para indivíduos insuficientes, furtando a escolha dos consumidores e entregando-a aos burocratas para que sentenciem qual profissional será próspero em sua esfera de atividade.

O sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego (2012) traz a temerosa estatística de 68 profissões regulamentadas no Brasil, malgrado a plausibilidade de que essa cifra seja superior. Via de regra, a regulamentação compulsa a admissão de profissionais regulamentados por determinadas corporações e/ou veda desempenho da profissão por indivíduos não regulamentados.

A regulamentação de profissões executada com amparo na teórica proteção da sociedade falha por subtrair do consumidor o direito de escolher a contratação de um profissional qualificado e com preço elevado ou um menos qualificado e com preço reduzido.

Ora, na hipótese em que o escopo da regulamentação de profissões seja efetivamente o encastelamento do consumidor, estes então a escudariam. Todavia, verifica-se no plano factual que, ao contrário, as solicitações de regulamentação provêm de um intenso *lobby* dos profissionais componentes do ramo de atuação (FRIEDMAN, 2014).

A alegação de que determinadas profissões, em razão dos riscos que abrangem, deveriam ser regulamentadas com fito de tutelar o consumidor em face de profissionais desqualificados também se manifesta desacertada por supor que em um universo de livre mercado inexistiria qualquer espécie de autorregulação ou de certificação de profissionais. Não somente se verificaria, mas configuraria uma maior eficiência, valorando-se a ausência de uma autoridade certificadora detentora de monopólio e a presença de múltiplas entidades com a função de realçar os melhores profissionais, constituindo, assim, uma concorrência reputacional ante os consumidores.

Por certo, não é laborioso evidenciar que a regulamentação de profissões não avalizam a habilidade de qualquer profissional regulamentado, máxime uma vez que os conselhos formados pelo governo para o exercício dessa atribuição são integrados pelos próprios profissionais, provocando um estímulo ao corporativismo e à constituição de bloqueios ao ingresso de concorrentes (FRIEDMAN, 2014).

Sob outra perspectiva, a desregulamentação não resultará na prática de qualquer profissão por um indivíduo que não detenha o conhecimento mínimo para praticá-la. Em um universo de autêntico livre mercado, irromperão autoridades que estabelecerão determinadas condições para filiação voluntária, bem como também estarão presentes profissionais que escolherão não se filiar a nenhuma destas, de sorte que estas competirão pelos clientes – profissionais – livremente, buscando incessantemente ostentar mais e melhor qualidade.

O hodierno paradigma de profissões regulamentadas coercitivamente pelo Estado, quer seja direta ou indiretamente, origina, pois, a constituição de deformações na concorrência, corrupção, incompetência, custos elevados e qualidade reduzida. Lado oposto, a liberdade concebe benefícios mútuos aos bons profissionais – que terão notoriedade conforme a habilidade no desempenho do ofício, às autoridades certificadoras – cuja reputação será ajustada pelo filtro de profissionais – e aos consumidores – que possuirão um maior acervo de escolhas, custos reduzidos e qualidade superior a depender do profissional optado no filtro (RAMOS, 2015).

Isto posto, a regulamentação profissional da qual o escopo seja encastelar o consumidor, tem de ser particular, espontânea e descentralizada para que, então, a livre concorrência possa irradiar seus efeitos.

Lógico seria, por consequência, que o direito antitruste também rejeitasse a regulamentação de profissões, sobretudo considerando seus cristalinos efeitos anticoncorrenciais que tanto lesionam o consumidor, hipótese que, todavia, não ocorre no plano factual.

5.4 A impropriedade dos direitos de propriedade intelectual

Mais um modo pelo qual o Estado lesiona a livre concorrência e que, também, é condescendido pelo Direito Antitruste é intitulado como direitos de propriedade industrial, mais exatamente as patentes.

Nesse diapasão, uma patente pode ser compreendida como um direito, conferido pelo Estado, que concede ao seu titular a exclusividade do aproveitamento de certa tecnologia (BARBOSA, 2010).

Não obstante isso, em conformidade com Domingues (2009), as patentes nada mais são do que um monopólio, sustentação essa extraída precisamente do seu marco legal, qual seja o *Statue of monopolies*, elaborado em 1623 na Inglaterra. Com efeito, para encobrir a factual natureza das patentes e outros privilégios sobre ideias ou invenções, utilizou-se como estratégia defini-la como propriedade.

Erguem-se, consoante Ramos (2015), duas linhas de argumentação que têm por objetivo a legitimação da patente, sendo essas a jusnaturalista e a utilitarista, a seguir expostas. A primeira linha de argumentação que busca legitimar a patente se alicerça no conceito lockeano de apropriação – *homesteading*, segundo o qual os indivíduos têm direito natural aos produtos de seu trabalho, de sorte que tudo que este cria por intermédio de seu esforço e inteligência somente a ele pertencerá.

Essa percepção adquire contornos mais nítidos em 1948 com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, por sua vez, passou a estabelecer, em seu artigo XXVII o “direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”.

Sob um ângulo oposto, a concessão de patentes trata-se de ato administrativo desmedido, valorando-se que nem toda criação pode ser considerada como patenteável. Ora, se por um norte as leis de propriedade industrial correntemente aplicam as mesmas normas, alicerçando-se em diversos Tratados Internacionais que tangem à matéria, bem como não concede patentes sobre descobertas ou teorias científicas, por mais difíceis e expressivas que sejam, por norte oposto concede-as a inventos simples e com serventia prática limitada. Sob esse ângulo Kinsella (2010, p. 20) traz que:

Um problema com a abordagem da criação é que ela quase que invariavelmente protege apenas certos tipos de criações – a menos que cada ideia útil que alguém elabore esteja sujeita a posse. Mas a distinção entre o que é protegido e o que não é protegido é necessariamente arbitrária. Por exemplo, verdades matemáticas ou científicas não podem ser protegidas sob as leis atuais com base no fato de que o comércio e interação social seriam interrompidos gradualmente caso cada nova frase e verdade filosófica fossem considerados propriedade exclusiva de seu criador. Por essa razão, patentes só podem ser obtidas para “aplicações práticas” de ideias, mas não para ideias mais abstratas ou teóricas. [...] Mas a distinção entre criação e descoberta não é clara nem rigorosa. Não é evidente

porque tal distinção, mesmo se clara, é eticamente relevante para definir direitos de propriedade. Ninguém cria matéria; apenas se manipula e lida com ela de acordo com leis físicas. Nesse sentido, ninguém de fato cria algo. Meramente se rearranja matéria em novos arranjos e padrões. [...] Tanto o inventor quanto o cientista teórico tomam parte em esforço mental criativo para produzir novas ideias, ideias úteis. Mas um é recompensado e outro não.

Extrai-se, portanto, que nenhuma invenção é criada a partir de um ponto zero, de forma que na hodierna fase de desenvolvimento humano, todas as inovações são desdobramentos de um encadeamento de conhecimento constituído ao transcórrer da história. Para além disso, é inexecuível fragmentar um trabalho intelectual a fim de aferir qual o quinhão somado por determinado indivíduo, dado que este partiu de teorias ou ideias já existentes e propagadas.

É elemental evidenciar que, consoante elucida Kinsella (2010), para amortecer seus impactos, as patentes e demais direitos de propriedade intelectual têm um prazo de vigência, apesar de também ter sido estabelecido de modo desmedido. Ao avesso, na hipótese na qual os direitos à propriedade intelectual fossem perpétuos, seguramente a vida humana restaria impossível.

Nesse seguimento, continua a autora (2010) ao afirmar que também se manifesta o argumento de que seria equânime caracterizar o direito ao produto do trabalho intelectual como uma retribuição ao inventor. Contudo, afora a inexecuibilidade de aferir a quota de acréscimo intelectual dado pelo respectivo inventor, a sustentação de que a única retribuição possível àquele seria a concessão de direito de propriedade exclusivo não possui uma estrutura sólida, mormente se considerado que outros meios de retribuição são observados no plano factual, a citar o reconhecimento público, que, por vezes, torna suscetível a consecução de múltiplos benefícios outros, quer seja de natureza material ou imaterial.

Os indivíduos que porventura reputarem justo retribuir pecuniariamente determinado inventor são livres em seu exercício, sendo tal praticável tanto por meio de doações como também de predileção aos seus produtos ou serviços em face de seus copiadores.

Outrossim, valorando-se que o direito de propriedade é condicionado aos produtos do trabalho, não sendo capaz, assim, de ter lesão à posição de terceiros, tem-se que, em conformidade com as leis de propriedade industrial, o inventor que

primitivamente obtiver a patente terá a faculdade de condicionar a produção, o uso e a venda da invenção patenteada, independentemente de que terceiros tenham atingido o mesmo efeito inventivo autonomamente. Assim, as patentes se assenhoram, em vez de encastelarem, dos direitos de propriedade intelectual (ROTHBARD, 2012).

Nessa marcha, Ramos (2015) traz que o pensamento lockeano não permitia que houvesse desperdício na aquisição de propriedade, devendo o proprietário deter tão somente o que fosse necessário a tanto. Sob outra perspectiva observa-se que, no plano factual, a prevenção de uso por terceiros invocada pelo detentor de uma patente produz um evidente desperdício, se considerado que as ideias, não sendo exclusivas, seriam aplicadas por múltiplos indivíduos de modo produtivo e, inclusive, teriam uma probabilidade de serem aperfeiçoadas.

Destarte, a incorreção da tutela jusnaturalista da propriedade intelectual é concentrar-se na criação, não na escassez, como nascedouro e sustento para os direitos de propriedade.

A escassez, em verdade, é a razão para que os bens materiais precisem de uma propriedade firmemente estabelecida, cuja finalidade é conter contendas interpessoais. De natureza igual, Hoppe (2013, p. 17) aclara que:

Para desenvolver o conceito de propriedade, é necessário que haja escassez de bens, de modo que os conflitos sobre o uso destes bens possivelmente possam emergir. É a função dos direitos de propriedade evitar tais possíveis conflitos sobre o uso de recursos escassos atribuindo direitos de exclusiva propriedade. A propriedade é então um conceito normativo, destinado a tornar possível uma interação livre de contendas, ao estipular normas de conduta mutuamente obrigacionais com relação aos recursos escassos. Não é necessário comentar muito para ver que existe, de fato, escassez de bens – de toda sorte de bens – em qualquer lugar, e que a necessidade de direitos de propriedade é por isto evidente.

Por outro lado, o principal imbróglio do direito de propriedade intelectual encontra-se na defesa de bens imateriais que não são afeitos à escassez e, também, não são capazes de ser garantidos através de regras cognoscíveis e equitativas.

O Estado, ao conceder direitos de exploração econômica exclusiva sobre propriedade intelectual, origina uma escassez artificial, arbitrária e atroz, atribuindo

um monopólio transitório a determinado inventor e provocando danos à sociedade. Tal escassez artificial traz consigo uma metamorfose através da qual o titular do direito de propriedade intelectual torna-se proprietário dos bens materiais, julgando-se que terceiros ficam obstados de utilizar seu intelecto, potência física e recursos de modo que melhor lhes convier; a patente transforma, então, seu titular em um tipo de coproprietário dos recursos escassos, fulminando a propriedade material de alheios (KINSELLA, 2010).

Fundamental evidenciar que inclusive os teóricos que constituem a compreensão *mainstream* do direito de propriedade intelectual, a citar Ascensão (2007), contestam se tal ramo deve ser analisado como direito de propriedade precisamente por efeito da não escassez.

A segunda linha de argumentação em proteção ao direito de propriedade intelectual, que traz Ramos (2015), é a utilitarista que, a seu turno, assenta o hodierno complexo de direitos desse ramo em todo o globo. Assenta-se que ideias ou invenções não são suscetíveis de ser categorizadas como propriedade, todavia fundamentam a concessão de direitos de exclusividade com fulcro na sustentação de que tal seria imperioso ao fomento do progresso humano.

Em harmonia com os teóricos utilitaristas da propriedade intelectual, os rendimentos constituídos em derivação do monopólio outorgado pelo Estado estimulam a pesquisa e o desenvolvimento que de outra forma não seriam observados, dado que as invenções restariam exploradas por terceiros. Para estes, a propriedade seria uma via através da qual se chega a um fim julgado proveitoso para toda a coletividade, qual seja o desenvolvimento tecnológico e científico (COELHO, 2014).

A constituição artificial de escassez com o fito alicerçar os direitos de propriedade intelectual limita coercitivamente a concorrência e faz reduzir a disseminação de conhecimento e informação, não havendo indício de que o estímulo econômico do hodierno complexo de tutela estatal da propriedade intelectual seja a legítima razão da expansão do progresso.

Com efeito, as patentes produzem um desincentivo à inovação em razão de que à medida que concorrentes do titular da patente não investem em pesquisas na respectiva esfera sob o temor de violar a patente existente; outrossim, o próprio

titular poderá restar-se inerte com a regalia transitória e não inovar ao transcorrer de tal interstício temporal. Nesse aspecto, ainda que hipoteticamente fosse verificado um incentivo à inovação, nada avaliza que tal resultaria em um proveito líquido para a sociedade. Para mais, tendo em vista a existência de invenções patenteáveis e não patenteáveis, o estímulo legal causará um superinvestimento naquelas e subinvestimento nestas, de modo que corporificará uma deformidade na aplicação de recursos (ROTHBARD, 2012).

O impulso da inovação e do progresso tecnológico e científico é dado pela livre concorrência em virtude do dever de continuar a compor a linha frontal no mercado.

Logicamente, a inexistência de patentes dará ensejo à replicação em massa, nada obstante Ramos (2015, n. p.) notavelmente aduz que:

[...] isso (i) é ótimo para os consumidores, (ii) obriga os empresários a nunca pararem de inovar e, em última instância, (iii) até ajuda o criador/inventor, na medida em que “a imitação é a melhor forma de elogio”. De fato, se um novo produto começa a ser copiado, isso funciona como “marketing espontâneo” para o primeiro produtor, que tenderá a contar com a simpatia e a maior confiança do público. Sem contar o fato de que, do lançamento do produto pelo primeiro produtor à comercialização do produto pelos copiadore, provavelmente haverá um intervalo de tempo no qual aquele reinará absoluto, lucrando com a exploração econômica do seu invento e fortalecendo sua imagem perante o mercado como o único que vende o produto “original”.

Incontestemente, assim, que as patentes são uma espécie de monopólio autoritariamente outorgado pelo Estado, que obstaculiza a livre concorrência e lesiona funestamente o consumidor (RAMOS, 2015).

Nesse ponto, malgrado rara a incidência de ação, Direito Antitruste não é integralmente indiferente à ofensiva estatal à livre concorrência, por obra de que a Lei de Propriedade Industrial – Lei n.º 9.279/1996 traz, em seu art. 68, o licenciamento compulsório da patente quando o titular exercê-la de forma abusiva ou por meio da prática de abuso de poder econômico.

Como desfecho, tem-se que se o Direito Antitruste, a valer, fosse um sistema normativo cujo escopo fosse encastelar a concorrência de qualquer assalto, máxime

os assaltos estatais, sua conexão com os direitos de propriedade intelectual seria incompatível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso do presente estudo ensejou extrair que a liberdade conjectura um horizonte no qual há imprevisibilidade de condutas, razão pela qual se deve reconhecer a ignorância humana e respeitar a experiência futura no escopo de se obter uma melhor condição de vida, fazendo-se, assim, aflorar justiça e prosperidade aos que compõem o corpo social. Essa averiguação não fomenta a inexistência de organização, mas unicamente rejeita a organização privilegiada que limita a liberdade e cede lugar à ineficiência de um grupo seletivo.

Valorando-se que a liberdade atribui instabilidade à ação humana, é desacertado o agir estatal que reputa a concorrência como um quadro estático, no qual é possível matematizar e coordenar seus resultados. Isto posto, as falhas da intervenção estatal geram demandas por mais intervenções, corporificando um processo cumulativo e que, gradativamente, hipertrofia o Estado.

A simbiose formada pelo intervencionismo estatal e pelo Direito Antitruste é observada de modo límpido, máxime após investigado que o *Sherman Act*, em sua gênese, foi concebido pelo protecionismo materializado, de sorte que sob nenhum ângulo escuda o consumidor, mas sim encastela castas privilegiadas, coroando os ineficientes e embargando o desenvolvimento econômico.

Em múltiplos casos sucedidos no plano factual observou-se que a intervenção antitruste tão somente lesionou o consumidor, o que se desdobra no reconhecimento de que é preferível a falha dos empresários em face à derivada dos burocratas, dado que não apenas aqueles detêm um conhecimento técnico acentuado e melhor percepção da dinâmica do mercado, mas também porque experimentam a tormenta de seu fracasso.

Dito isso, a alegação de que a legislação antitruste busca impugnar as concentrações econômicas não merece prosperar. O livre mercado se autorregula, substancialmente, por meio de três mecanismos: I – concorrência latente, onde competidores em potencial ingressarão no mesmo setor do mercado; II – concorrência de suplentes, onde competidores já inseridos no mercado galgam posições superiores no setor que lhes concerne; ou III – flexibilidade da demanda, onde, no mundo hodierno, nenhum produto ou serviço é insubstituível.

A valer, o Estado é o agente cuja conduta produz monopólios, duopólios, oligopólios ou cartéis, em razão de que é o único que conserva o poder de gerar bloqueios legais ao ingresso de concorrentes.

Se o escopo do Direito Antitruste fosse encastelar a livre concorrência, o Estado conteria as ações derivadas de seus próprios agentes ou órgãos que efetivamente a deformam, sendo estas corporificadas, a citar: no protecionismo – que obstaculiza o acesso a bens e serviços de qualidade elevada e preço reduzido sob a falácia de contribuir para o desenvolvimento de empresas nacionais e não sucumbir ao capital estrangeiro; na regulação setorial – que embarga desarrazoadamente o ingresso e desempenho concorrencial, algo que denota que, malgrado ter sido procedida a privatização de determinados setores, estes não foram desestatizados; nas regulamentações em geral – que em nada garantem a habilidade do profissional contratado, mas furta do consumidor a possibilidade de escolha, ao passo em que lesa a concorrência; nos direitos de propriedade intelectual – que é ilógico ante a não escassez de ideias, travancando o progresso científico e tecnológico em razão do comodismo gerado à garantia de patente.

É vital o estímulo e o desenvolvimento de estudos que tenham por escopo investigar os mecanismos pelos quais o Estado se utiliza na consecução de seus supostos fins, sobretudo quando cinge a liberdade e afeta a economia, uma vez que esses dois elementos são norteadores da dignidade e bem-estar humanos.

Este, a seu turno, se perfaz com a compreensão de que a legislação antitruste brasileira é não apenas prescindível, como fulminantemente lesiva ao consumidor e ao desenvolvimento econômico, razão pela qual o Estado tem de passar por um processo de atrofia para que, assim, opere nas esferas que efetivamente careçam, em todo tempo encastelando a liberdade e reconhecendo-a como princípio maior.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. São Paulo: Atlas: 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597004267/>>. Acesso em: 4 fev. 2017. Não paginado.

ARMENTANO, Dominick. **Antitrust: the case of repeal**. 2 ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. Disponível em: <https://mises.org/sites/default/files/Antitrust%20The%20Case%20for%20Repeal_2.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ASCENSÃO, José Oliveira. **A pretensa “propriedade” intelectual**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 20, p. 243-254, jul. 2007. Disponível em: <<https://celinlab.com/2016/11/01/a-pretensa-propriedade-intelectual/>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BARBIERI, Fábio. **A economia do intervencionismo**. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=93.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Tomo I.

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. Tradução de Ronaldo da Silva Legey. 3 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=17.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BASILE, Juliano. **Acordos para proteger economias estaduais são questionados pelo CADE**. Jornal Valor Econômico, 22 abr. 2008. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ%C3%B4mico/20080422/281595236257469>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

BLOCK, Walter. **Total repeal of antitruste legislation: a critique of Bork, Brozen and Posner**. The Review of Austrian Economics, n.1, v. 8, 1994. Disponível em: <https://library.mises.org/sites/default/files/rae8_1_3_2.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

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>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Rio de Janeiro, RJ, 18 nov 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 14 mai 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 9 dez. 2017.

_____. **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>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Ministério da Fazenda. Gabinete do Ministro. **Portaria interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/@@download/file/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. **Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001**. Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, considerando a necessidade de serem estabelecidos princípios comuns, para a sistematização e o aprofundamento da análise de atos de concentração econômica horizontal, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view>. Acesso em:

7 jan. 2018.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Listagem das profissões regulamentadas: normas regulamentadoras**. 2012. Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/regulamentacao.jsf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Processual**. Ato de Concentração nº 08012.007042/2001-33. Voto do Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd9UGKvnfU2DUJMijam0u9uWHIYXVi5oeZz_YMZQaE1A>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Consulta Processual**. Ato de Concentração nº 08012.012915/2007-15. Voto do Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcf2yfYqZPTxUdb0QyWf82T_Rni3rLaqlCowpDRXIpomL>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **CADE em números**. Atos de concentração julgados ao logo do tempo (2017). Disponível em: <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%Bameros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito antitruste brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do indivíduo: o legado da escola austríaca**. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=26.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

DE SOTO, Jesús Huerta. **As definições corretas de monopólio e concorrência – e por que a concorrência perfeita é ilógica**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. Mises Brasil, 2014. Disponível em: <www.mises.org.br/Article.aspx?id=1603>. Acesso em: 12 jan. 2018. Não paginado.

_____. **Duas diferenças fundamentais entre as ciências naturais e as ciências sociais**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1469>>. Acesso em: 6 jan. 2018. Não paginado.

DiLORENZO, Thomas. **Organized crime: the unvarnished truth about government**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2012. Disponível em: <https://mises.org/system/tdf/Organized%20Crime%20The%20Unvarnished%20Truth%20About%20Government_Vol_3_2.pdf?file=1&type=document>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. **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>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **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: 5 nov. 2017.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Comentários à lei de propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional**. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 45, n. 180, jul-dez. 1992.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 1 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-55-216-2709-8/>>. Acesso em: 2 dez. 2017. Não paginado.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/caminhodaservidao.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

_____. **The constitution of liberty**. The collected works of F. A. Hayek, v. 17. Chicago: University of Chicago Press, 2011. Disponível em: <<http://14.139.206.50:8080/jspui/bitstream/1/2397/1/Hayek,%20F.A.%20-%20The%20Constitution%20of%20Liberty.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. Tradução de Bruno Garschagen. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=83.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Recommended practices for merger notification procedures**. 2010. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, tempo e conhecimento: a escola austríaca de economia**. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=60.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. Tradução de Fernando Manaças Ferreira. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=82.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

KINSELLA, Stephan. **Contra a propriedade intelectual**. Tradução de Rafael Hotz. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=29.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

KIRZNER, Israel M. **Competição e atividade empresarial**. Tradução de Ana Maria Sarda. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=67.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. **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: 4 nov. 2017.

LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei: os limites entre a representação e o poder**. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=59.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

MANKIWI, N. G. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima. 6 ed. São Paulo: Cengage Learning Editores, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522112739/>>. Acesso em 2 dez. 2017. Não paginado.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, 2006.

MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. Tradução de Donald Stewart Jr. 3 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=44.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza Borges. 7 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=16.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Uma crítica ao intervencionismo**. Tradução de Arlette Franco. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=55.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**. Tradução de Tatiana Villas Boas Gabbi e Caio Márcio Rodrigues. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=91.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Col. Direito Econômico – Direito Concorrencial**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/>>. Acesso em 14 jan. 2018. Não paginado.

PIRES, Klauber Cristofen. **A lei antitruste e a AMBEV – uma análise sob a norma da razão**. Mises Brasil, 2009. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=362>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento**. Cadernos do Desenvolvimento, n. 9, v. 6, p. 340, jul.-dez. 2011. Disponível em: <http://anteriores.cadernosdodesenvolvimento.org.br/wp-content/uploads/2011/10/CD_edicao9_cmpleto.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. **Viaje por R\$50,00: promoção ou preço predatório? A revolução do antitruste no Brasil 2: a teoria econômica aplicada a casos concretos**: São Paulo: Singular, 2008. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/10/download/>. Acesso em: 28 jan. 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6147-3/>>. Acesso em: 14 jan. 2017. Não paginado.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REISMAN, George. **Platonic Competition**. Ayn Rand's The Objectivist, vol. 7, ns. 8 e 9, ago. e set., 1968. Disponível em: <<https://mises.org/library/platonic-competition>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Não paginado.

ROQUE, Leandro Augusto Gomes. **Sobre as privatizações (final)**. Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=646>>. Acesso em: 3 fev. 2018. Não paginado.

ROTHBARD, Murray N. **A anatomia do estado**. Tradução de Tiago Chabert. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=69.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. **A ética da liberdade**. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. 2 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=12.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. **Governo e mercado: a economia da intervenção estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito e Alessandra Lass. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<https://mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=74.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

_____. **Desestatização: como proceder e como não proceder**. The review of austrian economics, n. 1, v. 6, p. 65-77, 1992. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=120>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

_____. **Man, economy and state with power and market**. 2 ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. Disponível em: <https://mises.org/system/tdf/Man%2C%20Economy%2C%20and%20State%2C%20with%20Power%20and%20Market_2.pdf?file=1&type=document>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. **The dangerous nonsense of protectionism**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1986. Disponível em: <https://mises.org/system/tdf/Protectionism%20and%20the%20Destruction%20of%20Prosperity_2.pdf?file=1&type=document>. Acesso em: 17 nov. 2017.

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

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 1 ed. São Paulo: Best Seller, 1999.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: RT, 1966.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STIGLER, George J. **The theory of economic regulation**. Bell Journal of Economic and Management Science, n. 1, v. 2, p. 1-21, 1971. Disponível em: <<http://www.rasmusen.org/zg604/readings/Stigler.1971.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

TROESKEN, Werner. **The Letters of John Sherman and the Origins of Antitrust**. Department of History, University of Pittsburgh, 2002. Disponível em: <<http://www.pitt.edu/~troesken/papers/letters.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.