

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

Andressa C. Schneider



Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor



CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministra Laurita Vaz

Presidente

Ministro Humberto Martins

Vice-Presidente

Ministro Raul Araújo

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz

Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes

Desembargadora Federal Cecília Maria Piedra Marcondes

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt

Membros Efetivos

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro Sebastião Reis Júnior

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Desembargador Federal Mairan Gonçalves Maia Júnior

Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza

Membros Suplentes

Juiz Federal Cleberson José Rocha

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor

Andressa C. Schneider

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministro Raul Araújo

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nefi Cordeiro

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Mauro Campbell Marques

Superior Tribunal de Justiça

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

Desembargadora Federal aposentada Margarida de Oliveira Cantarelli

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Juiz Federal João Batista Lazzari

Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina

Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Desembargador José Renato Nalini

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Ministro Og Fernandes

Superior Tribunal de Justiça

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor

Andressa C. Schneider

Copyright © Conselho da Justiça Federal

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EQUIPE EDITORIAL

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Raul Araújo

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Diretora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Helder Marcelo Pereira

Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Elisa Maiby Carvalho Augusto

Estagiária

S358d Schneider, Andressa C.

Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência : o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. / Andressa C. Schneider. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

378 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 29).

ISBN 978-85-8296-022-6

1. Direito da concorrência. – 2. Consumidor. – 3. Proteção e defesa do consumidor. – 4. Direitos e garantias individuais. – I. Série.

*Mais les enfants ce sont les mêmes,
à Paris ou à Göttingen.*

Barbara

AGRADECIMENTOS

Esta tese, como qualquer trabalho acadêmico, é uma obra coletiva. Diversas instituições e pessoas estiveram ao meu lado para que ela fosse realizada. Dessa forma, é imprescindível que elas sejam nomeadas e recebam minha gratidão. À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à Justus-Liebig-Universität agradeço pela oportunidade ímpar de aperfeiçoamento. À Universidade de São Paulo agradeço pela oportunidade de participar do curso de verão sobre Direito Econômico e por permitir a consulta franca ao acervo das suas bibliotecas jurídicas. Também às Universidades Goethe, de Frankfurt, Ruprecht-Karls, de Heidelberg, e Unige, de Genebra, agradeço por disponibilizarem suas bibliotecas à pesquisa. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior agradeço pelo apoio financeiro durante o período de pesquisa em Gießen, proporcionado pela participação em uma pesquisa coletiva desenvolvida no âmbito do Probral II, programa que envolveu, também, o Deutscher Akademischer Austauschdienst. Ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul agradeço por oportunizar o período sabático para que eu pudesse me dedicar ao Doutorado. Agradeço, especialmente, ao Professor Doutor Augusto Jaeger Junior pela orientação e pelo auxílio constantes. Se *denken ist danken*, os pensamentos expostos nesta tese são, também, um agradecimento por seu trabalho. Agradeço, igualmente, ao Professor Doutor Christoph Benicke pela acolhida e por todo o apoio durante o período de pesquisa na Alemanha. Sou grata, ainda, aos Professores Doutores Bruno Nubens Barbosa Miragem, Marcelo Schenk Duque e Cristiano Heineck Schmitt, que integraram a banca de qualificação, pela paciência de ler esta tese quando ainda deveras incipiente e pelas contribuições inestimáveis. À Professora Doutora Claudia Lima Marques agradeço pelas lições inesquecíveis transmitidas em suas aulas e em sua obra. Mais do que lições sobre o Direito do Consumidor, elas são lições sobre o humanismo. À Rafaela Fetzner Drey agradeço pelo auxílio na tradução de alguns termos ingleses *tricky*, pelo compartilhamento de livros e pela companhia em nossos encontros via Skype. À Deborah Salomão, Ardyllis Soares e Laurício Pedrosa, doutorandos que estiveram comigo durante a estadia em Gießen, agradeço pelos

momentos de alegria, pelas discussões inspiradoras e pela amizade eterna com que me presentaram. À Heike e Peter Kiewert agradeço pela recepção em Feucht, pelos passeios nos arredores e pelo apoio. Ao Leo agradeço pela companhia em Gießen em todas as oportunidades possíveis, pelos diálogos em alemão para que eu pudesse aprimorar meus conhecimentos naquela língua que, afinal, fez com que nos encontrássemos, pelas discussões instigantes e sugestões sempre bem-vindas e, o mais importante, por estar sempre comigo. Por fim, mesmo sabendo que palavra alguma poderia expressar com fidelidade a gratidão devida, agradeço aos meus avós, Nila e Norberto, e à tia Sita, que é como se fosse uma avó, e a meus pais, Ana e Claudio, pelo apoio e, claro, pela companhia em Gießen que tornou meus dias muito mais felizes. Ao meu irmão, Douglas, também agradeço pelos dias com que me brindou com sua companhia e pelo convívio, desde sempre.

SOBRE A AUTORA

Andressa C. Schneider é advogada e professora no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS).

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito e Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS.

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS E TABELAS	17
ABREVIATURAS E SIGLAS	19
INTRODUÇÃO	21
I A CONCORRÊNCIA: A INSTITUIÇÃO JURÍDICA PRECURSORA DA DEFESA DO CONSUMIDOR	29
1.1 A Idade Média, o Mercantilismo, os Estados liberal, social e de bem-estar social, a Revolução Industrial e a formação de <i>trusts</i>	29
1.1.1 A Idade Média e o Mercantilismo.....	29
1.1.2 Os Estados liberal, social e de bem-estar social.....	31
1.1.3 A Revolução Industrial e a formação de <i>trusts</i>	36
1.2 A formação do Direito Antitruste ou Concorrencial.....	39
1.3 Um breve inventário das escolas econômicas	44
1.4 O Direito da Concorrência no Brasil	59
1.4.1 As disposições constitucionais	63
1.4.1.1 A (des)ordem econômica.....	64
1.4.1.2 A livre iniciativa como fundamento da República e valor da ordem econômica.....	67
1.4.1.3 A livre concorrência como princípio da ordem econômica.....	69
1.4.2 As disposições infraconstitucionais.....	77
1.4.2.1 A Lei n. 12.529/2011	77
1.5 Conclusão parcial	84

2	O CONSUMIDOR: A PESSOA HUMANA EM ESTADO DE VULNERABILIDADE	87
2.1	A sociedade de consumo	87
2.1.1	A pessoa humana diante da sociedade de consumo	91
2.1.2	A (im)personalização pelo consumo	93
2.2	A formação do Direito do Consumidor.....	95
2.3	O Direito do Consumidor no Brasil.....	98
2.3.1	As disposições constitucionais	98
2.3.1.1	A defesa do consumidor como direito fundamental	98
2.3.1.2	A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.....	100
2.4	As disposições infraconstitucionais	101
2.4.1	O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)	102
2.4.1.1	O consumidor em uma abordagem sociológica... ..	104
2.4.1.2	O consumidor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)	107
2.4.1.2.1	O consumidor <i>stricto sensu</i>	107
2.4.1.2.2	O consumidor <i>lato sensu</i>	112
2.4.1.3	O consumidor na Lei n. 12.529/2011	113
2.5	Conclusão parcial	118
3	A CONCORRÊNCIA E O CONSUMIDOR: O DIÁLOGO A PARTIR DO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CERNE DO SISTEMA JURÍDICO	121
3.1	O indivíduo, a pessoa, o sujeito de direitos	122
3.2	A dignidade da pessoa humana.....	127
3.3	A interação entre o consumidor, o fornecedor-concorrente e a concorrência.....	133

3.4	O caráter instrumental da política concorrencial	142
3.4.1	Os objetivos do Direito da Concorrência e da Lei n. 12.529/2011	146
3.4.2	O bem-estar do consumidor.....	153
3.5	A concorrência como instituição jurídica garante da proteção da dignidade da pessoa humana.....	156
3.5.1	O diálogo entre os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor.....	159
3.5.2	O diálogo entre as Leis n. 8.078/1990 e 12.529/2011.....	164
3.5.3	O diálogo entre o direito à escolha e o princípio da eficiência.....	169
3.5.4	A conciliação dos Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.....	180
3.6	Conclusão parcial	185
4	A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR PELA LEI N. 12.529/2011: O CONSUMIDOR COMO PROTAGONISTA DO “DEVIDO PROCESSO ECONÔMICO”	189
4.1	A discussão doutrinária	190
4.2	A prevenção das infrações da ordem econômica	197
4.2.1	A submissão de atos de concentração econômica ao CADE.....	199
4.2.2	A proibição de atos de concentração econômica	205
4.2.3	A autorização de atos de concentração econômica.....	205
4.2.4	O repasse ao consumidor de parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração econômica	209
4.2.5	A definição do modelo econômico aplicável	213
4.2.6	O viés distributivo do controle de estruturas ao impor a necessidade de compartilhar.....	216

4.3	A repressão das infrações da ordem econômica	223
4.3.1	A infração da ordem econômica.....	223
4.3.2	O abuso de posição dominante	228
4.3.3	O aumento arbitrário de lucros	233
4.3.4	A concorrência desleal	237
4.4	O fundamento do reconhecimento da proteção direta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011	242
4.5	O diálogo entre a infração da ordem econômica e a prática abusiva e o fundamento do <i>ne bis in idem</i>	248
4.6	Conclusão parcial	258
5	O DIREITO À CONCORRÊNCIA: O RECONHECIMENTO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR.....	261
5.1	Os direitos humanos e fundamentais.....	261
5.2	O direito à concorrência, uma proposta de conceito	268
5.3	A classificação do direito à concorrência: direito difuso, coletivo <i>stricto sensu</i> e individual homogêneo	278
5.4	A cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais a outros direitos	284
5.5	O direito fundamental à concorrência	288
5.6	A efetividade do direito à concorrência.....	297
5.6.1	Os remédios admitidos pelo sistema jurídico para assegurar o direito à concorrência.....	304
5.6.1.1	A representação ao SBDC.....	304
5.6.1.2	A ação individual.....	306
5.6.1.3	A ação civil pública	311
5.6.1.4	A ação coletiva.....	317
5.7	Conclusão parcial	325

CONCLUSÃO	329
REFERÊNCIAS	335

LISTA DE FIGURAS E TABELAS

Figura 1	-	139
Tabela 1	-	203

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ACC	Acordo em Controle de Concentração
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CADE	Comissão Administrativa de Defesa Econômica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CC	Código Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CFO	<i>Comité français d'organisation de la Coupe du Monde de football de 1998</i>
CNDC	Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor
CNRF	Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CPC	Código de Processo Civil
DAAD	<i>Deutscher Akademischer Austauschdienst</i>
DCE	Diretório Central de Estudantes
DNRC	Departamento Nacional de Registro de Comércio
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
ECD	Estrutura-Condução-Desempenho
EUA	Estados Unidos da América
FDDE	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
HHI	<i>Herfindahl-Hirschman Index</i>
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IES	Instituição de Ensino Superior

MEC	Ministério da Educação
MF	Ministério da Fazenda
MJ	Ministério da Justiça
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
PFE/CADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
PIB	Produto Interno Bruto
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
PROCON	Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor
SAC	Serviço de Atendimento ao Consumidor
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UE	União Europeia
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UnB	Universidade de Brasília
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
USP	Universidade de São Paulo
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i>

INTRODUÇÃO

Esta tese de Doutorado é, primeiramente, uma continuidade da pesquisa realizada entre 2009 e 2011, durante o Curso de Mestrado, no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFRGS, e que envolveu o tema da proteção do consumidor pelo Direito da Concorrência, no âmbito específico do controle estrutural, ainda na vigência da Lei n. 8.884/1994.

Ela considera o fato de o Direito da Concorrência presenciar momento singular no Brasil, dado que em 2012 entrou em vigor uma nova lei concorrencial¹, que refez a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)², agora dotado de um perfil mais eficiente do que outrora, e que em 2014 e em 2015 houve iniciativas importantes relacionadas à conciliação dos Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

O trabalho, que se insere na linha de pesquisa relacionada aos fundamentos dogmáticos da experiência jurídica³, aborda o sistema jurídico nacional com incursões pontuais pelo Direito comparado, considerando a ideia de que o sistema jurídico, que lida com expectativas, estabiliza relações sociais e propicia sua transformação (LUHMANN, 2004, p. 142 e ss.). O trabalho se orienta, também, pelo fato de que a defesa do consumidor é direito fundamental e princípio da ordem econômica, conforme estabe-

-
- 1 A Lei n. 12.529/2011 tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica. Ela estabelece a forma de implementação da política de concorrência no País, dispondo sobre a competência das autarquias e órgãos encarregados de zelar pela prevenção e repressão de abusos do poder econômico.
 - 2 Mesmo que o caráter regulador da concorrência não tenha se manifestado de forma substancial desde o início da trajetória do CADE, que muitas vezes apresentou um papel de mero “expectador” de condutas ou de “chancelador” de alterações estruturais, sua evolução, desde a década de 1960, é considerável, como demonstram as alterações legislativas ocorridas no período e o aprimoramento da técnica concorrencial verificada na jurisprudência daquela autarquia, o que também repercutiu na produção acadêmica e na *expertise* profissional.
 - 3 Uma das três linhas de pesquisa atualmente mantidas pelo PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS. As outras duas são: (i) fundamentos teórico-filosóficos da experiência jurídica e (ii) fundamentos da integração jurídica. Informações disponíveis no *site* daquele Programa (UFRGS).

lecem os arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), além de um postulado⁴ a orientar expressamente a aplicação da Lei n. 12.529/2011.

O trabalho parte, ainda, da observação de uma característica peculiar do Direito da Concorrência, qual seja, a diversidade⁵ controversa (PFEIFFER, 2015, p. 99) de objetivos centrais (*core goals*) que ele apresenta e a multiplicidade (FORGIONI, 2012, p. 236) de interesses que ele protege, materializada sobretudo na intenção derradeira de proteger o consumidor e os concorrentes (elementos subjetivos), além da própria concorrência (elemento objetivo), como instituição de Direito da Concorrência (ou Antitruste) (KOPPENSTEINER, 2014⁶), por meio da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica.

Por conseguinte, o trabalho considera a existência de uma confluência explícita entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, o que demanda uma abordagem dialética das políticas públicas⁷ relacionadas à defesa da concorrência e à defesa do consumidor para assegurar-lhes

4 Os postulados, que funcionam diferentemente dos princípios e das regras, são normas que orientam a aplicação de outras. Ademais, enquanto aqueles são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes (*rectius*: administrados), os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. (ÁVILA, 2014a, p. 164).

5 Ao comentar a questão da dificuldade de definição dos objetivos da disciplina concorrencial, Robert Bork afirma que *"despite the obtrusive importance of this issue, the federal courts in over eighty years have never settled for long upon a definitive statement of the law's goals. Today the courts seem as far as ever from the necessary clarity of purpose. A survey of judicial opinions, not to mention the surrounding confusion of scholarly and professional commentary, is likely to leave the impression that antitrust is a cornucopia of social values, all of them rather vague and undefined but infinitely attractive"*. Em tradução livre: apesar da importância indiscreta desta questão, os tribunais federais em mais de 80 anos nunca decidiram definitivamente sobre os objetivos da lei. Hoje os tribunais parecem tão longe como sempre da clareza necessária ao propósito. Um levantamento de opiniões judiciais, para não mencionar a confusão em torno de comentários acadêmicos e profissionais, é provável que deixe a impressão de que o Antitruste é uma cornucópia de valores sociais, todas elas bastante vagas e indefinidas, mas infinitamente atraentes. (BORK, 1993, p. 50).

6 Palestra realizada em evento organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salzburg em 5/11/2014 e compartilhada pelo palestrante, como manuscrito, com a autora.

7 Adota-se, neste trabalho, a definição proposta por Juarez Freitas, para quem as políticas públicas constituem "programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras". (FREITAS, 2014, p. 32)

eficácia recíproca. Além disso, o trabalho parte da constatação da existência de um reconhecimento doutrinário parcial envolvendo a possibilidade de o consumidor titularizar direitos, no âmbito da Lei n. 12.529/2015, em três situações específicas, no âmbito das infrações da ordem econômica, o que destoia da proteção tradicionalmente oferecida ao consumidor pelo Direito da Concorrência que, em regra, é considerada indireta⁸, mediata⁹.

A partir disso, a tese sustentada neste trabalho pretende verificar se o direito fundamental e o princípio constitucional da defesa do consumidor permitem viabilizar uma proteção direta e imediata do consumidor pelas normas concorrenciais e demonstrar que o reconhecimento de um “direito à concorrência”¹⁰ ao consumidor é, além de necessário, factível, uma vez que a livre concorrência está umbilicalmente ligada ao direito ao consumo (VAZ, 1993, p. 11, 358) e ao direito à escolha¹¹, por sua vez relacionados à liberdade e à própria dignidade da pessoa humana. Ela considera, para tanto, as disposições dos arts. 5º, § 2º¹², da CRFB/88 e 7º¹³ do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) e o fato de que o Direito garante prestações à sociedade, assim como a sociedade oferece material para o Direito na forma de conflitos, expectativas, fatos, fenômenos e sedimentações de sentido (GIORGI, 2011, p. 173).

8 Como apontam Calixto Salomão Filho (2013, p. 105, 107), Heloisa Carpena (2005, p. 258), Roberto Pfeiffer (2015, p. 151) e Paula Forgioni (2012, p. 246), entre outros.

9 Para Paula Forgioni, “nas leis antitruste, a tutela do consumidor é mediata, ao passo que a livre iniciativa e a livre concorrência são bens imediatamente tutelados”. (FORGIONI, 2012, p. 246).

10 A propósito, identifica-se na literatura belga, em obra de 2009, referência ao *droit à la concurrence pour les opérateurs économiques*, no contexto de que os Poderes Públicos deveriam garanti-lo. (BOY; RACINE; SIIRIAINEN, 2009, p. 289).

11 Art. 6º, II do CDC.

12 Dispõe o art. 5º, § 2º da CRFB/88: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

13 Dispõe o art. 7º do CDC: os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Nesta tese, pretende-se, em suma, pensar o papel exercido pela “livre concorrência” na implementação do valor, da regra¹⁴ e do superprincípio (*Übergrundrecht*) da dignidade da pessoa humana, cerne do sistema jurídico, dado que a proteção da dignidade da pessoa humana não pode encontrar lacunas. Com isso, ela pretende contribuir, também, para a compreensão do papel do consumidor no âmbito concorrencial, considerando que “atribuir direitos não é ajustar as pessoas a papéis adequados à sua natureza; é deixar que elas escolham sozinhas os próprios papéis” (SANDEL, 2014a, p. 248).

A partir, então, das premissas (hipóteses) de que (i) o consumidor é passível de titularizar direitos concorrenciais, como ocorre em pelo menos três hipóteses, relacionadas a infrações da ordem econômica, e de que (ii) esse reconhecimento pode ser eventualmente ampliado a fim de permitir a configuração de um “direito à concorrência”, apresentam-se os seguintes problemas que definem a pesquisa aqui descrita e que constituem sua linha vermelha (*roter Faden*):

- a. em que medida o consumidor é protegido pelo Direito da Concorrência?
- b. Em que consiste a proteção indireta conferida ao consumidor pela Lei n. 12.529/2011?
- c. Pode-se falar em uma proteção direta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011?
- d. O consumidor é passível de titularizar direitos na Lei n. 12.529/2011?
- e. Em que dispositivos da Lei n. 12.529/2011 identificam-se direitos passíveis de serem titularizados pelo consumidor? Em todas as hipóteses de infrações da ordem econômica ou apenas naquelas já reconhecidas pela doutrina?
- f. Em caso afirmativo, qual é a eficácia jurídica desses dispositivos?
- g. Há a possibilidade de desvirtuar-se o núcleo conceitual da defesa da concorrência?
- h. Existe um direito à concorrência? Qual é a natureza deste direito?

14 A norma da dignidade da pessoa humana é tratada como regra e como princípio, prevalecendo contra os princípios colidentes, segundo Robert Alexy. (ALEXY, 2015, p. 111).

i. Presumindo-se que sim e identificando-se a presença de direito subjetivo no âmbito concorrencial, quais as implicações jurídicas dessa possibilidade, em face dos concorrentes e à instituição concorrencial?

j. A legislação, a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional admitem essa possibilidade, que amplia o rol de direitos do consumidor?

k. Havendo ampliação do rol de direitos subjetivos, como solucionar a eventual propositura de demandas em massa, por consumidores, com fundamento no mesmo direito à concorrência? Pode-se falar em aplicação da doutrina da efetivação privada de direitos concorrenciais (*private antitrust enforcement*), no contexto brasileiro¹⁵, além da efetivação pública, por meio da propositura de ações privadas individuais ou coletivas para a reparação de danos, conforme dispõe o art. 47 da Lei n. 12.529/2011?

Em relação ao aspecto formal, adotou-se o método empírico, segundo propõe Karl Popper, para quem uma atitude de abertura caracteriza a pesquisa científica, que deve submeter à prova os enunciados, permitindo aferir sua falseabilidade (POPPER, 2007, p. 51). Além disso, a pesquisa caracteriza-se como qualitativa. Os procedimentos técnicos adotados foram sobretudo a coleta bibliográfica e documental de dados jurídicos, especialmente no Brasil e na Alemanha, o que ocorreu durante um período de pesquisa¹⁶ junto à Justus-Liebig-Universität, em Gießen, no estado de Hessen, que teve o apoio da CAPES e do DAAD, em sede de uma pesquisa coletiva desenvolvida no âmbito do Probral II. Além disso, a possibilidade de realização de pesquisa, no exterior, por 12 meses, foi imprescindível para verificar como o tema é visto sob outros olhos e incluir, neste trabalho, alguns aspectos comparativos¹⁷ pelo método da comparação de direitos (*Rechtsvergleichung*).

15 O que Fabio Nusdeo (2013, p. 1200), por exemplo, expressamente reconhece.

16 Especificamente a pesquisa binacional desenvolvida no âmbito do Probral II, "A Proteção Nacional e Internacional dos Consumidores de Serviços Bancários e Financeiros nos Processos de Integração Mercosul e União Européia", financiada conjuntamente pela CAPES e pelo DAAD e da qual resultou a seguinte obra: *Diálogo entre o Direito brasileiro e o Direito alemão: fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação internacional* (MARQUES; BENICKE; JAEGER JUNIOR, 2016).

17 Como propõe, por exemplo, Carlos Ferreira de Almeida (1998).

Como estratégia didática, adota-se a utilização de uma metáfora ao se observar que a dinâmica concorrencial¹⁸ poderia ser representada por um concerto. Nele, a lei concorrencial é uma partitura; o concorrente, um músico que compõe a orquestra cujo regente é o Estado. A concorrência, por sua vez, é a própria orquestra, enquanto a competição é a música produzida e o consumidor, a plateia, a destinatária de todo o esforço conjunto. Assim, ao longo do trabalho, diluíram-se informações sobre a metáfora eleita, uma alegoria que será aos poucos apresentada ao leitor.

Estruturalmente, o trabalho foi organizado pensando-se a análise do tema da dignidade da pessoa humana como seu centro, em sintonia com o sistema jurídico. Ele está organizado em cinco capítulos, construídos em espiral, além desta seção introdutória e da conclusão.

Por fim, destacam-se algumas questões residuais de fundo e de forma. Em primeiro lugar, observa-se que o tema deste trabalho tem natureza multi, inter e transdisciplinar, envolvendo os Direitos da Concorrência e do Consumidor, trespassados sobretudo pelos Direitos constitucional, econômico e empresarial, além da Economia e da Sociologia. Elementos econômicos, históricos e sociais, para além de exclusivamente jurídicos, mostraram-se, no decorrer da pesquisa, fundamentais para a compreensão do Pós-Modernismo contemporâneo, contexto em que a tese que este trabalho sustenta foi construída.

Em segundo lugar, é necessário esclarecer que o trabalho considera, inicialmente, a concorrência uma “instituição jurídica” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 98), embora ela também perfaça um “bem jurídico” abstrato, além de, eventualmente um direito, o que se pretende confirmar.

Em terceiro lugar, faz-se necessário referir que o *corpus* de pesquisa envolveu substancialmente a CRFB/88, leis infraconstitucionais (sobretudo as Leis n. 12.529/2011 e 8.078/1990), normas concorrenciais outras, doutrina e jurisprudência majoritariamente brasileiras, além de estrangeiras. Os textos em língua estrangeira, quando citados, foram vertidos para o português por tradução livre da autora.

Em quarto lugar, deve-se esclarecer que a necessidade de inovar e de promover a discussão foi um propósito deste trabalho, que objetiva pen-

18 Expressão que remete à obra de John Maurice Clark (1966).

sar a proteção/defesa¹⁹ concorrencial do consumidor e contribuir²⁰ para a ampliação do debate sobre as defesas institucionais da concorrência e do consumidor e sobre o desenvolvimento de futuras políticas públicas e projetos de lei, de forma que, se espera, tenha repercussões pragmáticas.

Em quinto e último lugar, é necessário notar que existe identificação entre pesquisadora e objeto de pesquisa, uma vez que não é possível abdicar da condição de consumidora, o que não impede que se busque um olhar o mais possível independente e crítico, a fim de adequar a pesquisa aos seus pressupostos intrínsecos de busca da neutralidade, isenção e imparcialidade.

19 Embora a expressão consagrada pela Constituição seja “defesa do consumidor”, pensa-se que a expressão mais apropriada e completa seria “proteção e defesa do consumidor”, a partir da consideração de que a “proteção” (*Schutz*) é um ato preventivo, ativo, enquanto a “defesa” (*Abwehr*), um ato repressivo, reativo.

20 A propósito, o item 8 da Resolução n. 39/248 da ONU fala do papel das pesquisas em universidades no que tange ao desenvolvimento de políticas relacionadas à defesa do consumidor, *litteris*: “8. *The potential positive role of universities and public and private enterprises in research should be considered when developing consumer protection policies*”. Em tradução livre: 8. O potencial papel positivo das universidades e de empresas públicas e privadas em pesquisa deveria ser considerado ao se desenvolverem políticas de defesa do consumidor. (UNITED NATIONS, 2003)

1 A CONCORRÊNCIA: A INSTITUIÇÃO JURÍDICA PRECURSORA DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo, analisam-se aspectos históricos relacionados à formação do Direito da Concorrência. Verificam-se as teorias das principais escolas econômicas cujo pensamento tem repercussões importantes na análise antitruste.

Analisam-se, ainda, as disposições constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à concorrência, no Brasil, a fim de que se possa compreender o significado da concorrência, enquanto instituição jurídica, para a defesa do consumidor, diante dos desafios contemporâneos e as particularidades do sistema concorrencial.

1.1 A Idade Média, o Mercantilismo, os Estados liberal, social e de bem-estar social, a Revolução Industrial e a formação de *trusts*

1.1.1 A Idade Média e o Mercantilismo

A organização política da Idade Média europeia caracterizava-se pela ausência de Estado e pela força dos vínculos feudais, senhoriais e corporativos de cada reino (MIRANDA, 2002, p. 35). Direitos fragmentados e estrati-

ficados, além de privilégios corporativos, estavam presentes no cotidiano de artesãos e de corporações de ofício, os atores de um comércio incipiente que se estabelecia nas comunas²¹. Além disso, organizavam-se, gradativamente, algumas grandes empresas, as chamadas “*medieval super-companies*” (KOHN, 1999), exemplificadas por alguns consórcios celebrados entre banqueiros e mercadores de Veneza e Florença.

As corporações de ofício, organizadas de forma a assegurar um monopólio, já que ninguém que não fosse seu membro poderia dedicar-se à atividade que elas regulamentavam, tinham estatutos próprios, enquanto as comunas regulavam a atividade das corporações, controlando os estatutos e impondo regras de condutas para seus membros, embora algumas dessas regras objetivassem proteger o interesse daquele que, hoje, chamar-se-ia de “consumidor”.

Assim, uma regra fiorentina interessante, nesse contexto, era a que determinava que um fiscal, ao fim do dia, deveria cortar a cauda de todos os peixes que estivessem à venda para que se visse, no dia seguinte, que o produto já não era fresco. E, em alguns locais, havia, inclusive, a fixação do lucro máximo que determinada categoria de comerciantes poderia obter (SAPORI, 1940 apud FORGIONI, 2012, p. 46). Nesse mesmo sentido, recorda-se a Lei de Pureza da cerveja, a conhecida *Reinheitsgebot*, lei bávara promulgada em 1516 e que estabelecia que a cerveja deveria ser fabricada com apenas três ingredientes, quais sejam, água, malte de cevada e lúpulo, em reação às deturpações constatadas à época no processo de fabricação da cerveja. Além disso, a maior parte do texto da *Reinheitsgebot* tratava do controle de preços. Assim, além de motivações locais, essa preocupação com o tabelamento pode estar relacionada ao prelúdio da chamada “Revolução dos Preços” que afetou a Europa Ocidental entre o fim do século XV e o começo do século XVII (FISHER, 1989).

Como muitas dessas regras, que inspiram o legislador até hoje, causassem problemas de acesso ao mercado (barreiras à entrada) e limitação, enfim, da liberdade de concorrer (FORGIONI, 2012, p. 47), pelo monopólio

21 É interessante observar que, nas cidades diocesanas, os bispos faziam reinar a moral católica e, dessa forma, impunha-se aos vendedores a prática de um *justum pretium* que não se poderia exceder sem que se caísse em pecado. (PIRENNE, 2012)

que as corporações representavam, houve a necessidade de repensá-las a partir da crise do sistema político medieval, para a qual colaboraram fatores como as Cruzadas, o rompimento das barreiras do Mediterrâneo, o desenvolvimento das cidades e as manifestações do espírito burguês e da economia mercantil e capitalista (MIRANDA, 2002, p. 36). Mesmo assim, ainda durante o Mercantilismo, diversos problemas “concorrenciais” foram agravados pela consolidação de monopólios exercidos pelos Estados-nação recém-formados ou por particulares (já que a política mercantilista pressupunha a exclusividade comercial entre metrópole e colônia, um instrumento de poder importante nas mãos do soberano [FORGIONI, 2012, p. 50]), mediante concessão.

Além disso, o Mercantilismo propiciou o surgimento de alguns institutos jurídicos sem os quais teria sido impossível a expansão do capitalismo e a Revolução Industrial, como a letra de câmbio, o contrato de seguro marítimo e as primeiras sociedades por ações (COMPARATO, 2010, p. 60) (por exemplo, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais), que, futuramente, pelo seu gigantismo, seriam o berço dos *trusts*.

1.1.2 Os Estados liberal, social e de bem-estar social

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade) (MIRANDA, 2002, p. 47). Apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais – alguns autores que o teorizaram foram Adam Smith, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill (IDEM) – ele envolve um discurso que interessava sobretudo à burguesia²², que, dispondo de poder político e econômico, demandava a intervenção mínima do Estado (DALLARI, 1995, p. 233).

22 Historicamente, o processo pelo qual a burguesia se tornou, no decorrer do século XVIII, a classe politicamente dominante abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, e através da organização de um regime de tipo parlamentar e representativo. Todavia, o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares constituíram a outra vertente, obscura, desse processo. Havia, paralelamente, sistemas de mi-

O pensamento liberal propõe a defesa de liberdades e de direitos individuais²³ (há, nesse contexto, uma sacralização da propriedade privada, por exemplo) e considera a existência de uma ordem natural passível de assegurar a harmonia espontânea do mercado. A partir da regra do *laissez-faire*²⁴ e da existência de uma ordem natural que convém não contrariar, o liberalismo se opõe ao Mercantilismo.

Desse modo, o aspecto político desse olhar que privilegia o indivíduo pode ser sintetizado pela ideia de abstenção, de redução ao mínimo das funções estatais. O viés econômico, por sua vez, pode ser identificado pela ideia da “mão invisível” (SMITH, 1987), pela qual os interesses individuais seriam guiados na direção mais favorável aos interesses de toda a sociedade (DROUIN, 2014, p. 16). Por fim, o viés jurídico pode ser representado pelo postulado da autonomia da vontade, já que o Estado não deveria intervir nas relações obrigacionais dos particulares, mas permitir a ampla liberdade contratual (MARQUES, 2014, p. 248).

Já o Estado social (*Sozialstaat*) é um conceito gestado a partir das revoltas e tentativas de revolução europeias²⁵ que agitaram o século XIX. Ele remonta a algumas iniciativas legislativas ocorridas no Reino da Prússia²⁶ e propõe, resumidamente, a integração das classes sociais menos favorecidas, evitando a exclusão e a marginalização pela compensação das desigualdades e pela redistribuição da renda por meio da justiça fiscal e de investimentos públicos, por exemplo. Na prática, confunde-se muitas

cropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas, o subsolo das liberdades formais e jurídicas, feitas para disciplinar e conter o sujeito em locais como, por exemplo, as fábricas. (FOUCAULT, 1997, p. 184, 185)

- 23 Esses direitos individuais envolvem, por exemplo, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade e da propriedade, a inviolabilidade do domicílio e o segredo de correspondência. Além disso, são exemplos das liberdades econômicas e políticas a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade, além das liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais etc. (TAVARES, 2012, p. 502)
- 24 Expressão que significa “não intervenção” ou «não interferência». Recorde-se a fórmula atribuída ao fisiocrata Vincent de Gournay (1712-1759): «*laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises*», que significa “deixai os homens fazer, deixai passar as mercadorias”. (DROUIN, 2014, p. 19, 20)
- 25 Pode-se citar como exemplo emblemático a Comuna de Paris, de 1871. Depois, já no século XX, o Estado social afirmou-se como resposta à Revolução Mexicana, de 1910, e à Revolução Russa, de 1917.
- 26 Cita-se, por exemplo, a *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, de 1794.

vezes o Estado social e a economia social de mercado com o Estado de bem-estar social (*Wohlfahrtsstaat*). Todavia, há entre eles uma diferença sutil, pois do Estado social deriva um princípio (*Sozialstaatsprinzip*), enquanto o Estado de bem-estar social (também chamado de Estado-providência) vincula-se, originalmente, a políticas públicas. Assim Pierre Rosanvallon:

a expressão inglesa *Welfare State* foi criada na década de 1940 (embora se falasse de *welfare policy* desde o início do século XX). O termo alemão correspondente, *Wohlfahrtsstaat*, foi empregado desde a década de 1870 pelos 'socialistas de cátedra' [...]. O termo *Sozialstaat* era igualmente utilizado para qualificar as reformas implantadas por Bismarck nos anos 1880. Pode-se ainda observar que a expressão *Wohlfahrtsstaat* designava também, na pena de historiadores alemães do século XIX, os aspectos julgados mais positivos da ação de polícia (*Polizeistaat*) nos governos do século XVIII: polícia do preço dos cereais, da luta contra a carestia, etc. (ROSANVALLON, 1997, p. 122, grifo do autor)

O Estado social, que seria aprofundado por Otto von Bismarck²⁷, chanceler da Alemanha então recentemente unificada (1871), muito para evitar a ascensão dos movimentos baseados no pensamento marxista, em expansão à época, permaneceu até depois do fim da Primeira Guerra Mundial, perdurando durante a República de Weimar. Indiretamente, ele se vinculava ao movimento político efervescente que levaria à Revolução Russa²⁸,

27 Embora a Inglaterra houvesse promulgado, em 1601, a Lei dos Pobres (*Poor Relief Act*), tornando o Estado, pela primeira vez, prestador de assistência aos que não tivessem condições de garantir a própria subsistência, observa-se que, preocupado com os movimentos sociais que exigiam do Estado ações voltadas à proteção da classe trabalhadora, Otto von Bismarck, chanceler alemão, desenhou o primeiro modelo de seguro social, que visava proteger os trabalhadores em situação de necessidade. Para realizar o custeio (financiamento) estabeleceu-se que contribuiriam os próprios trabalhadores, as empresas e o Estado: em 15/6/1883, promulgou-se a lei que criava o seguro obrigatório contra doenças e, em 6/11/1884, foi aprovada a lei que instituiu o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. (KONKEL JUNIOR, 2005, p. 32, 34)

28 Mas, segundo Eric Hobsbawm, “com exceção dos românticos que viam uma estrada reta levando das práticas coletivas da comunidade aldeã russa a um futuro socialista, todos tinham como igualmente certo que uma revolução da Rússia não podia e não seria socialista. As condições para uma tal transformação simplesmente não estavam presentes num país camponês que era um sinônimo de pobreza, ignorância e atraso, e onde o proletariado industrial, o predestinado coveiro do capitalismo de Marx, era apenas uma minúscula minoria, embora estrategicamente localizada. Os próprios revolucionários marxistas russos partilhavam dessa opinião. Por si mesma, a derrubada do czarismo e do sistema de latifundiários iria produzir, e só se poderia esperar que produzisse, ‘uma revolução burguesa’”. (HOBSBAWM, 1995, p. 64)

em 1917, em que o proletariado reivindicava a repartição da riqueza gerada desde a Revolução Industrial, o que representou uma ameaça ao controle do Estado pela burguesia, que se viu impelida a fazer concessões.

Nesse contexto, com o advento do Estado social – que significa ajuda para quem necessita por parte daqueles que podem prestá-la – além de direitos de defesa do cidadão diante do Estado (conquistas do Estado liberal), que são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado, há o reconhecimento de direitos a ações positivas realizadas pelo Estado, direitos a receber prestações do Estado, os assim chamados direitos prestacionais²⁹. Não por acaso, as Constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, trazem em seus textos, pela primeira vez, direitos sociais³⁰. Além disso, a percepção de que a propriedade privada apresentava uma função social, interessando à coletividade foi, pela primeira vez, positivada, destacando-se a Constituição de Weimar, que, em seu art. 153, última alínea, dispunha: “a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum”³¹³².

Foi a partir do primeiro Pós-guerra que começaram a surgir³³, nas Constituições, capítulos destinados a legitimar princípios e regras que, direta ou indiretamente, indicavam determinados fins ou metas a balizarem os resultados ou o desempenho da atividade econômica (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 941), uma expressão formal da “Constituição econômi-

29 Esse tema (que envolve verificar se as disposições de direitos fundamentais devem “adscrever” normas que conferem direitos prestacionais) é, aliás, segundo Robert Alexy, um dos mais discutidos na dogmática atual dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2012, p. 383)

30 Surge o constitucionalismo social, cujo primeiro exemplo, no Brasil, foi a Constituição de 1934, que dedicou um capítulo à ordem econômica e social. (BARROSO, 2015, p. 90)

31 Conforme Chantal Mouffe (1999, p. 72), antes da época moderna, a comunidade se organizava em torno de uma única ideia de bem comum substancial, não se distinguia realmente entre ética e política e se subordinava a política ao bem comum. Com o surgimento do indivíduo, a separação da Igreja e do Estado, o princípio da tolerância religiosa e o desenvolvimento da sociedade civil, instalou-se uma divisão entre o político e o que terminou por converter-se na esfera da moral. As crenças morais e religiosas são agora assunto privado sobre o qual o Estado não pode legislar, e o pluralismo é um rasgo decisivo da democracia moderna, ou seja, a democracia que se caracteriza, segundo a autora, pela ausência de bem comum substancial.

32 No original: „*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.*“

33 Mas, conforme Gilberto Bercovici, “a Constituição Econômica não é uma inovação do ‘constitucionalismo social’ do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX”. (BERCOVICI, 2005, p. 32)

ca” (BERCOVICI, 2005, p. 33). Surgia, aí, aliás, o próprio Direito econômico, um Direito excepcional, de guerra, marcado pela intervenção estatal (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 11), que, inobstante isso, sobreviveu às circunstâncias históricas que motivaram sua aparição, já que, concluída a guerra que assolara a Europa entre 1914 e 1918, a nova regulação mostrou-se oportuna para a ordenação da atividade econômica do primeiro Pós-guerra (GALÁN CORONA, 1985, p. 7).

Um marco, nesse contexto, foi a Constituição de Weimar, que deu origem às chamadas Constituições-programa (NUSDEO, 2013, p. 1194). Consolidava-se, assim, com Weimar, a presença do Estado no cotidiano da vida econômica (*das Wirtschaftsleben*, o título de um dos capítulos daquela Constituição), impulsionada por duas motivações básicas: a correção ou a mitigação de algumas falhas de mercado e a implementação de objetivos de política econômica (IDEM), permitindo uma intervenção estatal no domínio econômico, que, em regra, é da esfera privada. Surge o intervencionismo.

A partir disso e como consequência das graves crises econômicas e políticas que marcaram o período subsequente à Primeira Guerra Mundial, surgiram releituras das concepções liberais, entre as quais está a concepção ordoliberal da Escola de Freiburg, que se desenvolveu na década de 1930, cujos teóricos passaram a defender uma economia social de mercado³⁴ (*soziale Marktwirtschaft*) em que se reconhecia à concorrência e à política concorrencial um papel central de ordenação para o funcionamento adequado do mercado como promotor de integração social (EUCKEN, 2004, p. 245-246).

Em essência, esse processo histórico aqui resumidamente relatado é refletido no Direito por uma mudança de paradigma. Da regulamentação corporativa passou-se à repressão da concorrência desleal como mecanismo de proteção do direito de propriedade, para, depois, pela generalização das regras, chegar-se, finalmente, ao Direito Antitruste (BAPTISTA, 1996, p. 7).

Assim, se, hoje, por um lado, o Estado social está em crise porque não pode cumprir seus compromissos, além de estar em falência conceitual, como demonstram seus pensadores e teóricos (ARIÑO ORTIZ, 1999,

34 O termo “economia social de mercado” consta inclusive do Tratado de Lisboa (Tratado da União Europeia), conforme o disposto no art. 3º, item 3. (UNIÃO EUROPEIA, TRATADO DE LISBOA)

p. 103), e o Estado de bem-estar social, que chegou ao fim do século XX amplamente questionado em sua eficiência tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos (BARROSO, 2015, p. 90), é alvo de críticas do discurso neoliberal e está em declínio³⁵, por outro lado, pode-se afirmar que o Estado contemporâneo é, fundamentalmente, um Estado implementador de políticas públicas (GRAU, 1995, p. 59) e, nesse sentido, ainda um Estado social em que *government by policies* vai além do *government by law* do liberalismo (BERCOVICI, 2005, p. 57). Desse modo, ainda que exista um consenso de que o Estado não cumpre a contento suas funções, isso não significa que é necessário diminuir sua presença ou, mesmo, destitui-lo de suas funções. Implica atribuir-lhe outra função, talvez mais onerosa: fazer algo que o particular e o mercado jamais farão; incumbe-lhe redistribuir. Em suma, trata-se de um Estado que deve basear sua gestão em valores³⁶, e não em objetivos econômicos (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 41).

1.1.3 A Revolução Industrial e a formação de *trusts*

Uma digressão histórica é necessária para abordar o tema da formação de *trusts*. No ínterim que liga a passagem do Estado mercantilista até o Estado social, passando pelo Estado liberal, há um fato histórico ocorrido em um primeiro momento na Inglaterra que não pode ser desprezado: a Revolução Industrial, que revolucionou o mundo nos séculos XVIII e XIX ao transformar os processos produtivos substituindo o trabalho manual pelo trabalho mecanizado, substituindo a relação entre mestre e aprendiz pela relação entre patrão e empregado (FORGIONI, 2012, p. 55).

Com a Revolução Industrial, consolida-se também a liberdade de comércio e indústria, necessária às indústrias que à época se formavam, o que tornou necessário desenvolver normas sobre concorrência desleal e proteção de marcas e de patentes, uma espécie de embrião do Direito concorrencial (BAPTISTA, 1996, p. 9-10).

35 Destaca-se que, conforme Gilberto Bercovici, não é o fato de não termos alcançado um Estado de bem-estar social que nos impede de construir um Estado que possa superar a barreira do subdesenvolvimento. (BERCOVICI, 2005, p. 67)

36 Como demonstra, por exemplo, Michael Sandel (2014b).

Refere-se que o primeiro exemplo significativo de regras contra a concorrência desleal tem origem ainda na Prússia. Em 1869, o tribunal daquele reino (*Reichsgericht*) dizia que todo o comportamento concorrencial que não fosse expressamente proibido pela lei era admissível, proclamando a *Gewerbefreiheit*, a liberdade de comércio e indústria. A partir disso, a primeira ordenação específica envolvendo a concorrência desleal nasceu já na Alemanha, onde se editou a *Gesetz zum Schutz der Warenzeichnung*, de 1894, que punia alguns atos de confusão, como a imitação de marcas e embalagens e a falsa utilização de denominação de origem (BAPTISTA, 1996, p. 11).

Assim, nota-se que, desde o fim do século XIX, surge a demanda por uma legislação que, sob o prisma profissional, protegesse as posições que as empresas haviam conquistado no mercado, o que era feito até então pela própria comunidade empresarial, que determinava as regras de conduta aplicáveis a si próprias. Como consequência, a comunidade empresarial passa gradualmente a pedir a incriminação das condutas que vê como desleais. É então que surge a técnica da chamada cláusula geral (*Generalklausel*) (IDEM, p. 13), presente nos § 1º e § 3º da lei concorrencial alemã de 1909 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG), que dispunha: “quem no tráfego econômico desenvolva comportamentos competitivos que sejam contrários aos bons costumes pode ser demandado para que cesse os mesmos e indenize os danos causados”³⁷.

Além disso, na mesma época, ocorria na Alemanha um movimento de unificação de empresas: empenhados em fazer prosperar o capitalismo alemão de forma ordeira e disciplinada, industriais e banqueiros passaram a integrar suas empresas em enormes grupos empresariais (*Konzerne*) e a formar cartéis (CARREIRA, 1992, p. 28).

Do outro lado do Atlântico, na segunda metade do século XIX, a industrialização também mudara as relações empresariais. No período entre 1865 e 1900, os Estados Unidos da América (EUA) assumiram o *status* de líder industrial e a produção em massa tornou-se lugar comum. Inovações

37 Assim dispõe a UWG § 1 „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“. (ALEMANHA, GESETZ...)

em comunicações e em transporte proviram a infraestrutura necessária para habilitar o setor empresarial a atender aos mercados urbanos em crescimento (FOX, 2012, p. 3).

Não por acaso, as ferrovias foram o primeiro setor a enfrentar problemas concorrenciais, visto que elas demandavam investimentos iniciais altos. Para compensar o elevado capital e os custos operacionais, as empresas ferroviárias disputavam grandes volumes de negócios a preços baixos. Muitas vezes, ferrovias apresentavam taxas diferenciadas, com preços menores para grandes carregadores de volume e longas viagens. Como resposta à competição pelo menor preço, as empresas ferroviárias formaram *pools* ou cartéis que se tornaram sistemas dominantes em nível regional (IDEM).

Como os *pools* fossem acordos instáveis, algumas corporações proeminentes se voltaram para uma forma de acordo nova e mais sofisticada, o *trust*, criado quando um número de corporações, anteriormente membros de um *pool*, depositavam suas ações em um conselho de administração (*board of trustees*) recebendo, em retorno, certificados confiáveis (*trust*) de valor equivalente. Com isso, algumas corporações realizavam acordos verticais, integrando a produção e a distribuição, desde a obtenção da matéria-prima até o fornecimento de sistemas de *marketing* estruturados. *Standard Oil*, o mais conhecido dos grandes *trusts*, formou-se em 1882, capturando com sucesso a indústria de petróleo e mantendo seu controle por muitos anos (IDEM, p. 3-4).

Mas o fenômeno da concentração de empresas (que foi, também, muitas vezes, fomentado pelos Estados-nação ou pelas estruturas políticas que os antecederam³⁸) e principalmente o crescimento dos *trusts* na década de 1880, nos EUA, trouxe receio quanto às suas possíveis implicações econômicas (lembre-se que a ideia da autorregulação do mercado era predominante no século XIX e que os empresários tinham na concorrência o grande regulador) tanto para pequenos empresários, quanto para

38 É interessante notar, nessa perspectiva histórica, que a Liga Hanseática foi uma aliança de cidades mercantis que estabeleceu e manteve um monopólio comercial sobre quase todo o norte da Europa e o Mar Báltico, em fins da Idade Média e começo da Idade Moderna (entre os séculos XIII e XVII). De início com caráter essencialmente econômico, desdobrou-se posteriormente em uma aliança política, o que demonstra a recorrência da transformação do poder econômico em poder político, fato que, hoje, é perceptível no *lobby* intenso que grandes grupos econômicos realizam, nas mais diversas democracias, o que torna esse um tema contemporâneo sensível, alvo da Economia Política.

os trabalhadores, recém-organizados em sindicatos. O tema das consequências econômicas e sociais de acordos como os *trusts* afetou, enfim, a opinião pública (CARREIRA, 1992, p. 29), que passou a clamar por medidas capazes de contê-los. Sobre esse tema, falar-se-á no próximo tópico.

1.2 A formação do Direito Antitruste ou Concorrencial

Como visto, um ícone do pensamento liberal é certamente a expressão smithiana “mão invisível”, que descreve a habilidade de o mercado regular a si próprio: em uma economia de mercado, a interação dos indivíduos deveria resultar em uma determinada ordem, como se houvesse uma mão invisível que a orientasse.

Contudo, preocupações com os efeitos algumas vezes deletérios do movimento concentracionista, e da formação de *trusts*, no que tange à concorrência, se antes quase inexistiam, começaram a anunciar-se a partir da segunda metade do século XIX, quando já se reconheciam, ainda que de forma incipiente, prejuízos dele derivados e ligados ao exercício abusivo de poder econômico (FOX, 2012, p. 3), já que a empresa gigantesca tornara-se uma característica inevitável da paisagem econômica (GALBRAITH, 1988, p. 15). A propósito, é necessário mencionar que mercados de aço, automóveis, artefatos de borracha, produtos químicos, alumínio, outros metais não ferrosos, equipamentos elétricos e aparelhos eletrodomésticos, maquinaria agrícola, alimentos processados, sabonetes, cigarros, bebidas etc. não eram compartilhados por muitos produtores, cada um deles sem poder sobre seus preços, mas, ao invés, por um pequeno número de produtores com muito desse poder. Em função disso, o modelo neoclássico foi alterado para abranger também o caso de mercados compartilhados por dois, três, quatro ou alguns poucos produtores, geralmente de porte muito grande. Entre a concorrência de grande número de produtores e o monopólio da empresa única, inseria-se então o oligopólio de umas poucas empresas. E, muito embora com alguma relutância inicial, o oligopólio passou a ser reconhecido como a forma normal de organização do mercado (IDEM).

Desse modo, o surgimento gradual de distorções não alcançáveis pela ideia da “mão invisível” – o próprio Adam Smith reconhecia a concentração de poder de mercado nas mãos de poucos produtores (no extremo apenas um, perfazendo um monopólio³⁹), apoiados por um Estado intervencionista, um risco ao funcionamento da economia de mercado – fez surgir a noção de que a “mão invisível” do mercado é guiada, ao invés, pela “mão visível” do Direito (BEHRENS, 2014) (ou, mesmo, substituída pela “mão visível” do Estado [GRAU, 1995, p. 61]) e, particularmente, pelo ramo do Direito que, inicialmente, chamou-se de “antitruste” e que visava corrigir a única falha reconhecida de um sistema de outra forma “perfeito” (GALBRAITH, 1989, p. 147).

Por conseguinte, tornou-se necessário pensar um modelo regulatório, o que fez surgir o Direito Antitruste⁴⁰ (símbolo de uma luta histórica e vigorosa entre os grandes *trusts* e o poder político [CARREIRA, 1992, p. 29]), cujo marco histórico remonta ao final do século XIX, etapa inicial do processo de aglomeração do capital nos países então industrializados.

Assim, o Direito Antitruste se desenvolveu primeiro no Canadá, onde surgiu a primeira lei antitruste (HOFFMAN, 2003, p. 128-129), editada em 1889, e, logo após, nos EUA, onde o poder adquirido por algumas organizações empresariais chamadas *trusts* (FOX, 2013, p. 2157) levou à introdução de um arsenal legislativo (*Sherman Act*⁴¹, em 1890, *Clayton Act*⁴², em

39 O poder de monopólio é um tipo de falha de mercado. Ele envolve situações em que um produtor tem a capacidade de restringir o produto e elevar preços acima do nível de concorrência. A teoria econômica mostra que essa não é uma solução Pareto-ótima e, portanto, não é um resultado eficiente. Quando o monopólio ou o oligopólio são resultantes da presença de subaditividade de custos, um grande número de concorrentes não é possível nem tampouco desejável. O mercado não comporta um grande número de firmas operando em escala e escopo eficientes. Entretanto, se a indústria for controlada por um monopolista ou por um pequeno grupo de grandes empresas, qual a garantia de que o consumidor se beneficiará dos custos menores? Tal resultado não estará garantido pela força da concorrência. (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 118-119)

40 Segundo a tradição dos países do *common law*.

41 A seção 1 do *Sherman Act* proíbe contratos e conspirações que restringem o comércio e prescreve prisão e multa para violadores. A seção 2 proíbe tentativas ou monopolização de fato de “qualquer parte do comércio entre vários estados ou entre nações estrangeiras” (uma posição de monopólio por si não é ilegal). Além disso, a lei traz as próprias penalidades criminais, que podem incluir prisão de até três anos. (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 3-4)

42 *The Clayton Act addresses specific practices that the Sherman Act does not clearly prohibit, such as mergers and interlocking directorates (that is, the same person making business decisions for competing companies). Section 7 of the Clayton Act prohibits mergers and acquisitions where the effect “may be substantially to lessen competition,*

1914, e *Federal Trade Commission Act*⁴³, também em 1914). Nesse contexto, é interessante observar que, ao introduzir o *Sherman Antitrust Act*, em 1889, o senador John Sherman afirmava que “*the purpose of the bill was to contain the concentration of economic power*”⁴⁴. Não por acaso, os primeiros anos de aplicação do *Sherman Act* foram marcados pela repressão contra empresas de grande dimensão relativa que haviam adquirido essa posição em grande parte por meio de fusões e aquisições ocorridas em época anterior, em que não havia controle algum, e que, na maioria dos casos, haviam se envolvido em condutas caracterizadas como abusivas (DIRECTOR; LEVI, 1956, p. 282).

No plano europeu, o Direito da Concorrência surge a partir de preocupações diversas, influenciado pelo ordoliberalismo (WHISH; BAILEY, 2015, p. 22), analisado ainda neste capítulo, teoria que enfatiza a liberdade de iniciativa e a liberdade de escolha, e não a eficiência alocativa. Antes disso, como já se referiu, editou-se, na Alemanha, em 1909, a UWG, que até hoje não foi alterada em suas principais estruturas, o que se deve à adoção da técnica das cláusulas gerais, tendo havido uma alteração importante, em 1965, quando se estendeu a associações de consumidores, e não só a consumidores individuais, o direito de propor demandas ju-

or to tend to create a monopoly.” As amended by the Robinson-Patman Act of 1936, the Clayton Act also bans certain discriminatory prices, services, and allowances in dealings between merchants. The Clayton Act was amended again in 1976 by the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act to require companies planning large mergers or acquisitions to notify the government of their plans in advance. The Clayton Act also authorizes private parties to sue for triple damages when they have been harmed by conduct that violates either the Sherman or Clayton Act and to obtain a court order prohibiting the anticompetitive practice in the future. Em tradução livre: A Lei Clayton aborda práticas específicas que a Lei Sherman não proíbe claramente, como fusões e direções interligadas (isto é, o fato de a mesma pessoa tomar decisões de negócios para empresas concorrentes). A seção 7 da Lei Clayton proíbe fusões e aquisições em que o efeito “pode ser substancialmente diminuir a concorrência, ou tender a criar um monopólio.” Conforme alterado pela Lei Robinson-Patman, de 1936, a Lei Clayton também proíbe certos preços discriminatórios, serviços e subsídios nas relações entre os comerciantes. A Lei Clayton foi alterada novamente em 1976 pela Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act para exigir das empresas que planejam grandes fusões ou aquisições que notifiquem o Estado de seus planos com antecedência. A Lei Clayton também autoriza particulares a processar por danos triplos quando eles foram lesados por um comportamento que viola tanto a Lei Sherman ou Clayton e para obter uma ordem judicial que proíbe a prática anticompetitiva no futuro. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, FEDERAL...)

43 O ato criou uma agência para investigar e ordenar “métodos competitivos desleais”. (FOX, 2012, p. 42)

44 Em tradução livre: o objetivo do projeto de lei era conter a concentração de poder econômico. (FOX, 2012, p. 6)

diciais nesse âmbito (os concorrentes desde sempre o puderam fazer) (SCHAUMBURG, 2006, p. 24).

Além disso, o Direito da Concorrência europeu também reflete as preocupações da sociedade europeia da segunda metade do século XX, quais sejam, justiça social, bem-estar do consumidor, ausência de exploração etc., tornando-se um motor da integração europeia (STUYCK, 2005, p. 6), tanto que o objetivo de instituir um sistema comunitário de defesa da concorrência é afirmado com a entrada em vigor do Tratado de Roma (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA, 1957), de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE)⁴⁵. De acordo com o art. 3º, alínea “f” desse Tratado, a ação da CEE implicaria, entre outros, “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum”. A propósito, sobre esse contexto histórico, Jürgen Basedow observa que *«de façon générale, on peut constater, après la seconde guerre mondiale, dans beaucoup de pays, une activité législative dans le domaine des restrictions à la concurrence. Ces lois règlent des faits qui relèvent du droit privé»* (BASEDOW, 1997, p. 29)⁴⁶.

Mais atualmente, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) define os princípios do Direito da Concorrência que vigoram entre os Estados-membros da UE e a competência para a atuação compartilhada⁴⁷ entre a Comissão – e, na Comissão, a principal responsável pela aplicação das regras da concorrência é a Direção-Geral da Concorrência (DG Concorrência) – e as autoridades nacionais (por exemplo, na França, a *Autorité de la concurrence*, e, na Alemanha, o *Bundeskartellamt*). E, devido às trajetórias históricas diferentes, mas também às prioridades nacionais divergentes, o conteúdo concreto do Direito da Concorrência varia de um

45 Pode-se afirmar que, enquanto a edição do primeiro marco legal estadunidense, o *Sherman Act*, de 1890, liga-se ao Estado social, as primeiras iniciativas legislativas europeias envolvendo a matéria relacionam-se com o Estado de bem-estar social, que tem o Plano Marshall, de 1947, como ponto de referência histórica.

46 Em tradução livre: em geral, pode ser constatada, após a Segunda Guerra Mundial, em muitos países, uma atividade legislativa em matéria de restrições à concorrência. Essas leis disciplinam os fatos que sobressaem do direito privado.

47 Fala-se, na literatura, em uma descentralização, em uma delegação das funções da Comissão para o nível nacional. Considera-se, assim, a presença de três tipos de descentralização: (i) aplicação do Direito Concorrencial da UE por cortes nacionais, (ii) aplicação do Direito Concorrencial da UE por autoridades concorrenciais domésticas e (iii) aplicação pelas autoridades concorrenciais domésticas de seu próprio Direito Concorrencial. (DABBAH, 2003, p. 98-105)

Estado-membro para outro, no plano europeu. No entanto, ele se organiza geralmente em torno dos mesmos objetivos e mobiliza instrumentos familiares aos diversos Estados-membros que o contemplam em seus ordenamentos internos.

Sinteticamente, pode-se afirmar que quatro características principais são comuns ao Direito da Concorrência na UE: (i) a repressão dos acordos restritivos da concorrência e dos abusos de posição dominante (prevista nos arts. 101⁴⁸ e 102⁴⁹ do TFUE), (ii) o controle das concentrações de empresas (previsto no Regulamento n. 139/2004 da UE [UNIÃO EUROPEIA, 2004a]), (iii) a liberalização dos setores econômicos sujeitos a monopólio

48 Art. 101^o: 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

49 Art. 102^o: É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

(art. 106 do TFUE) e (iv) o controle dos auxílios estatais (previsto no art. 107 do TFUE).

Mais tardiamente, a disciplina concorrencial tem surgido em países em desenvolvimento, onde muitas vezes ainda está em estágio embrionário, como demonstra, por exemplo, o caso chinês⁵⁰, no que tange à Ásia, e o caso paraguaio⁵¹, no que tange à América Latina. No Brasil, a trajetória do desenvolvimento do Direito da Concorrência será analisada no tópico 1.4.

Pelo exposto, observa-se que, gradualmente, o Direito Antitruste transforma-se em Direito da Concorrência, já que sua pretensão não mais se resume à repressão de *trusts* e de outras formas empresariais semelhantes. Em síntese, pode-se dizer que o Direito da Concorrência, que se torna intervencionista (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 240) ao garantir a preservação da “dinâmica concorrencial”, pretende corrigir a *lex mercatoria* (FORGIONI, 2013, p. 780). Suas pretensões se tornam complexas e passam a contemplar diversos objetivos; aos poucos, assenta-se a ideia de instrumentalidade da concorrência, considerada um valor que deve ser protegido no quadro de um sistema jurídico marcado por direitos e liberdades fundamentais (CORDEIRO, 2005a, p. 10).

1.3 Um breve inventário das escolas econômicas

Se o Estado contemporâneo é um Estado implementador de políticas públicas (GRAU, 1995, p. 59), como visto – e a expressão “políticas públicas” designa todas as atuações do Estado, o que permite considerar que o próprio Direito torna-se uma política pública (IDEM, p. 61) –, então é necessário analisar as principais concepções teóricas envolvendo a política de defesa da concorrência, o que se faz a partir de agora para que se possa compreender as filigranas que envolvem a extensão da proteção concorrencial do consumidor em um momento posterior deste trabalho.

50 A lei chinesa denomina-se “Lei Antimonopólio” (LAM). Ela entrou em vigor em 1º de agosto de 2008, como notícia a professora da Universidade de Macau, Wei Dan (2012, p. 237 -266)

51 A lei paraguaia é a Lei n. 4.956/2013. (PARAGUAI, 2013)

a) A Escola clássica

A Escola clássica da Economia – ou a Escola clássica da Economia Política – surgiu no final do século XVIII e manteve-se dominante até o final do século XIX. Seu fundador é Adam Smith, cujas ideias continuaram a ser desenvolvidas no início do século XIX por David Ricardo, Jean-Baptiste Say e Robert Malthus (CHANG, 2015, p. 111).

Segundo a Escola clássica, a busca do interesse próprio por agentes econômicos individuais produz um resultado socialmente benéfico sob a forma de riqueza nacional máxima. Esse resultado paradoxal é possibilitado pelo poder da concorrência no mercado. Em seu esforço para obter lucros, os produtores se empenham para fornecer artigos melhores e mais baratos, e acabam produzindo artigos ao menor custo possível, maximizando, assim, a produção nacional. A maioria dos economistas neoclássicos acreditava na chamada Lei de Say, que estabelece que a oferta cria sua própria demanda⁵². Além disso, a Escola clássica rejeitava qualquer tentativa estatal de restringir o livre mercado por meio do protecionismo ou da regulamentação, por exemplo (IDEM, p. 111-113).

Não há, todavia, entre os clássicos, qualquer preocupação em definir os resultados do processo econômico. Não há a tentativa de formulação de modelos de equilíbrio até porque, à época, faltava o instrumental para tanto. A própria parábola da mão invisível demonstra que não há a pretensão de prever os resultados do processo econômico (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 9-10).

b) A Escola neoclássica

A Escola neoclássica surgiu na década de 1870, a partir das obras de William Jevons e Léon Walras. Os economistas neoclássicos conseguiram mudar o nome da disciplina, da tradicional “Economia Política” para “Teoria econômica”, a fim de que esta fosse despojada de aspectos políticos (CHANG, 2015, p. 115).

52 Ou, na versão contemporânea, de Steve Jobs: “*but in the end, for something this complicated, it's really hard to design products by focus groups. A lot of times, people don't know what they want until you show it to them*”. Em tradução livre: mas, no final, para algo tão complicado, é realmente difícil projetar produtos por grupos definidos. Muitas vezes, as pessoas não sabem o que querem até que você mostre a elas. (REINHARDT, 1998)

Na economia neoclássica, o sistema econômico é concebido como uma rede de trocas, impulsionada, em última instância, por escolhas feitas pelos consumidores “soberanos” (tema sobre o qual se discorrerá adiante). Ela enfatiza o papel das condições da demanda (derivada da avaliação subjetiva realizada pelo consumidor) ao definir o valor de um bem ou de um serviço. O valor (chamado pelos neoclássicos de preço) de um produto não depende apenas do tempo de trabalho despendido na produção (teoria do valor-trabalho), mas do quanto o produto é valorizado pelos potenciais consumidores (IDEM, p. 115-116).

A Escola neoclássica desenvolveu, ainda, duas ideias centrais da Escola clássica: a ideia segundo a qual (i) os agentes econômicos são movidos pelo interesse próprio, mas a concorrência no mercado garante que suas ações produzam um resultado socialmente benigno, e (ii) os mercados se autoequilibram, de forma que o capitalismo (ou a economia de mercado, como essa escola o chama) não demanda atitudes externas (IDEM, p. 117). Vilfredo Pareto, por exemplo, argumentava que, se se respeitarem os direitos de cada indivíduo soberano, é possível considerar que uma mudança social foi válida apenas quando ela melhora condições de um grupo sem piorar as de nenhum outro, o que se conhece como critério de Pareto, que hoje constitui a base das avaliações sobre melhorias sociais na economia neoclássica, que tem um viés conservador (IDEM, p. 115-116).

Um marco importante, nesse contexto, foi o surgimento da Economia do bem-estar (*welfare economics*), ou a abordagem do fracasso do mercado, desenvolvida na década de 1920 por Arthur Pigou, em que se verificou que os efeitos de algumas atividades econômicas não recebem um preço no mercado e, assim, não têm reflexo nas decisões econômicas – o que se conhece como “externalidade” (que pode ser negativa, caso da poluição, ou positiva, caso das atividades de pesquisa e desenvolvimento), um tipo de falha de mercado (IDEM, p. 118).

c) A Escola austríaca

Se nem todos os economistas neoclássicos defendem o livre mercado, é verdade que nem todos os economistas do livre mercado são neoclássicos: os adeptos da Escola austríaca são defensores ainda mais

apaixonados do livre mercado do que a maioria dos seguidores da Escola neoclássica. (CHANG, 2015, p. 131)

A Escola austríaca foi iniciada por Carl Menger no fim do século XIX. Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek, Joseph Schumpeter ampliaram a influência da escola, que se tornou conhecida (MÖLLER, 2008, p. 86) principalmente quando Hayek publicou, em 1944, a obra “O caminho da servidão” (HAYEK, 1977).

Embora destaquem a importância do indivíduo, para os teóricos austríacos a racionalidade humana é algo limitado. Além disso, seria apenas por meio da ordem espontânea do mercado competitivo que os planos diversos e em constante mudança de numerosos agentes econômicos poderiam ser conciliados uns com os outros. Assim, esses teóricos consideram que o livre mercado é o melhor sistema econômico não porque os indivíduos sejam perfeitamente racionais, como pressupõem as teorias neoclássicas, mas exatamente porque sua racionalidade é limitada (CHANG, 2015, p. 131-132).

Além disso, a característica decisiva desta escola é a consideração da concorrência como um processo dinâmico, e não estático, perspectiva expressa na afirmação de Hayek segundo a qual a concorrência é um processo de descoberta (*das Entdeckungsverfahren*) e na descrição de Schumpeter da concorrência como um processo de destruição criadora (*die schöpferische Zerstörung*), expressão bastante “plástica”, segundo observa Silke Möller (2008, p. 86).

d) A Escola de Freiburg

Na União Europeia, o desenvolvimento do Direito da Concorrência está historicamente relacionado à teoria ordoliberal que se desenvolveu, nos anos 1930, na Escola de Freiburg (GERBER, 1998, p. 232). A teoria ordoliberal trata-se de uma teoria neoliberal cujas teses foram formuladas pelo economista Walter Eucken e pelos juristas Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth, pertencentes a um grupo acadêmico que realizou um projeto de pesquisa interdisciplinar ligado à reconstrução das Ciências Econômica e Jurídica.

A Escola de Freiburg realiza uma crítica das condições que levaram a Alemanha, no período entreguerras, a permitir o desenvolvimento de uma

profusão de cartéis⁵³, já que, desde fins do século XIX e até as vésperas da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi chamada de “país dos cartéis”, de tal forma eram eles aceitos ou, mesmo, estimulados como veículo para a conquista de mercados externos (NUSDEO, 2002, p. 64).

Os membros da Escola de Freiburg atribuíam as deficiências das condições econômicas, jurídicas e políticas dominantes à época ao colapso do equilíbrio entre o Poder Público (que havia sido tomado pelo nazismo) e o poder privado (que havia sido apropriado por grupos influentes e por conglomerados industriais altamente integrados e cartelizados). Uma reforma futura (após a queda desejada do regime nazista) teria, então, de concentrar-se em um arranjo institucional que efetivamente equilibrasse os poderes público e privado (BEHRENS, 2014).

A escola ordoliberal sustenta como ponto de partida a hipótese de que, na regulação da economia, o Estado está vinculado a dois modelos (ordens econômicas) predeterminados, incompatíveis entre si: o modelo de economia de administração centralizada ou de planejamento e o modelo de economia de mercado (REICH, 1985, p. 37). A propósito, segundo o economista John Kenneth Galbraith, nos países industriais contemporâneos existiriam, por ironia, dois sistemas econômicos operando paralelamente: o das pequenas e médias empresas, operando em um sistema de mercado (em que há concorrência), e o das grandes corporações, operando em um sistema de planejamento (em que não há concorrência) (GALBRAITH, 1988, p. 42, 162-163).

A Escola de Freiburg demonstra sua preferência pelo modelo da economia de mercado, que necessita, porém, de um instrumento de direção capaz de fazer funcionar a economia, qual seja, a concorrência (REICH, 1985, p. 37-38). Entretanto, a concorrência pretendida não era qualquer concorrência, mas uma concorrência pelos méritos (*Leistungswettbewerb* ou

53 Identifica-se o poder econômico e o militarismo como causas determinantes para a queda da República de Weimar e a ascensão do nazismo. Assim Peter Gay: “A grande indústria começou a nacionalização da economia à sua própria maneira através da cartelização. Na verdade, ‘os maiores trustes na história alemã foram formados durante a República de Weimar’, inclusive a fusão em 1926 de quatro grandes companhias de aço e a criação do truste químico I. G. Farben no ano anterior, por meio da fusão das ‘seis maiores corporações desse setor’”. (GAY, 1978, p. 33)

competition on the merits), uma concorrência completa (*vollständiger Wettbewerb*⁵⁴ ou *vollständige Konkurrenz* [EUCKEN, 2004, p. 247-249]), segundo a qual não predominaria a lógica do *laissez-faire* (e aí radica a distinção essencial entre as teorias liberal e ordoliberal) (REICH, 1985, p. 38). A concorrência era vista, enfim, como um mecanismo de controle, de certa forma autônomo, que seria preferível ao controle estatal direto, o que poderia significar o ressurgimento de uma intervenção estatal injustificável, colocando em risco a liberdade individual. Nessa perspectiva, a concorrência, em síntese, protege a liberdade.

Esse tipo de ordem econômica garantiria bons resultados, já que a concorrência, enquanto motivadora de eficiência e instância sancionadora, regularia automaticamente os processos de mercado, além de garantir uma ordem de liberdade em que nenhuma empresa (agente econômico) disporia de poder sobre os outros e onde a última instância de decisão envolveria sempre o consumidor (IDEM). Deve-se mencionar que Franz Böhm expressamente fez referência à Adam Smith, para quem a concorrência como um mecanismo que permite aos consumidores controlar os produtores (*buyers to control sellers*) deveria se basear em instituições jurídicas (BEHRENS, 2014).

Com efeito, para os ordoliberais, uma tal ordem econômica precisaria de determinadas condições de ordem institucional que assegurassem seu funcionamento. Por isso, o Direito e a política concorrencial passaram a desempenhar um papel central para o funcionamento adequado do mercado como promotor de integração social.

Além disso, a influência perturbadora do poder de mercado sobre a concorrência constituía a preocupação principal dos teóricos ordoliberais que, assim, concebiam a necessidade de condições jurídicas constitutivas e de condições jurídicas de regulação para uma economia de mercado. Por condições jurídicas constitutivas entendem-se as liberdades jurídicas clássicas, como a liberdade contratual, a liberdade de concorrência e a liberda-

54 Segundo aponta o dicionário, *Wettbewerb* significa „zentrales Lenkungs- und Ordnungselement in einer Marktwirtschaft, in der sich Unternehmen auf dem Markt als Konkurrenten gegenüberstehen. Der W. dient der Auslese und der Leistungssteigerung sowie optimaler Lösung wirtschaftl., gesellschaftl. und wiss. Aufgaben; er genießt daher gesetzl. Schutz (Kartellrecht u.a.).“ (GROßES LEXIKON, 1996, p. 887-888). Já o termo *Konkurrenz* significa „1) *Gegnerschaft, Rivalität, (wirtschaftl.) Wettbewerb.* – 2) *sportl. Wettkampf.*“ (IDEM, p. 485).

de de associação. Por condições jurídicas de regulação entende-se o exercício de uma política estatal antimonopólio ativa, objetivando a realização de uma concorrência perfeita. Segundo Walter Eucken isso se reflete na proibição de formação de cartéis e em uma vigilância estrita de qualquer forma de monopólio, que deve ser desmantelado ou submeter-se às condições que existiriam em uma situação de concorrência. É aí que está a originalidade da Escola de Freiburg: o reconhecimento da tarefa específica que tem o Estado de lutar contra o poder de mercado (REICH, 1985, p. 38).

Nesse contexto, o poder de mercado caracterizaria algo a ser combatido, pois indicaria um mercado injusto e, conseqüentemente, incapaz de fomentar a integração social. (GERBER, 1998, p. 241) Portanto, ao invés de perseguirem apenas uma economia social (*soziale Wirtschaft*), os teóricos ordoliberais passaram a defender uma economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*).

Assim, a Escola de Freiburg argumentava a favor de proibições normativas para situações de cartel e, no que tange a posições dominantes, seus teóricos sugeriam a existência de controle por uma agência estatal (especialmente onde o poder de mercado fosse o resultado inevitável do êxito do agente empresarial em dado mercado ou da situação fática, no caso de um monopólio natural), o que poderia significar até mesmo a dissolução, a fragmentação dos agentes empresariais, por meio da aplicação de medidas de desconcentração (BEHRENS, 2014).

A premissa subjacente a esse entendimento, que hoje é amplamente adotado pelas legislações concorrenciais, é limitar a intervenção estatal na economia, assim como o poder privado dos agentes empresariais, por meio de um controle concorrencial que não fosse simplesmente mais uma política discricionária, mas uma matéria nas mãos de autoridades estatais independentes e especializadas. Afinal, se hoje se tem presente que a proteção da concorrência é política de Estado, e não de governo⁵⁵, de forma que a independência lhe é um atributo fundamental, deve-se reconhecer que nem sempre houve essa postura. Ela é uma conquista importante e sinaliza o amadurecimento institucional dos países preocupados com a questão concorrencial.

55 Nesse sentido, entrevista concedida por Arthur Sanchez Badin (2010).

É também importante referir que alguns membros do grupo enfatizavam, ainda, a importância de uma distribuição equitativa dos benefícios de um mercado competitivo. Isso implicava principalmente que aqueles que fossem incapazes de sobreviver com base no que eles poderiam (ou não poderiam) ganhar no mercado deveriam ser apoiados por auxílios financeiros (consequência do conceito de uma economia social de mercado, que, depois, tornou-se o modelo alemão de organização da economia do Pós-guerra) (BEHRENS, 2014).

Crítico⁵⁶ da teoria ordoliberal, Norbert Reich aponta que o Estado do século XIX suprimiu os antigos privilégios feudais, abolindo os resquícios corporativos ao mesmo tempo em que criou uma ordem básica para a organização da economia. Contudo, não o fez de forma autônoma, mas em função de uma certa evolução econômica dos processos mercadológicos que já se encontrava predeterminada. O Estado intervencionista, segundo o autor, atua de diversas formas nesses processos, servindo-se da concorrência para alcançar objetivos políticos e econômicos. Então, a luta contra a concentração de poder de mercado é, por exemplo, tão somente um dos aspectos da política econômica que o Estado realiza por meio do Direito, mas de modo algum o único e decisivo, como entendem os ordoliberais (REICH, 1985, p. 39-40).

Desse modo, para Norbert Reich, a teoria ordoliberal oculta uma concepção autoritária do Direito e do Estado, já que reivindica um Estado forte que tenha por missão a tarefa de ordenar a economia. Segundo o autor, a teoria ordoliberal tem pouca utilidade para um Estado intervencionista que tome o mercado para alcançar objetivos típicos de uma política de bem-estar social, em que a suposta autonomia da concorrência perde lugar na medida em que ela se torna instrumental e funcional, o que também ocorre no terreno do Direito e da política concorrencial (IDEM, p. 40).

Mesmo assim, aponta-se que o Direito concorrencial europeu foi influenciado (NEDERGAARD, 2013, p. 24) pela teoria ordoliberal (GERBER, 1998, p. 261 e ss.), diferenciando-se do estadunidense, marcado sobretudo

56 Para uma crítica e informações sobre a influência da teoria ordoliberal na política econômica alemã do Pós-guerra, veja-se Foucault (2008, p. 139 e ss).

do pelas Escolas de Harvard e de Chicago, cujas características principais serão vistas a seguir.

e) A Escola de Harvard

O Antitruste ganhou contornos acadêmicos próprios nos EUA, a partir dos anos 1950, por meio do pensamento proposto pela Escola de Harvard, onde floresceu a teoria estruturalista⁵⁷, que desenvolveu um modelo que interliga as estruturas, as condutas e o desempenho, o chamado paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD)⁵⁸: a estrutura do mercado influencia a conduta que influencia o desempenho (FOX, 2012, p. 57).

Esse paradigma analisa as características dos agentes econômicos presentes no mercado para avaliar sua *performance*, supondo para tanto que as condutas das empresas (firmas, no jargão econômico) são condicionadas pela estrutura anteriormente existente (GAMA, 2005, p. 7). Entendia-se, à época, que as influências eram fortes e, muitas vezes, determinantes (FOX, 2012, p. 57).

Dessa forma, a perspectiva concorrencial elaborada considerando os preceitos dessa escola preocupa-se, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada (de novos concorrentes, os entrantes). Há um temor em relação às estruturas de mercado caracterizadas pela presença de monopólios e oligopólios que, por pressuposto, podem gerar poder de mercado ou capacidade de uma empresa aumentar seus preços sem incorrer em perda significativa de vendas, em decorrência dos bloqueios à entrada de outros e novos concorrentes potenciais (entrantes) em um determinado mercado (GAMA, 2005, p. 7).

O ideal, portanto, seria um mercado com uma diversidade razoável de agentes econômicos, mais atomizado (*small is beautiful*), com empresas

57 Que não se confunde com a corrente científica do estruturalismo, que se desenvolveu nos anos 1960 sobretudo na França. Para os estruturalistas, o mais importante não é a mudança ou a transformação de uma realidade, mas a estrutura ou forma que ela tem no presente. Influenciados pelo estruturalismo, vários filósofos franceses como Michel Foucault, Jacques Derrida e Gilles Deleuze admitiram que a razão é histórica – isto é, muda temporalmente –, mas essa história não é cumulativa, evolutiva, progressiva e contínua. Pelo contrário, é descontínua, se realiza por saltos e cada estrutura nova da razão possui um sentido próprio, válido apenas para ela. (CHAUI, 2012, p. 104 e 105).

58 A primeira referência ao modelo ECD foi feita por Edward Mason, em artigo publicado em 1939.

com baixo poder de decisão e influência sobre preços, como sintetizam Phillip Areeda e Donald Turner, fundadores da literatura ECD: “*the competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms*”⁵⁹. Paula Forgioni recorda, a propósito, que o emblema estruturalista é uma estrutura mais pulverizada, “evitando-se as disfunções no mercado” (FORGIONI, 2012, p. 166).

Com efeito, considera-se que, em um mercado concentrado (estrutura), onde as empresas têm poder de decidir o preço cobrado pelo produto e/ou serviço oferecido, ambos os preços e as margens de lucro serão maiores (desempenho), porque as empresas apresentam grau elevado de coordenação (conduta). Portanto, pode-se afirmar que a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Além disso, de acordo com a análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada de outros e novos concorrentes potenciais (entrantes) em um determinado mercado, maior a possibilidade de colusão e de elevação dos preços e melhor o desempenho dos agentes econômicos em termos de lucratividade – o que, simultaneamente, causa perdas sociais de igual proporção (GAMA, 2005, p. 7-8), atingindo os concorrentes e os consumidores, além da própria dinâmica concorrencial.

Embora a “velha Escola de Harvard” já não exista hoje, o Direito – que ainda é muito influenciado por ela – continua preocupado com o fato de que uma alta concentração presente em um mercado com elevadas barreiras à entrada tende a isolá-lo das forças da competição, criando o cenário para desempenhos não competitivos e condutas anticompetitivas (FOX, 2012, p. 57).

f) A Escola de Chicago

Em artigo seminal, de 1956, Aaron Director e Edward Levi apresentaram muitas ideias características do que se convencionou chamar de pensamento da Escola de Chicago. Para os autores, já nos anos 1950, “*the*

59 Em tradução livre: mercado competitivo é aquele em que o poder não esteja indevidamente concentrado nas mãos de uma ou poucas empresas. (GAMA, 2005, p. 7)

central problems in the field of antitrust as yet unsettled and pressing for solution concern size, abuses and collusion" (DIRECTOR; LEVI, 1956, p. 296)⁶⁰.

Segundo Richard Posner, a abordagem da Escola de Chicago é cética sobre a gravidade do perigo à concorrência de uma ação unilateral de uma empresa (firma), unilateral no sentido de não requerer a cooperação com os concorrentes (mas que normalmente requer cooperação com clientes ou fornecedores). A abordagem enfatiza tanto a dificuldade de haver danos à concorrência causados por esses meios como o perigo de que a aplicação *heavy-handed*⁶¹ da legislação antitruste possa suprimir uma prática que, embora pareça anticompetitiva, na verdade é eficiente (POSNER, 2001a, p. 251).

Dessa forma, a Escola de Chicago pode ser caracterizada por dois adágios, quais sejam, *less is more* e *size matters*: estruturas concentradas⁶², se resultarem em uma economia de recursos que compense seus eventuais efeitos anticompetitivos⁶³, não deveriam ser coibidas. Propõe-se, então, a análise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as perdas potenciais ou reais decorrentes de efeitos anticompetitivos (GAMA, 2005, p. 10). Dessa forma, a Escola de Chicago atenta-se sobretudo à redução dos custos de produção, a partir da qual haverá um reflexo nos preços que, menores, beneficiarão o consumidor.

Considera-se, assim, que a Escola de Chicago rompeu com a tradição essencialmente estruturalista da teoria concorrencial (de Harvard) ao considerar que a concentração em si não é algo nocivo, desde que seja vista em termos de eficiência (o que pode ser sintetizado pelo aforismo "produção ao menor custo"). Com efeito, a concorrência pode mesmo ser

60 Em tradução livre: "os problemas centrais no domínio da defesa da concorrência que ainda são incertos e pressionam por solução envolvem tamanho, abusos e conluio."

61 Em um viés liberal, já que, segundo Frank Easterbrook, "*markets themselves are organized*". (EASTERBROOK, 1984, p. 1)

62 Segundo Easterbrook, "*the goal of antitrust is to perfect the operation of competitive markets. What does this mean? A "competitive market" is not necessarily the one with the most rivalry moment-to-moment*". Em tradução livre: o objetivo de Antitruste é aperfeiçoar o funcionamento dos mercados competitivos. O que isso significa? Um "mercado competitivo" não é necessariamente aquele com a maior rivalidade momento a momento. (EASTERBROOK, 1984, p. 1)

63 As concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação, eficiências e ganhos para os consumidores. (FORGIONI, 2012, p. 170)

reforçada em um quadro caracterizado por um menor número de empresas que sejam, cada uma delas, de maior dimensão e capazes de um desempenho mais eficiente se comparado a um cenário pulverizado por um vasto número de empresas de pequeno porte e desempenho ineficiente (PEREIRA, 2009, p. 98).

Segundo Robert Bork, a eficiência buscada pela concorrência pode ser definida como uma condição para maximizar o bem-estar dos consumidores (BORK, 1993, p. 405-406). Além disso, para ele, a política concorrencial carregaria consigo um paradoxo, dado que, para promover a concorrência, cujo objetivo último é o bem-estar do consumidor, é necessário limitá-la. A preservação da concorrência, com esse fim determinado, estaria atrelada, simultaneamente, à sua restrição; para obter um resultado, depender-se-ia inexoravelmente do outro, oposto, o que é paradoxal. Contudo, não parece difícil compreender que o paradoxo apontado por Robert Bork está equivocado, como apontam, por exemplo, Calixto Salomão Filho (2013, p. 76). É que, na tentativa de supostamente proteger o consumidor, o pensamento neoclássico, da Escola de Chicago, pode, sim, prescindir dos seus interesses, do seu bem-estar.

Para Robert Bork (1993, p. 405-406),

in judging consumer welfare, productive efficiency, the single most important factor contributing to that welfare, must be given due weight along with allocative efficiency. [...] The law should permit agreements on prices, territories, refusals to deal, and other suppressions of rivalry that are ancillary, in the sense discussed, to an integration of productive economic activity. [...] Antitrust should have no concern with any firm size or industry structure created by internal growth or by a merger more than ten years old⁶⁴.

Um segundo aspecto envolvendo a Escola de Chicago diz respeito à forma com que ela define o escopo apropriado para o Antitruste. Esse escopo é informado por premissas não intervencionistas e é melhor “capturado” por uma negativa: se o comportamento ou a operação não dimi-

64 Em tradução livre: “ao julgar o bem-estar do consumidor, a eficiência produtiva, o fator mais importante que contribui para o bem-estar, deve ser dada a devida importância, juntamente com a eficiência alocativa. [...] A lei deveria permitir os acordos sobre os preços, os territórios, as recusas para contratar, e outras supressões de rivalidade que são acessórias, no sentido discutido, de uma integração das atividades econômicas produtivas. [...] O Antitruste não deve ter nenhuma preocupação com qualquer tamanho ou estrutura industrial criado pelo crescimento interno ou por uma fusão de mais de dez anos de idade.”

nuem a produção ou se têm como resultado uma pró-eficiência significativa, qualidades pró-inovação, então eles não são ineficientes e não devem ser proibidos. Esse paradigma amplia o escopo da liberdade de aplicação do Antitruste (FOX, 2012, p. 56).

Finalmente, nota-se que, a partir do final dos anos 1970, a Escola de Harvard, que preconiza a existência de condições estruturais de concorrência, perde importância, pois seus defensores aceitam grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago, que passam a predominar com a eleição presidencial, nos EUA, de Ronald Reagan, cujo governo apresentou matizes liberais, como aponta Eleanor Fox:

from the early 1980s forward, U.S. antitrust law developed under a model that is euphemistically called “maximizing consumer welfare”. But in an important sense, this modern goal is not to maximize consumer welfare even if consumer surplus is the sole focus. U.S. antitrust law is not designed to make consumers as well off as possible, as Justice Scalia took pains to state in Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko. The operational goal (not accepted by all jurists) is to let business be free of antitrust unless its acts will decrease aggregate consumer surplus, and then again, unless the acts are a response to the market or a way to produce or invent new or better goods or services. This is not an indefensible modus operandi. In some circumstances it may make sense as a guiding light for applications of U.S. antitrust law in this millennium. But it is not the goal of antitrust unless the concept of “goal” reads ninety years out of antitrust history (FOX, 2013, p. 2158– 2159)⁶⁵.

De fato, muitos princípios econômicos embasam o Direito da Concorrência, também visto como um instrumento para a conquista de “eficiências sociais”. Assim, um sistema de livre mercado com a presença de normas concorrenciais pode contribuir para a alocação mais eficiente

65 Em tradução livre: “desde o início dos anos 1980, a lei antitruste dos EUA desenvolveu-se sob um modelo que é eufemisticamente chamado de “maximização do bem-estar do consumidor”. Mas, num sentido importante, essa meta moderna não é maximizar o bem-estar do consumidor, mesmo que o excedente do consumidor seja o único foco. A lei antitruste dos EUA não é projetada para proporcionar tanto bem aos consumidores quanto possível, como o juiz Scalia teve o cuidado de indicar no processo *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*. O objetivo operacional (que não é aceito por todos os juristas) é deixar os negócios livres do Antitruste, a menos que os seus atos diminuam o excedente do consumidor agregado, e em seguida, novamente, a menos que os atos sejam uma resposta ao mercado ou uma maneira de produzir ou inventar bens ou serviços novos ou melhores. Este não é um *modus operandi* indefensável. Em algumas circunstâncias, pode fazer sentido como uma luz para a aplicações da lei antitruste dos EUA neste milênio. Mas não é o objetivo do Antitruste, a menos que o conceito de “meta” seja lido sem considerar noventa anos de história antitruste.”

de fontes de insumo, a manutenção de preços menores e a adoção de incentivos para inovar, os objetivos, segundo Eleanor Fox, do Antitruste estadunidense (FOX, 2012, p. 49), onde os postulados da Escola de Chicago, que traz para o Antitruste a análise econômica do Direito⁶⁶, instrumento de uma busca maior, a eficiência alocativa do mercado (FORGIONI, 2012, p. 169), têm importância ímpar. E, com essa abordagem, pode-se afirmar que “US antitrust law subordinates the immediate welfare of consumers to the longer-run productivity of the economy that would benefit consumers in the longer term” (BUTTIGIEG, 2009, p. 161)⁶⁷.

g) A perspectiva pós-Chicago

A perspectiva pós-Chicago reúne o conjunto de teóricos “revisionistas” que, apesar de ainda não terem estabelecido uma “escola” (BEHRENS, 2014, p. 32), a partir da década de 1980, passaram a questionar os postulados por vezes demasiadamente simplistas propostos pela Escola de Chicago, ainda que reconheçam as vantagens da aplicação de modelos econômicos à análise antitruste (FORGIONI, 2012, p. 175) e a contribuição de diversos *insights* da Escola de Chicago ao Direito da Concorrência (FOX, 2012, p. 56). De acordo com Eleanor Fox, por exemplo, muitos teóricos da Escola de Chicago levam às suas análises presunções segundo as quais cartéis são inerentemente instáveis, mercados funcionam muito bem, agentes econômicos são maximizadores de lucros racionais, atos empre-

66 Que Ronald Dworkin, por exemplo, explicitamente rejeita: “a análise econômica, no seu ramo descritivo, parece fundamentar-se no sentido e na verdade de uma motivação direta, que é a de que os juízes decidem casos com a intenção de maximizar a riqueza social. Meu argumento contra o ramo normativo da análise econômica, porém, também questiona tal afirmação motivacional. Não afirmei que maximizar a riqueza social é apenas um entre vários objetivos possíveis, ou que é um objetivo social mesquinho, pouco atraente e impopular. Afirmei que ela não faz nenhum sentido como objetivo social, mesmo entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca. Portanto, é bizarro atribuir aos juízes o motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor. Mas uma explicação motivacional direta não faz nenhum sentido, a menos que faça sentido atribuir o motivo em questão aos agentes cuja conduta está sendo explicada”. (DWORKIN, 2005, p. 393-394)

67 Em tradução livre: “a lei antitruste dos EUA subordina o bem-estar imediato dos consumidores para a produtividade a longo prazo da economia, que beneficiaria os consumidores a longo prazo.”

sariais são sempre eficientes e a atuação estatal é sempre ineficaz (IDEM), exceto em casos que envolvam *hard core cartel* (OECD, 2010a).

Embora se considere que os postulados da Escola de Chicago predominam na análise econômica aplicada ao Direito da Concorrência, essa prevalência se dá, sobretudo, na análise das estruturas. Esses pressupostos, porém, são criticáveis: quando filtrados pela análise jurídica, têm sua aplicação bastante restringida (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 385), já que o discurso utilizado, que é positivista (POSNER, 2001b, p. 3), baseia-se no pragmatismo e no tecnicismo, como se as decisões antitruste não derivassem de opções políticas (FORGIONI, 2012, p. 172). Assim, questiona-se, sobretudo, a consideração da eficiência econômica como o paradigma-base da aplicação das normas concorrenciais, como observa William Kovacic:

*discussions of U.S. competition policy from the early 1970s to the present often emphasize the ascent of Chicago School perspectives in guiding doctrine and enforcement policy. In this narrative, Chicago School views ordinarily endorse what Frank Easterbrook has called a “profoundly skeptical program” that consists of “little other than prosecuting plain vanilla cartels and mergers to monopoly.” Such an approach generally would disregard vertical contractual restraints, vertical and conglomerate mergers, and most claims of illegal monopolization or attempted monopolization. Chicago School scholars typically propose that the attainment of economic efficiency be the exclusive basis for the design and application of antitrust rules*⁶⁸. (KOVACIC, 2007)

Desse modo, segundo Eleanor Fox, os teóricos pós-Chicago preferem moderar as presunções relativas ao livre mercado e privilegiar o contexto e os fatos do que a teoria envolvendo as atitudes que empresas e mercados eficientes provavelmente adotariam, questão analisada pela Economia comportamental (FOX, 2012, p. 56).

68 Em tradução livre: “discussões sobre a política de concorrência dos Estados Unidos a partir do início de 1970 até o presente muitas vezes enfatizam a ascensão das perspectivas da Escola de Chicago ao orientar a doutrina e a política executiva. Nesta narrativa, as perspectivas da Escola de Chicago normalmente endossam o que Frank Easterbrook chamou de “programa profundamente cético”, que consiste em “pouco mais do que perseguir os meros cartéis de baunilha e fusões que resultam em monopólio”. Essa abordagem geralmente não teria em conta restrições contratuais verticais, fusões verticais e conglomeradas e a maioria dos pedidos de monopolização ilegal ou tentativa de monopolização. Estudiosos da Escola de Chicago normalmente propõem que a realização da eficiência econômica seja a base exclusiva para a concepção e aplicação das regras de defesa da concorrência.”

Outra teoria crítica ao neoclassicismo representado pela Escola de Chicago é o estruturalismo, que surge a partir da instituição da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em 1948. Seu pensamento próprio e a partir da perspectiva latino-americana sobre o fenômeno do (sub)desenvolvimento argumenta que é preciso compreender as estruturas sociais, econômicas, políticas etc. para se entender e superar a dicotomia entre centro (economias homogêneas) e periferia (economias heterogêneas)⁶⁹. Desse modo, segundo os estruturalistas, é impossível supor que a mesma teoria econômica aplicável aos países desenvolvidos seja adaptável aos demais (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 16).

Finalmente, aponta-se que hoje não há uma abordagem monolítica das ideias de Chicago, embora se reconheça que o paradigma da eficiência ainda está presente nas teorias pós-Chicago de forma predominante (BEHRENS, 2014, p. 32).

1.4 O Direito da Concorrência no Brasil

O Brasil, desde o período colonial, foi marcado pela concentração excessiva⁷⁰ das estruturas detentoras do capital, fato que é decisivo para explicar o subdesenvolvimento do País (que passa pelo problema da concentração da renda) e, mesmo, suas perversões democráticas (SALOMÃO FILHO, 2014).

Como se sabe, a combinação de estímulo⁷¹ à expansão da empresa, em alguns setores da economia, e de restrição ao crescimento, em outros

69 Conforme palestra do Professor Doutor Gilberto Bercovici realizada no Salão nobre da Faculdade de Direito, em 9/2/2015, por ocasião do curso de verão em Direito Econômico realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

70 Sobre a colônia açucareira, por exemplo, escreve Celso Furtado (2007, p. 79): “a renda que se gerava na colônia estava fortemente concentrada em mãos da classe de proprietários de engenho. Do valor do açúcar no porto de embarque apenas uma parte ínfima (não superior a cinco por cento) correspondia a pagamentos por serviços prestados fora do engenho no transporte e armazenamento. Os engenhos mantinham, demais, um certo número de assalariados: homens de vários ofícios e supervisores do trabalho dos escravos. Mesmo admitindo que para cada dez escravos houvesse um empregado assalariado – 1500 no conjunto da indústria açucareira – e imputando um salário monetário de quinze libras anuais cada um, chega-se à soma de 22,5 mil libras, que é menos de dois por cento da renda gerada no setor açucareiro”.

71 No que tange ao contexto brasileiro, Rubens Requião anota que “constituiu política econômica do Governo o estímulo às incorporações e fusões, para aglutinar empresas, tornando-as de gran-

setores, produz um padrão particularmente assimétrico de desenvolvimento econômico (GALBRAITH, 1988, p. 42). Com efeito, a ordem concorrencial, que constitui um interesse institucional (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 98), deve ser considerada para a alteração desejada do *status quo*, pois, conforme a teoria institucionalista, *institutions matter*⁷².

O Direito da Concorrência desenvolveu-se de forma incipiente no Brasil, inspirado na experiência estadunidense (OLIVEIRA, 2007, p. 169), a partir da década de 1930 (RAMOS, 1977, p. 211), com o surgimento de normas esparsas voltadas à proteção da economia popular, à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência⁷³ e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional⁷⁴. Nesse contexto, destaca-se o art. 141⁷⁵ da Constituição de 1937, que transformou em princípio constitucional a proteção da economia popular e foi regulamentado pelo Decreto-lei n. 869/1938⁷⁶, que, apontado como o primeiro diploma brasileiro antitruste, surgiu com função constitucional definida, qual seja, a proteção da economia popular⁷⁷ e, portanto, mediata e precipuamente do consumidor (FORGIONI, 2012, p. 99).

É necessário destacar, nesse contexto, por sua importância histórica, o Decreto-lei n. 7.666/1945, conhecido como “Lei Malaia”, como lem-

de porte e, assim, aptas à economia de escala, com melhores condições de competição no mercado nacional e internacional. O Decreto-lei n. 1.182, de 16 de julho de 1971, concedeu estímulos fiscais transitórios às fusões, às incorporações e à abertura de capital das empresas. O principal estímulo consistiu na isenção de imposto de renda sobre o acréscimo de valor decorrente da reavaliação dos bens integrantes do ativo imobilizado, acima dos limites da correção monetária até o valor de mercado”. (REQUIÃO, 2003, p. 256)

72 Como defende, por exemplo, Douglass North (1990).

73 A Lei n. 1.521/1951 alterou dispositivos da legislação então vigente (Decreto-lei n. 869/1938) sobre crimes contra a economia popular.

74 O Decreto-lei n. 7.666/1945 estipulava uma série de atos considerados contrários à ordem econômica.

75 Assim dispõe o art. 141 da Constituição de 1937: “art 141 – A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

76 O Decreto-lei n. 869/1938 criminalizava diversas condutas que atentavam contra a economia popular.

77 Conforme Roberto Pfeiffer (2015, p. 132), sobre esse contexto, pode-se afirmar que, “ainda que não se empregasse a expressão ‘consumidor’ (até porque à época não se utilizava corriqueiramente tal termo nos textos legais) resta óbvio que a repressão ao abuso do poder econômico o tinha como destinatário, pois a tutela da economia popular redundava em proteção do consumidor”.

bra José Nabantino Ramos (1977, p. 211), que definiu os atos contrários à economia nacional e criou a então Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), o que permite afirmar que, a partir de 1945, já havia um esboço de um sistema de defesa da concorrência no Brasil.

Observa-se, também, que apenas na Constituição de 1946 a ênfase do Direito concorrencial brasileiro deixou de ser simplesmente a defesa da economia popular para apresentar um compromisso com a ordem econômica e com a noção de defesa do consumidor (BERCOVICI, 2005, p. 26), em demonstração clara de seu caráter instrumental.

Posteriormente, sobreveio a Lei n. 4.137/1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (também denominado CADE) e previu os controles preventivo e repressivo. Em 1991, o art. 74 da Lei n. 4.137/1962, que cuidava da hipótese de controle de estruturas, foi alterado pela Lei n. 8.158/1991, já ab-rogada.

Desse modo, pode-se afirmar que a concorrência foi um valor historicamente desprestigiado no Brasil, especialmente até a década de 1990 do século XX. O País adotou um modelo de industrialização caracterizado pela concentração⁷⁸, o que resultou em um quadro de desigualdades extremas⁷⁹ e que manteve uma fratura social que alijou do consumo grande parcela da população durante várias décadas. As razões político-econômicas para isso são claras e se encontram na política de desenvolvimento implantada no Brasil a partir dos anos 1960. Trata-se de uma política orientada pela formação da grande empresa nacional, como demonstra o II Plano Nacional de Desenvolvimento (BRASIL, 1975-1979), que previa a necessidade de fortalecimento da indústria nacional por meio da formação de conglomerados para fazer face à concorrência internacional (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 526). Além disso, políticas protecionistas baseadas em con-

78 Existe uma relação direta entre concentração do poder econômico e má distribuição de renda, como demonstrou estudo sobre o tema já na década de 1970. (COMANOR; SMILEY, 1975, p. 177-194)

79 Relativamente ao Brasil, o índice de Gini mais atual, de 2013, segundo dados do Banco Mundial, é de 52,9. (BANCO MUNDIAL)

trole de preços, em reserva de mercado⁸⁰ e em barreiras tributárias contribuíram para a manutenção de indústrias ineficientes⁸¹.

Assim, foi sobretudo a partir da década de 1990, marcada pelo fim da fase de transição democrática e caracterizada pela influência do discurso neoliberal, que se percebe ter havido uma (re)construção do Direito da Concorrência em âmbito nacional, agora integrante de um sistema que possui uma “Constituição cidadã”⁸². Diversas empresas estatais com atuação nos setores siderúrgico, petroquímico, de telecomunicações e eletricidade, por exemplo, foram privatizadas⁸³, como previsto no Programa Nacional de Desestatização (PND), que se seguiu à abertura comercial introduzida no Governo Fernando Collor e ao início do período de controle inflacionário trazido pelo Plano Real, nos Governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso.

Foi nesse contexto que a norma concorrencial anterior, Lei n. 8.884/1994, vigente até maio de 2012, foi promulgada. Ela contribuiu de forma vigorosa para o desenvolvimento da ideia de uma cultura da concorrência, então ainda incipiente no País, e, por isso, foi saudada como porta-voz de um controle estatal sobre as condutas e as estruturas que seria reconhecido, ao longo dos últimos anos, como fator importante para

80 Como ilustra a reserva de mercado para os produtores, de capital nacional, de produtos de informática, na década de 1980, com base na Política Nacional de Informática, instituída pela Lei n. 7.232/1984. (BRASIL, 1984)

81 Um problema que ainda persiste, conforme aponta relatório da OCDE, para quem a falta de concorrência nos mercados de muitos produtos, evidenciada pelos altos níveis de concentração e estruturas de mercado rígidas, parece ser um dos principais motivos do baixo desempenho da inovação das empresas industriais brasileiras, já que evidências empíricas revelam que as empresas brasileiras que foram expostas à concorrência em mercados estrangeiros aplicaram maiores esforços de inovação no contexto doméstico. (OECD, 2015a, p. 24)

82 Conforme a expressão, bela, de Ulysses Guimarães.

83 Calixto Salomão Filho, recordando o contexto de privatizações da década de 1990, destaca que “as autoridades governamentais, em particular o BNDES, passam a perseguir com afinco a concentração dos mercados e das empresas nacionais. De um lado, nos setores regulamentados, incentivam a concentração ou a cooperação entre empresas (é o que acontece, com particular ênfase, em setores de infraestrutura sujeitos à influência do órgão em função da necessidade de vultosos financiamentos). Nos setores não sujeitos a regulação seu papel de órgão executor da política de investimento do Governo federal (artigo 23 da lei 4.594/64) passa a ser desempenhado precipuamente através da vinculação da concessão de empréstimos a reestruturações dos setores, que leva a um maior (e, via de regra, bastante acentuado) nível de concentração. Os órgãos de defesa da concorrência, de outro lado, revelando sua fraqueza histórica, pouco ou nada fazem ou conseguem fazer contra esse movimento”. (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 130-131)

o crescimento econômico do País. Entretanto, refere-se que ela apresentava um desenho institucional falho, com algumas sobreposições de funções entre a autarquia e os órgãos então integrantes do SBDC (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 17).

Mais recentemente, a Lei n. 12.529/2011 introduziu alterações significativas no modelo concorrencial brasileiro, como demonstra a formalização do SBDC, integrado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão ainda vinculado ao Ministério da Fazenda (MF).

Destaque-se que, no âmbito do Mercosul, cuja estrutura concorrencial ainda não se consolidou como a da EU (JAEGER JUNIOR, 2008, p. 360), houve um marco regulatório envolvendo o tema concorrencial, a saber, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, o “Protocolo de Fortaleza”, de 1996, que, apesar de ratificado por dois Estados-partes, inclusive pelo Brasil, que o ratificou por meio do Decreto n. 3.602/2000, foi revogado pelo Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul (MERCOSUL), assinado em 2010, que ainda está pendente de internacionalização nos Estados-partes⁸⁴. No plano bilateral, o Brasil é signatário de diversos acordos para possibilitar a cooperação técnica entre o CADE e autoridades concorrenciais de países como França, Japão, Peru, Argentina, EUA, Rússia etc. Nota-se, assim, um avanço tímido no que tange à implementação da defesa internacional da concorrência, que pode ser explicado, em parte, pela existência de um ambiente marcado por assimetrias e divergências políticas.

1.4.1 As disposições constitucionais

A seguir, analisam-se e discutem-se as disposições constitucionais pertinentes ao tema deste trabalho.

84 No que tange ao País, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais (PDC) n. 07/2015 que aprova o texto do Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em 16 de dezembro de 2010. No momento, o PDC, que já foi aprovado em todas as comissões internas da Câmara, aguarda ser pautado para posterior votação pelo plenário. Informações disponíveis em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947629>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

1.4.1.1 A (des)ordem econômica

O capitalismo caracteriza-se por crises cíclicas (MARX, 1982, p. 281 e ss.) e, portanto, a desordem econômica lhe é ínsita. Mesmo que se discorde de que o capitalismo está fadado a se autodestruir⁸⁵ e do determinismo histórico, já que, até o momento, o que se destruiu mesmo foi o socialismo, é inegável que o sistema econômico hegemônico carrega consigo algo da Medeia euripídiana.

Se os tempos atuais são tempos de desordem (LORENZETTI, 2009, p. 39), dar-lhes alguma ordem⁸⁶, por meio do Direito, da “ordem jurídica”⁸⁷, torna-se necessário. Nesse sentido, a expressão “ordem econômica”, incorporada à linguagem jurídica a partir da primeira metade do século XX (GRAU, 2015, p. 64), demonstra essa disposição, como se sua positivação representasse a ordenação imediata do caos. Afinal, a necessidade de utilização da expressão “ordem econômica” traz consigo a afirmação subjacente de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida (IDEM). Trata-se, portanto, de confiança que tem repercussões importantes, demandando um engajamento no sentido de restaurar a ordem perdida.

No Brasil, a ordem econômica, que é uma ordem econômica aberta e que postula um modelo de bem-estar (IDEM, p. 307-308), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa⁸⁸, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁸⁹, e se pauta, entre outros, pelos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor. Observa-se, assim, a consagração de um sistema econômico capitalista (IDEM, p. 305), e nesse contexto, é importante referir o papel

85 Como profetizou Karl Marx e tem profetizado Nouriel Roubini, como demonstra a entrevista “Karl Marx was right”, de 2011.

86 É interessante recordar que *Digesto*, do latim *digerere*, significa “pôr em ordem”. O *Digesto*, também denominado *Pandectas*, como se sabe, é parte do *Corpus Iuris Civilis*. (ALVES, 2014, p. 49-51)

87 Segundo Konrad Hesse, ordem jurídica e unidade política são tarefas que definem a “Constituição”. E, em sua visão, a ordem jurídica “deve, como ordem histórica, pela atividade humana ser criada, posta em vigor, conservada e aperfeiçoada”. (HESSE, 1998, p. 29, 36)

88 A livre iniciativa é, também, um dos valores sociais que fundamentam a República (art. 1º, IV da CRFB/88).

89 Art. 170, *caput*, da CRFB/88.

decisivo da livre concorrência, princípio da ordem econômica previsto no art. 170, IV, da CRFB/88.

Grau observa que a Constituição de 1824 e a Constituição da República de 1891 já continham, como as demais Constituições liberais, aspectos concernentes à ordem econômica (direito de propriedade, liberdade de comércio e indústria, liberdade de profissão, liberdade contratual etc.), embora a sistematização desses temas em um capítulo do texto constitucional tenha ocorrido apenas na Constituição de 1934, sob inspiração das Constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Então, desde 1934 e até 1988, todas as Constituições brasileiras contiveram um capítulo atinente à “ordem econômica e social”. A divisão em duas ordens, uma “econômica”, outra “social”, na Constituição de 1988, reflete de modo nítido a afetação ideológica da expressão, indicando que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, social (GRAU, 2015, p. 64).

Ademais, a CRFB/88 é uma Constituição compromissória (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 171), além de dirigente ou programática. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, para realização pelo Estado e pela sociedade, conferem à Constituição vigente o caráter de “plano global normativo” do Estado e da sociedade. Nesse sentido, o art. 170 implanta uma nova ordem econômica (GRAU, 2014, p. 1790), uma ordem em que importa harmonizar “os interesses dos participantes das relações de consumo” e compatibilizar a “proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica”, conforme dispõe o art. 4º, III do CDC ao estabelecer que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, atendido, entre outros, o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CRFB/88), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Particularmente importante para a ordem econômica constitucional brasileira é a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Resolução n. 3281 da ONU, em 1974 (ONU, CARTA...). Destaca-se, também, o tema da promoção da dignidade da pessoa humana por meio do direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração da ONU (ONU, DECLARATION...) sobre o tema, de 1986, aspecto que interessa aos países em desenvolvimento, que têm mais problemas concorrenciais do que os países já desenvolvidos (devido a fatores como a existência de economia informal, infraestrutura precária, falta de cultura concorrencial etc.) e menos recursos (TOWNLEY; CARDINALI, 2012, p. 188), além de estruturas produtivas reconhecidamente concentradas⁹⁰.

Ainda, ao falar da ordem econômica é impossível não mencionar a disposição do art. 219 da CRFB/88, significativamente presente no capítulo da ordem social (MARQUES; MIRAGEM; LIXINSKI, 2010, p. 207), em que se verifica que o constituinte tornou o mercado interno parte do patrimônio nacional ao explicitar que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal».

Assim, o texto constitucional, além de declarar que o mercado interno pertence a todos e internalizar a teoria do desenvolvimento⁹¹, pressupõe que os mercados, pelo menos os desenvolvidos, não são um fenômeno da natureza, mas são constituídos por regras jurídicas projetadas de modo que, através da concorrência, o mercado possa satisfazer as necessidades e os objetivos sociais (ULLRICH, 2008, p. 54).

90 Um estudo interessante demonstra que “em todas as análises realizadas foi comprovado que a estrutura de propriedade influencia negativamente a eficiência, ou seja, estruturas mais concentradas prejudicam a alocação eficiente de recursos das empresas no Brasil”. (SONZA; KLOECKNER, 2014, p. 334)

91 Conforme palestra do Professor Doutor Gilberto Bercovici realizada no Salão nobre da Faculdade de Direito, em 9/2/2015, por ocasião do curso de verão em Direito Econômico realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

1.4.1.2 A livre iniciativa como fundamento da República e valor da ordem econômica

A livre iniciativa é um dos valores sociais que fundamentam a República (art. 1º, IV, da CRFB/88) e um dos valores em que se ancora a ordem econômica (art. 170, *caput*, da CRFB/88). Esses dois dispositivos constitucionais consubstanciam princípios conformadores, ao passo que o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da CRFB/88) constitui princípio impositivo (GRAU, 2015, p. 197). Assim, percebe-se que a livre concorrência é uma espécie de “guardiã” da livre iniciativa, que, por sua vez, encontra limites naquela.

De acordo com Grau, ao dispôr, no art. 1º, IV, da CRFB/88, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, o constituinte pretendeu esclarecer que o “valor social da livre iniciativa”⁹² não é tomado, enquanto fundamento da República, como expressão individualista, mas, ao invés, “no quanto expressa de socialmente valioso”, de forma que não se pode visualizar no princípio da livre iniciativa “tão somente uma afirmação do capitalismo” (IDEM, p. 198-200). Da mesma forma, Rizzato Nunes, para quem, “quando se fala em regime capitalista brasileiro, a livre iniciativa sempre gera responsabilidade social”, de forma que ela não é ilimitada (NUNES, 2014a, p. 1809). Assim, mesmo que já se tenha identificado a indissociabilidade da liberdade individual e do livre exercício de atividades econômicas, apontando-se que – e as considerações de Friedrich von Hayek (1977) são expressivas – somente em uma sociedade cujo sistema econômico seja o de mercado a liberdade do indivíduo pode realizar-se, é certo que a livre iniciativa não significa, de modo algum, uma via livre para a atuação a custo de outro(s) por parte do mais hábil, do mais forte ou do mais audaz.

Além disso, a coerência do sistema constitucional, que tem no Estado social um de seus postulados, exige que o jurista pondere, sob os influxos do caso concreto, os princípios constitucionais aparentemente contradi-

92 Assim, pode-se falar em uma “função social da livre iniciativa”, exercida em benefício da coletividade, e não em caráter individualista ou excludente, de onde nasce, a propósito, o fundamento de validade do pagamento de tributos.

tórios, como o são a defesa do consumidor e a liberdade de iniciativa (MARQUES, 2014, p. 663).

A seguir, colaciona-se a ementa do acórdão exarado nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 349.686, relatado pela Ministra Ellen Gracie, em que se asseverou que “o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”, *litteris*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, STF, RE 349.686/PE)

Dessa forma, observa-se que a liberdade de iniciativa não é um princípio absoluto e deve, portanto, ser sopesado em conjunto com o princípio da livre concorrência, a partir das características do caso concreto⁹³.

93 Conforme o voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo, que asseverou “[...] o exercício ilimitado da liberdade de iniciativa por um agente pode comprometer seriamente o ambiente concorrencial, em prejuízo do bem-estar social”. (BRASIL, CADE, AP 08012.006899/2003-06, 2009).

1.4.1.3 A livre concorrência como princípio da ordem econômica

A expressão “livre concorrência” não deixa de ser um truísmo, visto que é da essência da concorrência ser livre de quaisquer entraves. Não obstante isso, “livre concorrência” é expressão consagrada, presente, também, no texto constitucional, que a elenca entre os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 da CRFB/88, como se infere:

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

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

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

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

O inc. IV do art. 170 da CRFB/88 representa uma inovação no constitucionalismo brasileiro, pois, antes, não havia disposição similar. Refere-se que é somente com a promulgação da CRFB/88 que a livre concorrência torna-se um princípio estruturante da Constituição econômica brasileira (SAAVEDRA, 2014, p. 1802).

Além disso, o princípio da livre concorrência não pode ser entendido como um fim em si mesmo, pois é parte de uma ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetiva assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a eficácia do princípio da livre concorrência depende desses limites e só se concretiza enquanto realizar o *telos* constitucional da assecuração a todos de uma existência digna. Sendo assim, parece clara a relação

direta que se estabelece entre livre concorrência e dignidade da pessoa humana: trata-se de relação teleológica, dado que o *caput* do art. 170 da CRFB/88 cuida especificamente da “existência digna” como *telos* da ordem econômica (SAAVEDRA, 2014, p. 1802, 1808).

A observação do superprincípio da dignidade da pessoa humana, central no sistema jurídico brasileiro, é indiscutível. A juridicização do valor humanista disciplinou a matéria ao longo do texto constitucional por meio de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos (BARCELLOS, 2011, p. 34). Em decorrência, o constituinte asseverou que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, o que permite afirmar que os princípios da ordem econômica determinam que se forjem condições de existência compatíveis com a dignidade intrínseca à pessoa humana, a fim de concretizá-la. Para Giovanni Saavedra (2014, p. 1808),

no fundo, sempre que se discute a aplicação do princípio da livre concorrência está-se discutindo em que medida o Estado pode intervir na economia, pois parece claro que a CF/88 pretende apenas permitir a intervenção estatal quando o *telos* da livre concorrência não estiver sendo cumprido [...] ou quando outro princípio da ordem econômica estiver sendo lesado, como é o caso do inciso V do art. 170 da CF/88 que trata da Defesa do Consumidor.

Mas, de que forma o princípio da livre concorrência pode colaborar para a implementação do superprincípio da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor que, ao fim e ao cabo, significa proteger a pessoa humana em estado vulnerável? Qual sua eficácia jurídica, o que ele permite exigir judicialmente? Essas são algumas questões que este trabalho pretende responder. Para tanto, passa-se à análise de alguns conceitos econômico-jurídicos.

A concorrência

Não existe uma definição jurídica de concorrência (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 173). Por muito tempo, o conceito de concorrência deu-se por oposição ao de monopólio (SOUZA, 2002, p. 29), encontrando-se já em

Aristóteles⁹⁴, por exemplo, referência à questão concorrencial, sob o prisma do monopólio.

Segundo a definição clássica de Friedrich von Hayek, como visto, a concorrência é um processo de descoberta. A existência e a preservação desse processo, porém, dependem inexoravelmente do Direito⁹⁵, especialmente do Direito Concorrencial, que pretende, como visto, corrigir a *lex mercatoria* e, assim, assegurar um “mínimo concorrencial” (*das Wettbewerbsminimum*), que se considera ser imprescindível ao mercado interno, por exemplo, no âmbito da EU (MÜLLER, 2014, p. 157). Segundo Calixto Salomão Filho (2002, p. 48-49),

a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a e, em seguida, permitindo o seu conhecimento.

Essa última frase cria uma aparente perplexidade. O normal parece ser o processo inverso – primeiro conhecer e depois modelar. Não assim no Direito Concorrencial. A regra jurídica, aí, é eminentemente instrumental. A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, sozinho, descobrirá a solução mais adequada para as suas necessidades.

Apesar da dificuldade conceitual inerente à complexidade do tema, o conceito de Jorge Mosset Iturraspe é dos mais claros encontrados na literatura:

94 Aristóteles narra uma anedota envolvendo Tales de Mileto, que teria previsto, por seus conhecimentos astronômicos, que haveria uma grande colheita de azeitonas. Ainda era inverno e Tales teria arrendado todas as prensas de óleo de Mileto e de Quios por um preço baixo, já que não tinha concorrentes. Chegada a época da colheita, de repente, uma multidão teria procurado as prensas, que ele teria alugado, então, pelo preço que quis, obtendo grandes lucros. Com isso, Tales teria demonstrado a facilidade de os filósofos enriquecerem quando assim o desejassem. Tales teria, então, demonstrado sua habilidade especulativa, que era, para Aristóteles, “acessível a todos aqueles que podem criar um monopólio”. (ARISTÓTELES, 2007, p. 30-31)

95 As normas de defesa da concorrência possuem uma característica marcadamente intervencionista e sua existência pressupõe a incapacidade de os agentes econômicos regularem a si mesmos, ainda que tenham de restringir a liberdade de atuação desses mesmos sujeitos. (MIRAGEM, 2005, p. 148)

*la competencia es un quehacer o actividad que se cumple en el mercado por parte de quienes concurren a él como proveedores de bienes o servicios. Viene de competir, que significa “contener”, “rivalizar”, con el fin de lograr preferenciales o ventajas*⁹⁶. (ITURRASPE, 2003, p. 217)

Na Economia, diversos modelos se articulam para tentar explicar a concorrência, que é uma questão de grau (NUSDEO, 2010, p. 277), desde os modelos da concorrência pura (*pure competition*) e perfeita (*perfect competition*) até os da concorrência eficaz (*effective competition*) e praticável (*workable competition*).

No século XIV, quando o modelo da concorrência perfeita foi desenvolvido, os mercados eram locais ou, no máximo, de âmbito nacional, exceto quando se tratava de mercadorias básicas comercializadas internacionalmente (como açúcar, especiarias) ou alguns poucos bens manufaturados (como seda, algodão). Esses mercados eram alimentados por numerosas empresas de pequena escala, resultando em uma concorrência perfeita, em que nenhuma empresa (agente econômico) seria capaz de influenciar o preço (CHANG, 2015, p. 46). Segundo o economista Léon Walras, apontado como “pai” do modelo de concorrência pura e perfeita, este modelo engloba cinco condições, sendo que as três primeiras definem a concorrência pura e a junção das cinco define a concorrência pura e perfeita. Essas condições são as seguintes: (i) a atonicidade da oferta e da procura, (ii) a homogeneidade dos produtos, (iii) a livre entrada na indústria, (iv) a transparência do mercado e (v) a fluidez do mercado ou a mobilidade dos fatores de produção (DROUIN, 2014, p. 84-86).

Há, porém, na literatura, variações sobre essas condições, apontando-se que uma economia de mercado será perfeitamente competitiva se as seguintes condições estiverem presentes:

(i) sellers and buyers are so numerous that no one’s actions can have a perceptible impact on the market price, and there is no collusion among buyers or sellers, (ii) consumers register their subjective preferences among various goods and services through market

96 Em tradução livre: a concorrência é uma tarefa ou atividade que ocorre no mercado por parte daqueles que dele concorrem como fornecedores de bens ou serviços. Vem de competir, que significa “disputar”, “rivalizar” com o objetivo de obter preferências ou vantagens.

*transactions at fully known market prices, (iii) all relevant prices are known to each producer, who also knows of all input combinations technically capable of producing any specific combination of outputs and who makes input-output decisions solely to maximize profits e (iv) every producer has equal access to all input markets and there are no artificial barriers to the production of any product*⁹⁷. (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 5)

Embora se reconheça que na realidade não existe concorrência pura e perfeita, uma abstração, e que, segundo a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), as teorias baseadas no modelo da concorrência perfeita não são confiáveis para a aplicação de políticas concorrenciais (OECD, GLOSSARY), dado que, conforme os teóricos schumpeterianos e austríacos denunciam, o estado de concorrência perfeita é um estado de estagnação econômica em que não há incentivos para a pesquisa e a inovação (CHANG, 2015, p. 351), ainda se observa sua utilização para fins de análise econômica (DROUIN, 2014, p. 84-86).

Com efeito, fala-se que o modelo da concorrência perfeita tem sido utilizado para “*perpetuate laissez-faire policies in the face of reform demands*” (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 9)⁹⁸. Como todas as condições presentes no modelo aparentemente interagissem “*for the best*”, presumiu-se inicialmente que a intervenção estatal, apesar de suas boas intenções, prejudicaria a tendência autônoma do mercado em direção a um equilíbrio benéfico.

Em sendo a concorrência um processo em que as pessoas adquirem e transmitem “conhecimento”, tratá-la como se todo esse conhecimento estivesse, desde o início, à disposição de qualquer pessoa, é transformá-la em um contrassenso (HAYEK, 1985, p. 73). Desse modo, uma perspectiva crítica não permite admitir a utilização irrestrita do modelo da concorrên-

97 Em tradução livre: (i) os vendedores e compradores são tão numerosos que as ações de nenhum pode ter um impacto perceptível sobre o preço de mercado, e não há conluio entre compradores ou vendedores, (ii) os consumidores registram suas preferências subjetivas entre os vários produtos e serviços por meio de operações de mercado a preços de mercado totalmente conhecidos, (iii) todos os preços relevantes são conhecidos por cada produtor, que também sabe de todas as combinações de entrada tecnicamente capazes de produzir qualquer combinação específica de saídas e quem toma as decisões de entrada e saída exclusiva para maximizar os lucros e (iv) cada produtor tem igualdade de acesso a todos os mercados de insumos e não existem barreiras artificiais para a produção de qualquer produto.

98 Em tradução livre: perpetuar políticas de *laissez-faire* em face de demandas de reforma.

cia perfeita, considerando o papel de destaque que a política concorrencial tem, principalmente se se considerar a defesa do consumidor, visto que, na prática, o mercado fracassa em atender a um número razoável de premissas do modelo da concorrência perfeita. Como resultado, os mercados atuais nem sempre conseguem atender eficientemente aos interesses do consumidor, pois, mesmo que o sistema de preços fosse eficiente, o resultado não refletiria todos os valores sociais e econômicos importantes (AREEDA; KAPLOW; EDLIN, 2013, p. 9).

Portanto, o modelo da concorrência perfeita pode ser visto como objetivo principal (*central target*), como o resultado do que o Antitruste busca (“*antitrust supplements or, perhaps, defines the rules of the game by which competition takes place*”⁹⁹), mas não como condições pressupostas, que se tomem como certas (*take for granted*). O Antitruste, assim, deve olhar para o modelo da concorrência perfeita como um guia, e suas análises devem enfatizar a miríade de imperfeições complexas que caracterizam os mercados atuais (IDEM, p. 10).

Desse modo, dado o caráter inalcançável (CSERES, 2005, p. 88) do modelo da concorrência perfeita (e eventualmente sua inutilidade), John Maurice Clark pensou as imperfeições dos mercados em termos de heterogeneidade de produtos e serviços, falta de transparência, assimetria de informação, defasagens etc. como indispensáveis ao progresso econômico, desenvolvendo o conceito de concorrência praticável (*workable competition*) (CLARK, 1940, p. 241-256), que considera expressamente o poder de mercado e constitui a base do que se denomina hoje de concorrência eficaz (*effective competition*), que exerce um papel proeminente (JAEGER JUNIOR, 2006, p. 41) no Direito europeu.

A livre concorrência

A expressão “livre concorrência” denota uma preocupação com a presença de condições mínimas de concorrência (igualdade), ou, mais precisamente, com a liberdade de acesso e de permanência no merca-

99 Em tradução livre: o Antitruste complementa ou, talvez, define as regras do jogo em que a concorrência ocorre.

do (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 82). Ela se vincula à teoria ordoliberal e apresenta-se contrária a estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear a (i) liberdade de acesso, salvaguardada, também, pela proteção da liberdade de iniciativa, e a (ii) liberdade de permanência no mercado. Limitadora da liberdade de acesso é a existência de barreiras à entrada de concorrentes, enquanto que falseadora da liberdade de permanência são as práticas predatórias, tendentes a excluir artificialmente os participantes do mercado (IDEM, p. 82-83).

A livre concorrência, que não se confunde com a “liberdade de concorrência”, somente poderia ter lugar em condições de mercado em que não se manifestasse o fenômeno do poder econômico, o que é utópico (GRAU, 2015, p. 206), como demonstra a disposição do art. 173, § 4º, da CRFB/88, ao determinar que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Além disso, de acordo com Grau, a carta constitucional fartamente confronta o princípio da livre concorrência. Afinal, a livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – “livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela” –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade formal, contudo, é reiteradamente recusada (IDEM), bastando, para que se o confirme, considerar as disposições contidas no art. 170, IX¹⁰⁰, e no art. 179¹⁰¹ da CRFB/88.

Assim, há um princípio subjacente ao disposto no art. 173, § 4º, da CRFB/88, qual seja, o princípio da repressão aos abusos do poder econômico, que é parte do princípio da livre concorrência e uma necessidade decorrente do fato de o poder econômico apresentar-se como a regra, e não como a exceção (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 558). Desse modo, a suposição de que o mercado organiza-se, espontaneamente, em função do consumidor, não se sustenta (GRAU, 2015, p. 207).

100 Que dispõe: tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

101 Que dispõe: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Além disso, a livre concorrência é uma liberdade instrumental na medida em que é condição necessária ao exercício da livre iniciativa. A livre concorrência “é essencial para a legitimidade da liberdade de iniciativa” (COSTA, 1998, p. 14-15). Entende-se, além disso, que a livre concorrência é, também, instrumental na medida em que é necessária ao exercício da liberdade de escolha do consumidor, sendo, portanto, precursora da defesa do consumidor, perspectiva que se coaduna com a ideia de proteção reflexiva do princípio da concorrência (*das Wettbewerbsprinzip*) identificada no âmbito da EU (MÜLLER, 2014, p. 156).

A liberdade de concorrência

Mas, afinal, qual a diferença entre “livre concorrência” e “liberdade de concorrência” – que tem a peculiaridade de constituir a quinta liberdade econômica fundamental¹⁰² de um processo de integração que preveja a etapa de mercado comum? A livre iniciativa representa uma liberdade econômica cujo titular é o empresário. Entre suas diversas manifestações estão o sentido de “liberdade de comércio e indústria” e o sentido de “liberdade de concorrência”. Assim, a “liberdade de comércio e indústria”, que significa a não ingerência do Estado no domínio econômico, envolve: (i) a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e (ii) a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei (princípio da legalidade) (GRAU, 2015, p. 201-202).

A partir disso, a livre concorrência, no âmbito do que alguns referem como “capitalismo selvagem”, assume novas características para tornar-se algo mais complexo e amplo, a “liberdade de concorrência”, liberdade que significa (i) faculdade de conquistar a clientela (consumidores), desde que não por meio de concorrência desleal, (ii) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e (iii) neutralidade¹⁰³ do Estado

102 Trata-se de uma liberdade não escrita, mas identificada pela análise jurisprudencial e doutrinária realizada pelo autor. As outras quatro liberdades econômicas fundamentais, clássicas, são: liberdade de circulação de bens, de pessoas, de serviços e de capitais. (JAEGER JUNIOR, 2006, p. 198, 731)

103 Como sintetiza Deborah Healey, “government has a substantial impact on markets. Laws and regulations designed to promote important public policy goals may, for example, distort markets and affect competition”. Em

diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (GRAU, 2015, p. 202, 207).

1.4.2 As disposições infraconstitucionais

A seguir, analisa-se a lei concorrencial brasileira e sua implementação pelo SBDC.

1.4.2.1 A Lei n. 12.529/2011

A Lei n. 12.529/2011 é um microsistema que tem matriz constitucional evidente, *vis-à-vis* o disposto no art. 173, § 4º, da CRFB/88. Ela integra um verdadeiro “bloco de constitucionalidade”¹⁰⁴ da defesa da concorrência e da defesa do consumidor, bloco este que se caracteriza como o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional. Essas normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 47). Ademais, ela se caracteriza

tradução livre: o governo tem um impacto substancial nos mercados. Leis e regulamentos destinados a promover importantes objetivos de política pública podem, por exemplo, distorcer os mercados e afetar a concorrência. (HEALEY, 2014, p. 12)

104 Sobre o tema, há precedente interessante da lavra do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a ADI n. 595 assim dispôs: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/ INCONSTITUCIONALIDADE E COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. – A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. – A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RT) 139/67 – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes. [...] (BRASIL, STF, ADI 595/ES)

por apresentar uma pluralidade de interesses subjetivos e objetivos que visa proteger e pelo fato de ter, entre seus objetivos, a implementação dos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 82).

O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.529/2011 dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” por ela. No entanto, a lei não define quais os bens jurídicos protegidos e interesses preponderantes, insuflando, assim, o debate doutrinário e a divergência jurisprudencial¹⁰⁵.

Na Lei n. 12.529/2011, a expressão “defesa dos consumidores” consta, expressamente, no *caput* do art. 1º – mantendo a tradição da lei concorrencial anterior, a Lei n. 8.884/1994, que já o fazia semelhantemente. A “defesa dos consumidores” apresenta-se, aqui, como princípio que orienta a aplicação da lei concorrencial em conjunto com os princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. Houve, assim, uma incorporação expressa à lei concorrencial de parte dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

Para Grau, a referência expressa aos “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” e a afirmação de que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 12.529/2011¹⁰⁶. Ainda segundo o autor, as regras da Lei n. 12.529/2011 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia adotada pela CRFB/88. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros, de forma que o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no qua-

105 A autora refere-se à Lei n. 8.884/1994, mas sua observação permanece atual e é aplicável à Lei n. 12.529/2011. (CARPENA, 2005, p. 252-253)

106 Embora sua obra tenha sido atualizada, chama a atenção que ela não se refere à Lei n. 12.529/2011, mas à Lei n. 8.884/1994. Pensa-se, porém, que seu entendimento é aplicável à atual lei concorrencial. (GRAU, 2015, p. 208)

dro da CRFB/88, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados. Seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia (GRAU, 2015, p. 209).

Segundo Calixto Salomão Filho (2013, p. 83),

a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 12.529/2011, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. Consequência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores.

Entre essa perspectiva e a defesa da livre concorrência não há qualquer incompatibilidade, mas uma relação de instrumentalidade (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 83). Há, contudo, posições diversas.

De forma didática, Antonio Herman Benjamin argui que leis com implicações no consumo sempre existiram no Brasil. Todavia, não se pode confundir leis com implicações no consumo com leis de proteção do consumidor. Enquanto aquelas atuam sobre a relação jurídica comercial ou civil, estas, diferentemente, agem sobre a própria relação de consumo. Aquelas amparam o consumidor pela via transversa, produzindo efeitos por ação reflexa e indireta, já que informadas pela “neutralidade” do Direito tradicional. Estas, diferentemente, manifestam-se por atuação direcionada, direta e funcional: o legislador reconhece a identidade do consumidor, caracteriza-o como parte fraca e o protege como tal (BENJAMIN, 1993, p. 274).

Considerando a análise realizada por Antonio Herman Benjamin, Roberto Pfeiffer afirma que a lei concorrencial é uma espécie intermediária, já que não protege diretamente o consumidor. Assim, segundo o autor, embora “as normas de defesa da concorrência” definitivamente “não regulem a relação de consumo e não procedam a uma defesa direta do consumidor, tutelam interesses essenciais dos consumidores” (PFEIFFER, 2015, p. 142-143).

Cabe referir que, apesar de, em diversas ocasiões, referir-se à palavra “empresa”¹⁰⁷ (que, como entidade jurídica, é uma abstração [REQUIÃO, 2015, p. 87]) como sujeito passível de sancionamento estatal, sem, contudo, defini-la, observa-se que o âmbito de aplicação da Lei n. 12.529/2011 é largo, pois, no que tange às infrações da ordem econômica, a teor do art. 31, “empresa” é um conceito que se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de Direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Essa técnica legislativa está em consonância com o que a literatura aponta como o conceito *lato* ou o perfil “funcional” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 532) de empresa adotado pelo Direito da Concorrência. Tal conceito de empresa¹⁰⁸ – com diferenças consideráveis em relação ao delineado em outros ramos jurídicos – compreende qualquer combinação de recursos produtivos orientada para a prossecução de uma atividade econômica (não necessariamente lucrativa) (MORAIS, 2009, p. 17-18).

Por fim, cabe referir que há situações em que a defesa da concorrência se mostra insuficiente como política pública, o que torna necessária uma regulação estatal específica. Essas situações envolvem falhas que inviabilizam que o equilíbrio via mercado coincida com aquele que todos gostariam que ocorresse (SCHMIDT, 2015).

Essas falhas não são quaisquer falhas, mas falhas de mercado consideradas insuperáveis, o que demanda um modelo regulatório que atenda as peculiaridades setoriais. Falhas de mercado são causadas, por exemplo, por poder de mercado, informação assimétrica ou imperfeita, bens públicos e externalidades (FARINA; AZEVEDO, 1997, p. 115). Externalidades, por exemplo, ocorrem quando a ação de “a” gera consequências para “b”,

107 O Código Civil de 2002 foi influenciado pela teoria italiana da empresa, a teoria subjetiva, segundo a qual qualquer atividade pode ser considerada empresária, a depender da forma como ela é exercida. Não há, assim, um rol de atividades consideradas empresárias, tanto que o código não apresenta um conceito de “empresa”, mas unicamente de “empresário”, exposto em seu art. 966 e parágrafo único.

108 No âmbito da UE, o conceito de empresa vem sendo forjado pela doutrina e pela jurisprudência. Ainda assim, ele é flexível a fim de preservar a eficácia das normas concorrenciais europeias. (JAEGER JUNIOR; NORDMEIER, 2007, p. 13-14)

independentemente do desejo de “b”. A fumaça que um ônibus produz, por exemplo, como aponta didaticamente Cristiane Schmidt, causa uma externalidade negativa. Se medidas não forem tomadas, o ônibus, sob a perspectiva de todos os fatores de poluição, poderá emitir, singularmente, mais fumaça do que seja suportável pela saúde humana ou pelo meio ambiente. Como solução, o Estado pode regular a quantidade de fumaça emitida (SCHMIDT, 2015).

Com efeito, a literatura propõe uma classificação da atuação estatal da seguinte forma: denomina-se de “regulamentação social” o controle das situações em que estão presentes externalidades e informação imperfeita ou assimétrica. Denomina-se, ainda, de “regulamentação econômica” a prescrição para as situações de monopólio natural da qual deriva o exercício do poder de monopólio. E, enquanto a política antitruste tem a função de controlar o poder de monopólio decorrente de estruturas oligopólicas de mercado, a política industrial associa-se, por sua vez, às falhas intertemporais de mercado (FARINA; AZEVEDO, 1997, p. 115).

Tecidas essas observações, que pretenderam apresentar um *pot-pourri* de temas presentes na Lei n. 12.529/2011, passa-se à análise do sistema responsável pela implementação da defesa administrativa da concorrência, o SBDC.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A Lei n. 12.529/2011 introduziu alterações significativas na disciplina concorrencial brasileira, como demonstra a formalização do SBDC que, reestruturado, é formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda (MF). Assim, apesar de a Lei n. 12.529/2011 mencionar apenas aquela autarquia e este órgão, não é incorreto falar-se em um sistema de defesa da concorrência *lato sensu*, integrado conjuntamente por todos os entes passíveis de implementar as normas concorrenciais (NUSDEO, 2013, p. 1199-1200). Com efeito, todas as agências reguladoras possuem previsão legal expressa atribuindo-lhes competência e poderes para, dentro de suas áreas de atuação respectivas, assegurar a livre concorrência. Além disso, o Ministério Público Federal (MPF) e os Ministérios Públicos Estaduais (MPEs) apre-

sentam, igualmente, função importante na defesa da concorrência, além, claro, da função que apresentam na defesa do consumidor (IDEM).

Em relação ao CADE, observa-se que ele possui uma função educacional (advocacia da concorrência) que é desenvolvida em conjunto com a SEAE. Além disso, ele é a autoridade responsável pela realização dos controles preventivo e repressivo de infrações da ordem econômica.

Em sua nova estrutura, a autarquia concorrencial brasileira apresenta três órgãos, quais sejam: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo com poder de decisão final na seara da Administração Pública, composto por um presidente e seis conselheiros, (ii) a Superintendência-Geral (SG), que apresenta competências amplas arroladas no art. 13 da Lei n. 12.529/2011 e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos.

Entre as competências dos Conselheiros do Tribunal do CADE, destacam-se: emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal, proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores, requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento, solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral realize as diligências e a produção das provas que entenderem pertinentes nos autos do processo administrativo, requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE emissão de parecer jurídico nos processos em que forem relatores, determinar ao Economista-Chefe, quando necessário, a elaboração de pareceres nos processos em que forem relatores e propor termo de compromisso de cessação e acordos¹⁰⁹ para aprovação do Tribunal.

A representação judicial e a consultoria jurídica são, ainda, incumbências da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (PFE/CADE), conforme dispõem os arts. 17 e 18 da Lei complementar n. 73/1993 e os

109 Não passou despercebido ao legislador que o princípio da indisponibilidade do interesse público autoriza a celebração de acordos processuais, uma vez constatado que de sua não celebração pode resultar o risco de perecimento ou de pouca eficácia da tutela. Entretanto, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, quando envolve direitos e interesses difusos e coletivos, o manejo dos instrumentos de solução negociada deve ser feito com redobradas cautelas, a partir de uma política delineada claramente e efetivos mecanismos de controle (*check and balances*). (BADIN, 2009, p. 196)

arts. 15 e 16 da Lei n. 12.529/2011. De destacar que, conforme dispõe o art. 15, VI, da Lei n. 12.529/2011, compete à PFE/CADE “promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal”.

Deve-se destacar também a previsão expressa da presença de membro do MPF perante o CADE, conforme estabelece o art. 20 da Lei n. 12.529/2011, que prevê competência para que o *Parquet* possa “emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator”. Na prática, porém, observa-se que o MPF tem apresentado parecer sistematicamente também nos processos administrativos que envolvem concentração de empresas.

Já à SEAE compete promover a concorrência perante a Administração e perante a sociedade, destacando-se, especialmente, as competências dispostas no art. 19, I e IV, da Lei n. 12.529/2011.

No que tange à questão envolvendo a revisão judicial das decisões administrativas, indiscutível se se estiver falando em Estado de Direito (FORGIONI, 2012, p. 156), percebe-se que as decisões do Tribunal do CADE, embora impassíveis de serem revistas no âmbito do Poder Executivo, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (NUSDEO, 2002, p. 229), conforme a regra básica que assegura a universalidade da tutela jurisdicional e a inafastabilidade do controle judicial, prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Não se pode deixar de referir, contudo, que existem discussões recorrentes sobre a natureza das decisões¹¹⁰ daquela autarquia, se vinculadas¹¹¹ ou discricionárias, fato que apresenta como especificidade a reconhecida complexidade da matéria antitruste (FORGIONI, 2012, p. 157).

Por fim, refere-se que, ao contribuir para a aplicação da CRFB/88, especialmente da “constituição econômica”, e da Lei n. 12.529/2011, o CADE evidentemente integra o processo de interpretação constitucional a que

110 Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior (1997, p. 88), no que tange à análise de atos de concentração de empresas, o CADE adota uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade – mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, o que reforça a ideia de que as decisões da autoridade de defesa da concorrência são atos de Estado – e não atos de governo, cujas diretrizes são ocasionais.

111 Nesse sentido, Bruno Miragem (2005, p. 156) e Isabel Vaz (1993, p. 79).

estão potencialmente vinculados “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13), afinal, os participantes do processo interpretativo formam uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, como propõe Peter Häberle (2002, p. 12)

1.5 Conclusão parcial

A aproximação entre Direito¹¹² e Economia, evidente no Direito da Concorrência, torna necessária a análise das escolas econômicas e da conjuntura histórica que envolveu o desenvolvimento desta ciência, afinal, dita “*relación es cambiante con el paso de la historia*” (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 1).

Este primeiro capítulo do trabalho pretendeu, portanto, apresentar os principais aspectos históricos relacionados ao Direito da Concorrência, o que incluiu o exame das principais teorias econômicas cujo pensamento tem repercussões na análise concorrencial, a fim de que se pudesse refletir sobre as implicações da influência de preceitos econômicos sobre as disposições constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à concorrência, no Brasil, especialmente sobre a Lei n. 12.529/2011, e sobre a análise realizada pela autoridade antitruste.

A partir disso, neste capítulo, percebeu-se que:

a. até fins do século XVII havia uma ordenação moral da economia; durante os séculos XVIII e XIX aparece a ideia de uma ordenação “natural” da economia, que deu lugar a um sistema jurídico baseado na liberdade, para não perturbar essa suposta ordem natural econômica,

b. a partir disso, inicia-se um modelo econômico orientado pela criação de riqueza e bem-estar e, com os fisiocratas franceses e sobretudo com Adam Smith e a Escola escocesa de fins do século XVIII, assenta-se a concepção de ordem econômica como uma ordem natural, com racionalidade

112 Que, segundo Marx, é uma superestrutura, um subproduto da Economia, já que, como ensina Washington Peluso Albino de Souza, a tese marxista “baseia-se na afirmativa de que o fato econômico constitui a infra-estrutura, da qual decorrem todas as demais. Esta ‘infra-estrutura’ é uma técnica e representaria precisamente as condições materiais da produção, a realidade econômica. Todo o aspecto a mais, de que se revista esta realidade, constitui superestrutura cultural, exprimindo-se tanto no Direito, como na moral ou na própria religião”. (SOUZA, 1961, p. 36-37)

dade em si mesma, que não deveria sofrer influência de outros preceitos (como a proteção dos mais fracos, por exemplo) (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 2),

c. a transição do Estado liberal para os Estados social e de bem-estar social trouxe consigo avanços sociais significativos, que passam pelo reconhecimento progressivo de direitos e pela realização de políticas públicas, entre as quais está a política concorrencial,

d. o Direito Concorrencial é o resultado do desenvolvimento de normas que *a priori* visavam reprimir a concorrência desleal, sobretudo na Alemanha, e a formação de *trusts*, sobretudo nos EUA,

e. o Direito Concorrencial e sua política pública respectiva utilizam-se do arcabouço teórico de algumas escolas econômicas, entre as quais se destacam a (i) Escola de Freiburg, que considera que a ordem econômica é caracterizada por uma decisão fundamental (*Grundentscheidung*) a favor de um ordenamento economicamente eficiente da sociedade, que tem aspectos distributivos e preocupa-se com a liberdade de escolha, e a (ii) Escola de Chicago, que considera a conquista de eficiência a principal forma de beneficiar o consumidor, apesar de não apresentar preocupações de cunho distributivo,

f. diversos segmentos da economia brasileira caracterizam-se ainda hoje por uma concentração elevada, uma herança que remonta ao período colonial, caracterizado pela presença de monopólios, e à utilização, já no século XX, de políticas de fortalecimento da indústria nacional por meio da concessão de benefícios que apresentaram efeitos nocivos à livre concorrência,

g. o Direito da Concorrência consolida-se, no Brasil, a partir da década de 1990, com a promulgação da Lei n. 8.884/1994, aperfeiçoada pela Lei n. 12.529/2011, que se caracteriza por apresentar uma pluralidade de interesses e pelo fato de ter, entre seus objetivos, a implementação da livre concorrência e da defesa do consumidor e

h. o Direito, sistema integrado pelo Direito da Concorrência, pressupõe determinados parâmetros a partir de um quadro de valores, regras, princípios e postulados, vinculados especialmente a ideais humanistas, que a (des)ordem econômica não pode violar. O Direito, assim, deve informar o sistema econômico, podendo a análise econômica do Direito inspirar e fundamentar a interpretação jurídica (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 5), desde que atenda a esses ideais.

2 O CONSUMIDOR: A PESSOA HUMANA EM ESTADO DE VULNERABILIDADE

Neste capítulo, analisam-se a formação da sociedade de consumo pós-moderna e alguns aspectos sociológicos importantes para a compreensão do consumidor em sua definição jurídica e econômica, que não é unívoca, mas apresenta similitudes. Ainda, verifica-se a formação do Direito do Consumidor, particularmente no Brasil, além dos principais aspectos da defesa do consumidor, presente no catálogo de direitos fundamentais da CRFB/88 e arrolada, igualmente, como princípio da ordem econômica. Por fim, analisa-se a Lei n. 8.078/1990, que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, e sua implementação pelo SNDC.

2.1 A sociedade de consumo

A década de 1950 foi particularmente emblemática para a formação da sociedade de consumo, já que em diversos países houve um crescimento econômico *sui generis* (desencadeado pela recuperação econômica do Pós-guerra), além de uma revolução comportamental que alterou padrões sociais¹¹³ (basta recordar a contracultura) e fez nascer as sociedades de consumo pós-modernas.

113 Eric Hobsbawm traz uma análise interessante: “qualquer que fosse a estrutura de idade da administração da IBM ou da Hitachi, os novos com-

Sonhar possuir uma casa transbordante de quinquilharias eletrônicas, por exemplo, deixa de ser algo utópico e passa a ser algo factível (ALBORNOZ, 1999, p. 22). Com efeito, como a sociedade afluyente (GALBRAITH, 1987) depende cada vez mais da ininterrupta produção e consumo do supérfluo, dos novos inventos, do obsoletismo planejado e dos meios de destruição, os indivíduos têm de adaptar-se a esses requisitos de um modo que excede os caminhos tradicionais (MARCUSE, 1975, p. 13). A toda hora substitui-se o “velho” pelo “novo”, afinal, a “destruição criadora” é o “fato essencial do capitalismo”, conforme o *insight* de Joseph Schumpeter (1971, p. 118-124).

Assim, a época que inicia no Pós-guerra assistiu ao surgimento das sociedades de consumo, um consumo massificado realizado por massas, por intermédio de negócios jurídicos de massa caracterizados pela indiferenciação das pessoas contratantes, pelo emprego de fórmulas estereotipadas, padronizadas, estandardizadas e pela utilização da comunicação com o público como método de provocar a sua formação (ALMEIDA, 1992, p. 598). Por meio desses contratos de massa, sintoma da despersonalização e da desmaterialização das relações jurídicas, entre os quais se destacam, conforme Claudia Lima Marques (2014, p. 72-73), os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais (e, desde a década de 1990, os contratos do comércio eletrônico com consumidores), o acesso a bens e serviços se populariza; deixa de ser algo restrito a poucos, característica do luxo, tornando-se algo disponível a muitos. Esse fenômeno, contudo, é anterior ao Pós-guerra e se vincula ao desenvolvimento da sociedade industrial e das grandes metrópoles.

putadores eram projetados e os novos programas criados por pessoas na casa dos vinte anos. Mesmo quando essas máquinas e programas eram, esperava-se, à prova de erro, a geração que não crescera com eles tinha uma aguda consciência de sua inferioridade em relação às gerações que os haviam feito. O que os filhos podiam aprender com os pais tornou-se menos óbvio do que o que os pais não sabiam e os filhos sim. Inverteram-se os papéis das gerações”. (HOBSBAWM, 1995, p. 320)

Nas cidades¹¹⁴, dois fenômenos importantes aconteceram: por um lado, em seus bairros¹¹⁵ e locais de trabalho, os operários e suas famílias¹¹⁶ (que deixaram em caráter definitivo a vida no campo) criaram uma cultura e uma arte próprias, chamadas de “populares”; por outro lado, passaram a fazer parte da grande massa de consumidores dos produtos industriais para os quais começaram a ser reproduzidas, em larga escala, versões simplificadas e inferiores dos produtos e das criações da cultura e da arte de elite¹¹⁷. A partir daí, perde-se gradualmente a noção de identidade, seja do consumidor, que se torna um sujeito sobretudo anônimo, mas com o sentimento de “inclusão”, seja do fornecedor, cujo produto ou serviço é, muitas vezes, “apócrifo” no sentido de que sua produção ou execução é delegada a outrem (a um empregado direto, ou mesmo indireto, no contexto da terceirização presente nas relações de trabalho).

Já em 1949 assistiu-se, por exemplo, à criação do *prêt-à-porter*, que substituiu, consideravelmente, o modelo de costureiras, alfaiates e sapa-

114 Pierre Rosanvallon observa que “a passagem da *Gemeinschaft* (comunidade) para a *Gesellschaft* (sociedade) não foi a transformação de solidariedades generosas em um egoísmo generalizado. A *Gesellschaft*, pelo contrário, só se desenvolveu porque surgiu como um formidável instrumento de emancipação. A cidade se impôs indissociavelmente como espaço de mercado e espaço de liberdade; tornava mais livre porque multiplicava as possibilidades, desterritorializava o indivíduo tornando-o independente do solo a que estava preso, subtraía-o ao círculo repetitivo e sufocante de um universo fechado. A cidade torna livre, dir-se-á, com frequência, no século XIX”. (ROSANVALLON, 1997, p. 91)

115 A reflexão de Paulo Mendes da Rocha sobre as cidades brasileiras contemporâneas, especificamente sobre a cidade de São Paulo, é contundente: “houve um abandono das zonas centrais. É uma política de rejeição à dimensão democrática da cidade – a classe dominante indigna abandona a cidade e foge para algum lugar onde não haja esse plano democrático. Se um cidadão se põe na esquina da Ipiranga com a São Luís o dia inteiro parado, não acontece nada. Se você fizer isso em bairros privados, aparecem quatro jagunços armados. Essa síndrome do medo faz parte de uma visão maligna, fascista. Há uma exacerbação da propaganda que diz: vá morar num lugar paradisíaco e isolado. Por que a praia é tão encantadora? Porque está todo mundo lá.” (WISNIK, 2012, p. 163)

116 É interessante a reflexão de John Kenneth Galbraith (1988, p. 236-237): “com a industrialização e a urbanização, os homens e as mulheres não dividem mais as tarefas de produção segundo critérios de força e capacidade de adaptação. O homem desaparece na fábrica ou no escritório, a mulher concentra-se exclusivamente na administração do consumo. Este é um arranjo convencional, não uma divisão de trabalho necessariamente eficiente; a um nível simples de consumo, é perfeitamente possível que uma pessoa faça ambas as coisas. Sem negar que a família tem outras finalidades, incluindo as de amor, sexo e criação de filhos, ela não é mais uma necessidade econômica. Com padrões de vida mais elevados ela se torna, cada vez mais, um instrumento facilitador de um consumo crescente. O fato de que os laços familiares se enfraquecem cada vez mais com a industrialização e com a elevação dos padrões de vida comprova muito bem esse argumento”.

117 “Essa reprodução simplificada das obras eruditas deu origem ao que viria a ser conhecido com o nome de cultura e arte de massa”. (CHAUI, 2012, p. 360)

teiros que faziam pessoalmente e sob medida as roupas e os sapatos de seus clientes. O *prêt-à-porter* transformou a produção e o consumo de moda, que se relaciona à “esfera do ser-para-outrem”, segundo Gilles Lipovetsky (2009, p. 334). A criação de vestuário em escala industrial significou uma economia de custos para o produtor/fornecedor e, conseqüentemente, uma redução de preços para o consumidor. Representou, ainda, uma maneira prática de escolha do produto, que já está pronto e imediatamente disponível para o consumo¹¹⁸.

Da moda, aliás, diz Georg Simmel que ela satisfaz a necessidade de apoio social – e “consumir” significa investir na afiliação social de si próprio (BAUMAN, 2008, p. 75) –, conduz o indivíduo ao trilho que todos percorrem, fornece um universal que faz do comportamento de cada indivíduo um simples exemplo. E satisfaz igualmente a necessidade de distinção, a tendência para a diferenciação. Na moda, a tendência para a igualização social se une à tendência para a diferença e a diversidade individuais em um agir unitário (SIMMEL, 2014, p. 25).

Logo depois assistiu-se ao crescimento dos *grands magasins*, lojas de departamentos de grande porte, com nichos específicos, cujos primeiros exemplares remontam ao século XIX. São dessa época também as primeiras galerias (como a parisiense *Galerie Vivienne*, inaugurada em 1826), uma espécie de embrião dos *shopping centers*, modelos arquitetônicos típicos do *american way of life*, tão exaltado¹¹⁹ durante a Guerra Fria, que concentram uma série de produtos e serviços em que o consumidor pode se servir sozinho, sem sequer se comunicar com um vendedor. Nesse modelo, seu

118 Para Gilles Lipovetsky, “a era da moda consumada significa tudo menos uniformização das convicções e dos comportamentos. Por um lado, ela certamente homogeneizou os gostos e os modos de vida pulverizando os últimos resíduos dos costumes locais, difundiu os padrões universais do bem-estar, do lazer, do sexo, do relacional, mas, por um outro lado, desencadeou um processo sem igual de fragmentação dos estilos de vida. Ainda que o hedonismo e o psicologismo sejam valores dominantes, os modos de vida não cessam de romper e de se diferenciar em numerosas famílias que os sociólogos do cotidiano tentam inventariar. Há cada vez menos unidade nas atitudes diante do consumo, da família, das férias, da mídia, do trabalho, do lazer, a disparidade ganhou o universo dos estilos de vida. Se nossas sociedades aprofundam o círculo das diferenças nas crenças e nos gêneros de vida, o que permite assegurar a estabilidade do corpo coletivo?”. (LIPOVETSKY, 2009, p. 322-323)

119 Como lembra Alain de Botton (2005, p. 42), “quando Franklin D. Roosevelt foi indagado sobre que livro poderia dar aos soviéticos para ensinar-lhes as vantagens da sociedade americana, ele citou o catálogo da Sears”.

anonimato é exaltado. Ele flana pelos corredores de lojas e de *shopping centers* sem ser reconhecido.

Nesse contexto surge uma variante que é um dos símbolos da sociedade pós-moderna, o fenômeno do *prêt-à-manger*, depois aperfeiçoado pelo fenômeno do *fast food* (que tem seu correspondente na indústria da moda, o *fast fashion*). Nele, substituiu-se o modelo de restaurantes como conhecido, em que o cliente cumprimenta o garçom, senta-se à mesa, em geral acompanhado, e pede seu prato, que ainda será preparado, para compartilhar uma refeição, momento de deleite em que o sujeito se permite “restaurar-se”.

Esse modelo, que é semelhante à forma como as pessoas habitualmente se alimentam em suas casas, ainda se mantém, é claro. Mas se acrescentou a ele um modelo de refeições prontas ou rápidas, impessoais (PETTER, 2007, p. 71), em que a comida pode inclusive ser pedida por números¹²⁰, e não por nomes, e ser consumida fora do estabelecimento, *to take away*, *zum Mitnehmen*, enquanto se caminha.

2.1.1 A pessoa humana diante da sociedade de consumo

Não parece exagero afirmar que toda pessoa é, em algum momento, consumidora, já que o consumo, a quinta-essência do Pós-Modernismo, passou a desempenhar uma importância extraordinária na sociedade contemporânea, uma sociedade de consumo que resulta do compromisso entre princípios democráticos igualitários, que convivem com o mito da abundância e do bem-estar, e o imperativo fundamental de manutenção de uma ordem de privilégio e de domínio (BAUDRILLARD, 2003, p. 52), em que a ideia-clichê do “consumidor-rei” sintetiza a suposta soberania conferida ao sujeito pelo consumo, um ato que lhe permite, nem que por um instante fugaz, escolher, decidir, enfim, realizar suas necessidades e desejos¹²¹.

120 E, eventualmente, até mesmo de forma ainda mais “eficiente”, por um conjunto, em geral mais barato, que une prato principal, sobremesa e algo para beber, os conhecidos “combos”, palavra de origem inglesa que é uma corruptela da palavra “*combination*”.

121 Contardo Calligaris (2015) sintetiza a diferença entre desejo e necessidade. O desejo com frequência parece fútil: ele corre atrás de reconhecimento e de objetos que não são propriamente

Talvez nenhuma outra ideia revele com tamanha precisão os contornos da realidade¹²² contemporânea, em que o ato de consumir toma significado cada vez maior no cotidiano da pessoa: para afirmar-se como pessoa, o sujeito, que é falta (MENDONÇA, 1993, p. 137-151) (afinal, o estímulo de base dos homens é a fome, e em primeiro lugar a fome material, a fome¹²³ de alimento, que leva a outras, numerosas e variadas [ALBORNOZ, 1999, p. 21]), da qual decorre o desejo, consome, preenche alguma espécie de ausência, de forma material ou imaterial. A condição de consumidor torna-se elemento constitutivo do sujeito, razão de sua afirmação como pessoa nos tempos pós-modernos.

Portanto, não se poderia imaginar que o Direito se mantivesse alheio à sociedade de consumo ou à própria “vida para o consumo” (BAUMAN, 2008) que se formou principalmente a partir de meados do século XX. Afinal, o consumo é um direito econômico essencial para o acesso à cidadania (CARVALHO, 2012). Conforme Erik Jayme (1995, p. 147), «*le droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère économique; ainsi chaque personne doit elle avoir le droit d'utiliser ses capacités pour atteindre le bien-être matériel*»¹²⁴.

O ato de consumir, que invariavelmente tem contornos de método de integração social, representou, nesse contexto, também, a ascensão de uma indústria publicitária que se expandiu rapidamente e utilizou estratégias agressivas de *marketing*, a fim de convencer o consumidor (inclusive consumidores hipervulneráveis, como as crianças, os idosos [SCHMITT, 2009], os portadores de necessidades especiais etc.) a adquirir produtos e contratar serviços continuamente. Esse fato foi acompanhado pela facilitação do acesso ao crédito, inclusive pela concessão direta de crédito do fornecedor ao consumidor – o fenômeno do financiamento do consumo pelo fornecedor é, aliás, tipicamente brasileiro e, não por acaso, há um número expressivo, na atualidade, de consumidores em situação de su-

necessários para a sobrevivência.

122 E, como se sabe, “*la realtà non esiste se non in quanto interpretata*”. (MATTEI, 1998, p. 166)

123 A propósito, veja-se a bela “A última crônica”, de Fernando Sabino, sobre os integrantes de uma família “que se preparam para algo mais que matar a fome”. (SABINO, 2000, p. 214)

124 Em tradução livre: o direito à plena expressão da personalidade também inclui a esfera econômica; assim, cada pessoa deve ter o direito de utilizar as suas capacidades para alcançar o bem-estar material.

perendivamento, na trilha da música profética de Cazuza, que, ao cantar que “meu cartão de crédito é uma navalha” (CAZUZA; ISRAEL; ROMERO, 1988), já falava do cortar-se a si mesmo pelo consumo desenfreado –, em um ambiente em que ainda não havia normas específicas para atender às peculiaridades das relações de consumo que pela primeira vez ocorriam e que ganhavam um *status* absolutamente novo (visto que, na relação que envolve uma costureira que trabalhe em seu pequeno atelier e um cliente interessado em encomendar uma roupa, por exemplo, não há falar em relação de consumo, mas tão somente em uma prestação de serviço de caráter não consumerista¹²⁵).

2.1.2 A (im)pessoalização pelo consumo

Essas considerações sobre a dinâmica do consumo pretenderam contextualizar a trajetória histórica que provocou as mudanças comportamentais que levaram à substituição de uma prestação de serviços de caráter pessoal por um ato de consumo quase sempre impessoal¹²⁶. Basta pensar, por exemplo, na expansão do consumo eletrônico, que é absolutamente solitário, ou nos caixas de supermercado, em que se pagam os alimentos sem se falar nada além de “bom dia”, “obrigado”, “tchau”. Há, pois, uma impessoalização do sujeito como consumidor que vem retirando a intimidade, a afetividade das relações humanas. Não por acaso, em reação, a indústria publicitária, que já identificou esse processo, vem oferecendo ao

125 Claudia Lima Marques e Bruno Miragem ensinam que “a relação entre dois ‘civis’, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro é uma relação civil *stricto sensu* e será regulada pelo Código Civil de 2002, relação entre iguais que é”. Já a relação entre um “civil”, destinatário final do serviço, e um empresário, fornecedor de um produto ou serviço no mercado, “é uma *relação de consumo ex vi* arts. 2.º e 3.º do CDC, uma relação entre ‘diferentes’, tutelando a lei um deles, o vulnerável (art. 4.º, III do CDC), o *consumidor*, e será por isso, em face do mandamento constitucional do art. 5.º, XXXII, de proteção apenas deste agente econômico, regulada prioritariamente pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a relação é de consumo aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor e só, subsidiariamente, no que couber e for complementar, o Código civil de 2002”. (Grifos do original). (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 95-96)

126 Segundo Adalberto Pasqualotto (2009, p. 79), “o ato de consumo é impessoal e sugere uma relação jurídica despersonalizada».

consumidor tratamentos “vip”¹²⁷ (*very important person*¹²⁸), entre os quais se destacam agências bancárias diferenciadas, como exemplificam as assim chamadas agências “*personalité*”¹²⁹, a fim de resgatar o caráter pessoal e enfatizar a valorização da individualidade do consumidor. Assim, o dualismo apresenta-se como marca do mercado, que admite a coexistência de produtos e serviços de massa e outros, personalizados, dirigidos a nichos de consumo sofisticados. Opõem-se clientes “especiais” e consumidores de massa, mais desprotegidos e vulneráveis do que seus “colegas do mercado global”, o que tem gerado diferenciações discriminatórias nos mercados de consumo em favor de consumidores mais “poderosos” econômica, social ou politicamente (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 232, 237).

O consumidor não é rei¹³⁰, como a indústria cultural gostaria de fazer crer. Ele não é sequer sujeito dessa indústria, mas seu objeto, segundo a crítica de Theodor Adorno e Max Horkheimer (1985, p. 133). Ao Direito resta, portanto, a tarefa de restabelecer o caráter pessoal que o consumo exacerbado dos tempos pós-modernos fez e faz o indivíduo perder, o que passa pelo reconhecimento da sua vulnerabilidade e pelo exercício do direito à escolha¹³¹, dada a ideia de preservação da soberania do consumidor¹³² aí subjacente. É por meio do direito à escolha que o consumidor

127 Michael Sandel comenta que “os estádios esportivos são essencialmente lugares onde as pessoas se reúnem para assistir a eventos atléticos”, mas “o ensinamento cívico dos esportes é corroido de maneira ainda mais acentuada por uma outra tendência que vem acompanhando a ascensão dos direitos de nome corporativos: a proliferação dos camarotes de luxo”. O autor observa que “o advento de camarotes especiais muito acima do campo separou os abastados e privilegiados das pessoas comuns nas tribunas e arquibancadas mais embaixo”. (SANDEL, 2014b, p. 172-173)

128 Em tradução livre: pessoa muito importante.

129 Vinculadas ao banco brasileiro Itaú, por exemplo, como informa seu *site*. Disponível em: <<https://www.itaubr.com.br/personnalite/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

130 Uma outra leitura permite perguntar: o consumidor é, de fato, um rei? Ele se veste com o manto da cultura que a indústria cultural insiste em transmitir e chamar assim. No entanto, é um rei destronado porque é o ser do conformismo, da subordinação, mas que goza do *status* que lhe é conferido. Torna-se, então, mesmo sem o saber, cúmplice do processo psicossocial que o violenta. (RODRIGUES; CANIATO, 2012, p. 235)

131 O “direito à escolha” não se confunde com o “direito de escolha”, presente nas obrigações alternativas. (PONTES DE MIRANDA, 2013, p. 298)

132 John Kenneth Galbraith apresentou a ideia de “soberania do consumidor” em descompasso com a realidade da grande empresa, com seu poder de mercado e de controle sobre o consumidor, por meio da propaganda e do *marketing*. Galbraith, em entrevista, respondeu assim a pergunta que segue: o que há de errado com o conceito de soberania do consumidor – a ideia de que,

pode satisfazer seus desejos e suas necessidades e influenciar os processos mercadológicos, ainda que suas escolhas, isoladas, atomizadas, estejam distantes de poder influir de forma soberana sobre quaisquer das variáveis do mercado (REICH, 1985, p. 162, 178).

2.2 A formação do Direito do Consumidor

Aponta-se que a origem da proteção do consumidor confunde-se (BENJAMIN, 1994, p. 22) com a luta contra os efeitos deletérios de condutas anticoncorrenciais, ligadas, sobretudo, ao fenômeno da concentração empresarial que marcou o século XIX (FOX, 2013, p. 2157), tema sobre o qual se falou no primeiro capítulo deste trabalho, como destaca Antonio Herman Benjamin (1994, p. 22):

é equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu do «nada». Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, os oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É aí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor. É ele então protegido, não de modo direto, mas pela via transversa da garantia de um modelo concorrencial genuíno. É tutela indireta, na esteira do adágio de «a concorrência é o melhor amigo do consumidor».

Assim, em uma perspectiva histórica, percebe-se que o Direito do Consumidor nasceu como resposta às alterações sociais tipicamente resultantes da Revolução Industrial¹³³. Ele envolve o reconhecimento jurídico da existência de condições singulares, em que há um desequilíbrio de

no capitalismo, o indivíduo escolhe com independência os bens que vai adquirir? “Essa é uma fraude muito propagada, inclusive no ambiente universitário. Ela nasce da tendência a silenciar sobre o poder de controle do *marketing*. O ‘consumidor soberano’ na verdade é tutelado sem cessar pelos altamente qualificados mandarins da propaganda. Que ninguém se engane: não importa o número de gráficos sobre o poder de escolha do público que os economistas produzam, o fato é que atribuímos ao consumidor uma autoridade maior do que a que ele realmente possui”. (GALBRAITH, 1994)

133 Roberto Pfeiffer lembra que “um evento é fundamental para marcar as modificações na forma de consumo: a produção em série, marcada, simbolicamente, pelo taylorismo e fordismo. [...] O complemento à produção em série é o consumo em massa. Com efeito, as grandes escalas

diversas ordens entre as partes da relação de consumo, o que demanda um tratamento diferenciado a fim de se recuperar o equilíbrio desconhecido. Em resumo: o Direito do Consumidor invoca uma ordem protetiva que derroga o princípio geral da igualdade dos cidadãos perante a lei (igualdade formal¹³⁴) em prol de uma igualdade material (LORENZETTI, 1998, p. 47), em conformidade com o preceito aristotélico segundo o qual a igualdade não admite nenhuma diferença entre aqueles que são iguais (ARISTÓTELES, 2007, p. 95), sendo o contrário válido: “a igualdade é justa, e o é na verdade, mas não para todos, e sim somente entre iguais. A desigualdade também parece ser, e o é na verdade, mas não para todos, somente entre aqueles que não são iguais” (IDEM, p. 88).

Portanto, se há um momento histórico que se pode identificar como marco inicial do desenvolvimento da proteção jurídica do consumidor, ele é, definitivamente, o início da década de 1960 (COMPARATO, 1990, p. 67), nos EUA, que coincide com a recuperação e o crescimento econômico pleno que caracterizaram o Pós-guerra. Esse momento histórico ímpar define-se pela formação de uma sociedade nova, em que o ato de consumir e os produtos e os serviços que se adquire ou contrata perdem, em grande parte, como visto, os principais aspectos que os caracterizavam até então: a exclusividade e a individualidade.

Assim, foi em 1962 (IDEM), que o então presidente dos EUA, John Kennedy, enviou uma mensagem especial ao Congresso daquele país cunhando quatro direitos¹³⁵ primários dos consumidores: (i) direito à segurança, (ii) direito à informação, (iii) direito à opção e (iv) direito a

de produção geraram a necessidade de intenso escoamento dos bens, o que redundou em diversas pessoas consumindo o mesmo tipo de produto. Surge, então, a figura do consumidor”. (PFEIFFER, 2015, p. 75)

134 Segundo Fábio Konder Comparato (2010, p. 65-66), “em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e empregados eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho”.

135 Houve, porém, antes disso, normas incipientes de proteção do consumidor nos EUA, como demonstra o *Meat Inspection Act*, de 1906, o *Pure Food and Drug Act*, de 1914, e o *Federal Trade Commission Act*, de 1914.

ser ouvido (REICH, 1985, p. 164). É interessante notar que, na mensagem do presidente Kennedy, ele afirmava que “consumidores, por definição, somos todos nós”¹³⁶, sentença que expressa apropriadamente o *Zeitgeist* do Pós-guerra no mundo capitalista ocidental e que, aprofundado, tornar-se-ia o que hoje Zygmunt Bauman define como a “vida para o consumo” (BAUMAN, 2008).

Mais tarde, em 1973¹³⁷, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu alguns direitos aos consumidores, a saber, o direito à segurança, o direito à escolha, o direito à informação, o direito a ser ouvido, o direito à indenização, o direito à educação para o consumo, o direito a um meio ambiente saudável, o direito à proteção de publicidade e o direito a contratos. Mais tarde, em 1980, a ONU, por meio da *United Nations Conference on Trade and Development*¹³⁸ (UNCTAD), adotou um conjunto multilateralmente acordado de princípios e regras equitativos para o controle de práticas comerciais restritivas, chamadas de *The United Nations set of principles and rules on competition* (UNCTAD, 2000), o “UN SET”. Esse conjunto de regras e princípios, o “UN SET”, é o único acordo multilateral a cuidar da matéria. Procura, basicamente, assistir países em desenvolvimento, caso do Brasil, estimulando-os a adotar e tornar efetivas suas leis e políticas concorrenciais, de acordo com suas necessidades e particularidades econômicas, sociais etc. (IDEM, 2014).

Além disso, há alguns anos a UNCTAD vem apresentando leis concorrenciais modelo que contêm comentários interessantes na medida em que destacam a importância do consumidor na “dinâmica concorrencial”, o que se insere na tradição das diretrizes da ONU sobre a proteção do consumidor, estampadas nas *United Nations guidelines for consumer protection*¹³⁹, de 1985 (Resolução n. 39/248 da ONU), o último diploma multilateral a

136 Tradução livre da mensagem especial ao Congresso dos EUA sobre a proteção dos interesses dos consumidores, em que o então presidente John Kennedy assumiu que “consumers, by definition, include us all”.

137 Daí a observação de Jean Calais-Auloy e Henri Temple de que “consumidor” e “consumo” são palavras que, provenientes da Economia, são parte apenas a partir da década de 1970 do vernáculo jurídico. (CALAIS-AULOY; TEMPLE, 2015, p. 6)

138 Conferência da ONU sobre Comércio e Desenvolvimento.

139 É a versão expandida, de 1999, que analisamos. (UNITED NATIONS, 2003)

tratar da proteção do consumidor no plano internacional, estabelecendo diretrizes para que os Estados desenvolvessem, reforçassem ou mantivessem políticas de proteção do consumidor.

Embora sem a força cogente de um tratado, a resolução da ONU, classificada como *soft law*, influenciou diversos países, cujas normas seguiram, muitas vezes, as diretrizes apresentadas por ela (caso do Brasil, por exemplo), a implementarem políticas públicas próprias de proteção e de defesa do consumidor (PFEIFFER, 2015, p. 79).

2.3 O Direito do Consumidor no Brasil

2.3.1 As disposições constitucionais

Verificada a trajetória do desenvolvimento do Direito do Consumidor, passa-se à análise das suas características no cenário brasileiro contemporâneo.

2.3.1.1 A defesa do consumidor como direito fundamental

A “defesa do consumidor” é uma expressão presente na CRFB/88, que consagrou um sistema econômico capitalista e salvaguardou os direitos dos consumidores enquanto limite ao poder econômico, público ou privado.

Da análise do texto constitucional, verifica-se que o constituinte originário tornou a defesa do consumidor um direito fundamental¹⁴⁰, o que deriva da sua previsão no art. 5º, XXXII¹⁴¹, da CRFB/88 (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151), por sua vez incluído no Título II, que cuida “dos direitos e garantias fundamentais” (IDEM).

140 De acordo com o critério formal, que aponta a forma de positivação, todos os enunciados do título II da CRFB/88, que cuida “dos direitos e garantias fundamentais”, são disposições de direitos fundamentais, independentemente do conteúdo e da estrutura do que eles estatuem. (ALEXY, 2012, p. 48)

141 Conforme o art. 60, § 4º, da CRFB/88, por sua localização topográfica e conteúdo axiológico, a defesa do consumidor apresenta a condição de cláusula pétreia, não podendo ser suprimida por emenda constitucional, em conformidade com o art. 60, § 4º, da CRFB/88.

De acordo com a interpretação liberal clássica, os direitos fundamentais asseguram uma esfera de liberdade ao indivíduo em face das intervenções dos Poderes Públicos; eles são, assim, direitos de defesa do cidadão diante do Estado (ALEXY, 2015, p. 433). Todavia, o desenvolvimento do Estado social levou gradualmente à consideração dos direitos fundamentais também como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica) e à extensão da sua aplicação aos particulares, como propõe a teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Drittwirkung der Grundrechte*) (DUQUE, 2013, p. 50), tema que será visto no quinto capítulo deste trabalho.

Mas, além disso, os direitos fundamentais apresentam um “duplo caráter” (*Doppelcharakter*) (SARLET, 2009, p. 141 e ss): sua consideração não se refere tão somente ao aspecto subjetivo relacionado com o “direito a algo”, mas também ao aspecto objetivo, enquanto norma fundamental (LORENZETTI, 1998, p. 160). Assim, os direitos fundamentais, que têm a condição de imperativos de proteção, apresentam eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), já que, entendidos objetivamente, fornecem impulsos e diretrizes aplicáveis a todo o sistema jurídico (SARLET, 2009, p. 147-149).

Segundo a classificação proposta por Robert Alexy, os direitos prestacionais (típicos do Estado social), em sentido amplo, podem dividir-se em três grupos: (i) direitos de proteção, (ii) direitos à participação em organizações e procedimento e (iii) direitos prestacionais *stricto sensu* (ALEXY, 2012, p. 393). A propósito, recorda-se que, segundo Eike von Hippel, são vários os métodos disponíveis para implementar a proteção do consumidor, entre os quais se destacam os seguintes: iniciativas legislativas, autorregulação da economia, estímulo à concorrência, organização do consumidor (por meio de associações), representação do consumidor (por meio do acesso participativo a instituições), informação e educação do consumidor, controle judicial e controle administrativo (pelo Poder Executivo) (HIPPEL, 1974, p. 14).

A defesa do consumidor (e o Direito do Consumidor que a partir daí se desenvolve) constitui direito fundamental¹⁴² da espécie “direito de prote-

142 Na literatura, encontra-se referência aos correspondentes “deveres fundamentais dos consumidores”. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 786)

ção” (MIRAGEM, 2014, p. 51). Por “direitos de proteção” compreendem-se os direitos do titular do direito fundamental diante do Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros (ALEXY, 2012, p. 398). Nesse sentido, o direito do consumidor perfaz um direito pelo qual o Estado protege seu titular da intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados e, em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (conforme dispõe o art. 22¹⁴³ do CDC, por exemplo) (MIRAGEM, 2014, p. 51).

Os direitos de proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes (os bens protegidos envolvem tudo aquilo que, desde a perspectiva dos direitos fundamentais, é digno de ser protegido, como a dignidade, a liberdade, a família etc.). Não menos variadas são as formas possíveis de proteção, que compreendem, por exemplo, a edição de leis ou mesmo a realização de atividades fáticas (ALEXY, 2012, p. 398).

Os direitos de proteção são, em suma, direitos constitucionais a que o Estado organize e disponha a ordem jurídica de uma determinada maneira (IDEM, p. 399). Há, pois, um dever estatal de promover esses direitos (MIRAGEM, 2014, p. 51-52), dando corpo a determinados desempenhos, como demonstram as políticas públicas relacionadas à defesa do consumidor e à livre concorrência, por exemplo.

2.3.1.2 A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica

Como se sabe, a Constituição “econômica” está naturalmente ligada às opções políticas fundamentais da Constituição, presentes na Constituição “política” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 941). Portanto, não há surpresa alguma no fato de a defesa do consumidor perfazer, tam-

143 Dispõe o art. 22 do CDC: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

bém, um dos princípios da ordem econômica, conforme dispõe o art. 170, V, da CRFB/88.

A defesa do consumidor, aqui, é um princípio constitucional impositivo, a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado (GRAU, 2015, p. 247).

O princípio da democracia econômica e social que informa a Constituição econômica, como observam Canotilho e Vital Moreira ao comentarem a Constituição portuguesa, é um elemento essencial do princípio democrático e da ordem constitucional dos direitos fundamentais. Pressupõem-se e reclamam-se mutuamente, constituindo elementos integrantes e integrados de uma mesma ordem constitucional global. E, tal como os direitos fundamentais (ainda que menos intensamente), a Constituição econômica funciona como limite da liberdade de decisão política e de conformação legislativa, definindo as respectivas fronteiras, que não podem ser ultrapassadas, e determinando o respectivo sentido, que não pode ser invertido ou desviado (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 941).

Assim, retomando-se a disposição do art. 170 da CRFB/88, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, entre outros, os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, não há como não associá-la à perspectiva aristotélica segundo a qual “o escopo do Estado é a felicidade na vida” (ARISTÓTELES, 2007, p. 90) e como não verificar que os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor têm um papel decisivo nessa tarefa, hoje concretizada na possibilidade de se ter uma existência digna.

2.4 As disposições infraconstitucionais

Tendo-se verificado as principais disposições constitucionais relacionadas ao tema da defesa do consumidor, passa-se à análise do CDC e do SNDC.

2.4.1 O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)

No art. 5º, XXXII, da CRFB/88, observa-se que o constituinte originário determinou que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor. Além disso, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determinou que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição”, elaborasse um “código de defesa do consumidor”.

Surgia, assim, o CDC, a “lei geral de proteção dos consumidores” (MARQUES, 2014, p. 693) que, após decorridos 25 anos, convive com sua primeira revisão ampla¹⁴⁴. Um balanço das suas conquistas não pode deixar de considerar sua colaboração no desenvolvimento do sentimento de cidadania (PASQUALOTTO, 2009, p. 66) do brasileiro, que começou a (re) afirmá-la, após décadas de ditadura, muito pela “educação jurídica” que as normas consumeristas lhe possibilitaram ter.

Contextualizada a edição, no Brasil, de um código especificamente dedicado à proteção e à defesa do consumidor (contemporâneo à edição de leis que visavam à proteção da concorrência e da propriedade industrial¹⁴⁵), passa-se à sua análise.

Primeiramente, deve-se referir que o CDC constitui-se em um microsistema jurídico aplicável a quaisquer relações de consumo, sem exceções¹⁴⁶. Além disso, verifica-se, da redação do art. 1º do CDC, que ele “es-

144 Faz-se referência ao Projeto de lei do Senado n. 281/2012, que altera o CDC. (BRASIL, 2012)

145 Na década de 1990 foram promulgadas as Leis n. 8.884/1994 e 9.279/1996.

146 Nesse sentido, impõe-se relembrar que as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo CDC, conforme o entendimento do Plenário do STF, que julgou improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2591, cuja ementa segue: EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em

tabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”. Daí se extrai, em conjunto com as normas constitucionais que expressamente tratam do sujeito como consumidor, a necessidade de uma proteção distinta, que se volta ao consumidor como pessoa humana. A lei consumerista, então, que perfaz um código, é chamada de “Código de Defesa e Proteção do Consumidor”, e não do consumo. Trata-se de uma lei de proteção da pessoa, e não dos contratos de consumo, não das relações de consumo.

A abrangência desse microsistema foi definida pelo legislador a partir da definição dos sujeitos da relação de consumo – consumidor e fornecedor – e do seu objeto – produto e/ou serviço – que são conceitos relacionais, ou seja, a identificação de um consumidor em dada posição jurídica depende da existência de um fornecedor na mesma relação, não sendo possível que o sujeito apresente-se, ao mesmo tempo, em ambas as posições (MIRAGEM, 2014, p. 46).

coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. (BRASIL, STF, ADI 2.591/DF)

O CDC estrutura-se a partir da identificação do âmbito de incidência da lei, seus princípios (art. 4º) e direitos básicos do sujeito protegido (art. 6º), assim como os aspectos principais do Direito material do Consumidor (contratos e responsabilidade civil), Direito Processual (tutela especial do consumidor), Direito Administrativo (competências e sanções) e Direito Penal (crimes de consumo) (IDEM).

Finalmente, a definição legal de consumidor, foco de determinação do âmbito de aplicação do CDC, é realizada pelo legislador em atenção à Constituição, que estabelece o imperativo da sua defesa. O princípio orientador, que ao mesmo tempo justifica e orienta a defesa do consumidor, é o da sua vulnerabilidade¹⁴⁷, que se apresenta como presunção legal: todo consumidor é vulnerável e, por isso, é destinatário da proteção jurídica especial conferida pelo CDC (IDEM).

2.4.1.1 O consumidor em uma abordagem sociológica

Para Herbert Marcuse (1975, p. 99), a produção e o consumo reproduzem e justificam a dominação. Mas isso não altera o fato de que seus benefícios são reais e de que a repressividade do todo é parcialmente desconsiderada em face da sua eficácia, já que “o sistema” amplia as perspectivas da cultura material, facilita a obtenção das necessidades da vida, torna o conforto e o luxo mais baratos, atrai áreas cada vez mais vastas para a órbita da indústria – enquanto, ao mesmo tempo, apoia e encoraja a labuta e a destruição. O indivíduo paga, assim, com o sacrifício do seu tempo, de sua consciência, de seus sonhos; a civilização paga com o sacrifício de suas próprias promessas de liberdade, justiça e paz para todos.

147 O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor está previsto no inc. I do art. 4º do CDC, que dispõe: art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Relações de força e de dominação estruturam a sociedade¹⁴⁸, tanto que o esquema da luta dos antagonismos e da dominação de uma força social por outra é irreduzível¹⁴⁹, além de característica do pluralismo político, fundamento da República, como prevê o art. 1º, V, da CRFB/88, que ousa e aposta na força dos contrários (LIMA, 2014, p. 136). A partir disso, a reflexão que este trabalho realiza sobre o tema do sujeito como consumidor, considerando-se o fator concorrencial, não poderia prescindir da análise de alguns aspectos sociológicos (e que têm conotação ideológica): há uma luta de classes envolvendo em caráter inalterável as figuras dos (i) fornecedores/concorrentes, que têm uma posição preponderante (*die Machtposition*), e do (ii) consumidor, que tem uma posição de vulnerabilidade multifatorial.

Com efeito, não se deve desprezar a ideia de conflito permanente que une os sujeitos envolvidos em uma relação de consumo, sobre a qual incidem as regras e os princípios do CDC – embora seus interesses possam, além de eventualmente colidir, também, coincidir. Nesse sentido, Jacques Derrida afirma que:

dizer isso significa não renunciar à ideia de conflito, mas não significa definir os termos dessa luta baseando-se no conflito de classes sociais. O conceito de classe social hoje precisa ser retrabalhado. Ainda existem as classes sociais, mas o uso que o discurso marxista tradicional faz do conceito de classe social talvez deva ser revisto. Acho que não é necessário se servir do conceito de luta de classes, na sua tradição marxista, para analisar hoje as lutas, as hegemonias, as contradições, as relações de forças que, por não serem as das classes, não deixam de ser de uma estrutura de grupo, que a gente pode analisar com um espírito marxista. Não se trata de conservar

148 Assim Jacques Derrida em entrevista concedida a Betty Milan e publicada originalmente na Folha de São Paulo. (MILAN, 2012, p. 51)

149 Essa é, também, a essência do materialismo dialético (ainda que *démodé*, a pertinência desse pensamento permanece e, de todo modo, ideias não conhecem o tempo). Karl Marx e Friedrich Engels adotavam como tese a sociedade burguesa, que constituíra uma unificação em relação ao regime feudal que se desintegrava; a antítese era o proletariado, gerado pelo desenvolvimento da indústria moderna mas depois dissociado, pela especialização e o aviltamento, do corpo principal da sociedade moderna, e que um dia teria de se voltar contra ela; a síntese seria a sociedade comunista resultante do conflito entre a classe operária e as classes proprietárias e patronais e do controle da indústria pela classe operária, e que representaria uma unidade mais elevada ao harmonizar os interesses de toda a humanidade. (WILSON, 2006, p. 210)

ou de abandonar o conceito de luta de classes, basta adaptá-lo a uma nova situação político-econômica¹⁵⁰.

Percebe-se, portanto, a necessidade de consideração e de adaptação da ideia de luta de classes à interpretação do sistema jurídico. O jurista deve integrá-la à atividade hermenêutica na medida em que reconhecer a oposição de interesses que caracteriza a relação envolvendo fornecedores/concorrentes e consumidores significa admitir a necessidade correlata de reforçar a proteção jurídica conferida ao consumidor, mesmo antes da formação da relação de consumo, visto que a concorrência atua como precursora do consumo, e considerar, em sua vulnerabilidade, sua inserção em uma classe menos privilegiada no estrato social do que os fornecedores/concorrentes, sua inferioridade patrimonial, o fato de sua renda não ser abundante¹⁵¹, mas, em geral, comprometida com os meios que lhes asseguram a sobrevivência, em síntese, sua inferioridade hierárquica no contexto dos estamentos sociais – destacando-se, porém, que isso não significa considerar o consumidor como um arquétipo do oprimido.

É necessário, assim, reconhecer que há uma oposição de interesses entre os fornecedores/concorrentes e os consumidores – embora não se pretenda, aqui, propor uma visão maniqueísta do tema: enquanto aqueles pretendem obter o maior ganho, o maior lucro¹⁵² possível com a produção, a comercialização de um produto ou o oferecimento de um serviço, estes pretendem despende o mínimo possível para adquirir o produto ou con-

150 Em entrevista concedida a Betty Milan (2012, p. 51) e publicada originalmente na Folha de São Paulo.

151 Mesmo assim, sabe-se da capacidade de poupança do consumidor e da teoria keynesiana segundo a qual um aumento do rendimento determina, quase automaticamente, um recrudescimento da propensão para consumir e, por conseguinte, da procura global. Segundo Milton Friedman, contudo, a subida da componente transitória do rendimento não tem efeito imediato sobre o consumo, na medida em que os agentes econômicos não incorporaram ainda o respectivo aumento de recursos no seio do rendimento permanente. Assim, apenas após um certo lapso temporal designado por Milton Friedman como “horizonte do consumidor” é que se poderá assitir a um aumento do consumo. (DROUIN, 2014, p. 128)

152 A vontade de lutar e de ganhar é um tipo de motivação que anima o empresário, segundo o economista Joseph Schumpeter. Assim, para ele, a atividade econômica é entendida como uma espécie de luta de boxe em que vence o melhor. O lucro é considerado como um índice de sucesso e não só como o objetivo último da atividade empresarial. (DROUIN, 2014, p. 115)

tratar o serviço cuja utilidade lhes é cara ou necessária, preservando assim sua renda, em regra proveniente do trabalho assalariado, para outros fins.

Como destacam Amartya Sen e Bernardo Kliksberg, a linha divisória entre “os que têm” e “os que não têm” não é apenas um clichê retórico ou *slogan* eloquente, mas, infelizmente, uma característica substancial da atualidade (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 37), já que não se pode negar que o acesso ao consumo distingue, inclui ou exclui o sujeito na e da sociedade de consumo e de conhecimento (BAUMAN, 2008). Com efeito, a estratificação social, que consiste em relações assimétricas entre grupos ou agentes sociais com repercussões significativas nos níveis de consumo dos membros de uma coletividade (FURTADO, 1976, p. 19), impõe alguma atuação, por meio do Direito, para que se recupere a simetria perdida e se evite qualquer discriminação do mais fraco (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 111-112). E essa atuação passa, segundo a tese que aqui se sustenta, pelo reconhecimento do direito à concorrência.

2.4.1.2 O consumidor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)

2.4.1.2.1 O consumidor *stricto sensu*

O CDC define consumidor, no art. 2º, *caput*, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”¹⁵³. Essa disposição, segundo a literatura (MIRAGEM, 2014, p. 144), trata do conceito de consumidor *standard*.

Mesmo na relação entre empresas (*business-to-business*) pode-se identificar relações de consumo, um consumo intermediário, visto que se integra no valor de outros produtos e serviços. O objetivo econômico último é, contudo, a satisfação das necessidades e dos desejos do consumidor final que está envolvido em uma relação entre empresas e consumidores (*business-to-consumer*): ele seria o destinatário, enfim, das normas de proteção e de defesa do consumidor (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p. 57).

153 Há também definições de consumidor no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29 do CDC.

Nesse contexto, é necessário abordar o tema com cautela, pois uma interpretação demasiadamente ampla poderia resultar em uma proteção excessiva de sujeitos que não apresentam qualquer necessidade de uma proteção jurídica diferenciada. Afinal, a vulnerabilidade é o que justifica a própria existência de um Direito (protetivo) do consumidor (MARQUES, 2014, p. 301), passível de proteger “*des personnes en situation de faiblesse relative*”¹⁵⁴ – o que não significa, de modo algum, paternalismo ou ação típica de um Estado-babá (*Nanny State*).

Assim, na definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou a utilização do produto ou do serviço como destinatário final. Mas o que dizer do sujeito que adquire ou utiliza um produto ou um serviço para utilizá-lo em sua profissão, como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, portanto? Também ele deve ser considerado “destinatário final”? A disposição do art. 2º do CDC não responde à pergunta. Em consequência, é necessário interpretar a expressão “destinatário final” (MARQUES, 2014, p. 303).

Identificam-se, a partir dessa necessidade, três teorias que se propõem a conceituar o consumidor e os demais sujeitos que a ele se equiparam¹⁵⁵, quais sejam: a teoria finalista (ou subjetiva), a teoria maximalista (ou objetiva) e a teoria finalista aprofundada (ou ampliada).

Para a teoria finalista a definição do sujeito como consumidor é o pilar que sustenta a proteção especial que lhe é concedida como parte vulnerável no mercado de consumo (IDEM), conforme afirma o CDC no art. 4º, I¹⁵⁶. Desse modo, a teoria finalista propõe uma interpretação teleológica, considerando consumidor o destinatário final fático e econômico do produto e/ou do serviço. Ela é, pois, restritiva, concebendo como consumidor apenas aquele que adquire (ou utiliza) produto e/ou serviço para uso pró-

154 Em tradução livre: as pessoas em situação de relativa fragilidade. (CALAIS-AULOY; TEMPLE, 2015, p. 6-7)

155 Dispõe o parágrafo único do art. 2º do CDC, “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

156 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

prio e/ou de sua família. Desse modo, qualquer utilização do produto e/ou do serviço como insumo de uma atividade econômica – e “o objetivo final de toda a atividade econômica é o consumo” (PREBISCH, 1991, p. 57) – do adquirente ou usuário o exclui da categoria de consumidor, dado que este seria exclusivamente o não profissional (MARQUES, 2014, p. 300-301).

Por isso fala-se em destinatário final econômico (e não apenas fático) do bem ou serviço, haja vista que não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, devendo haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal, a impedir, portanto, a reutilização do bem no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta. A relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário)¹⁵⁷.

Por conseguinte, para a teoria finalista, consumidor é tão somente aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para uso próprio e/ou de sua família. Essa concepção, que considera o fato de a inserção constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da Constituição) partir do reconhecimento da desigualdade intrínseca que liga consumidor e fornecedor (PFEIFFER, 2015, p. 55), é a adotada neste trabalho, que considera, também, os argumentos da teoria finalista aprofundada.

Os maximalistas, por outro lado, consideram o CDC como “o” regulamento do mercado de consumo brasileiro. Dessa forma, postulam que a definição do art. 2º deva ser interpretada o mais extensamente possível e consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem, ou não, propósito de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final, então, aos olhos dos maximalistas, seria o destinatário fático do produto ou do serviço, aquele que o retira do mercado e o utiliza de alguma forma inespecífica, como, por exemplo, a indústria têxtil que compra algodão para transformá-lo em tecido¹⁵⁸.

A partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil (CC) de 2002, desenvolveu-se uma terceira teoria, subdivisão da primeira, que

157 Assim o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva ao analisar o Agravo Regimental no Recurso especial n. 1.321.083/PR (BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1.321.083/PR).

158 O exemplo é de Claudia Lima Marques (2014, p. 304).

alguns denominam de “finalismo aprofundado” (MARQUES, 2014, p. 305; MIRAGEM, 2014, p. 159) ou de “finalismo ampliado” (PFEIFFER, 2015, p. 58). Construída pela jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), essa teoria tem proposto uma interpretação peculiar da expressão “destinatário final”, disposta no art. 2º do CDC, de forma que se permita estender a aplicação do CDC a situações em que em um polo está o fornecedor e, em outro polo, um empresário que adquire ou utiliza um produto ou um serviço em condição de vulnerabilidade (IDEM), a exemplo de entendimento semelhante construído pela jurisprudência francesa¹⁵⁹, por exemplo, que, desde há alguns anos, vêm considerando uma ampliação do campo de aplicação *ratione personae* das leis (especiais e gerais) protetoras dos direitos dos consumidores¹⁶⁰.

Assim, colaciona-se exemplo atual de aplicação desse entendimento pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR.

COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis.
2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes.
3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes.
4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1.321.083/PR)

159 Como aponta Claudia Lima Marques (2014, p. 306-307).

160 Para incluir no âmbito de proteção da lei especial pequenos empresários e profissionais liberais que contratassem com determinado fornecedor sem conhecimentos técnicos especiais e fora do campo de sua atividade comercial, considerando seu estado de ignorância ou vulnerabilidade quando da contratação. (MARQUES, 2014, p. 306-307)

Com efeito, de acordo com Bruno Miragem (2014, p. 159), a interpretação finalista ampliada apresenta-se a partir de dois critérios básicos, quais sejam: (i) extensão do conceito de consumidor por equiparação, que é medida excepcional no regime do CDC, e (ii) consideração da necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser equiparada a consumidora. Segundo Roberto Pfeiffer, tal também é possível pela extensão do próprio conceito de consumidor em sentido estrito. Todavia, o autor propõe que o modo mais coerente de estender a aplicação do CDC dá-se pela utilização da figura do consumidor equiparado, na linha do entendimento de Bruno Miragem. Contudo, uma tal extensão deve ser utilizada com parcimônia e excepcionalmente, sob pena de se subverter os fundamentos da proteção do consumidor. A aplicação da teoria ampliada seria admissível, assim, somente em situações em que fique concretamente demonstrada a vulnerabilidade do adquirente a ponto de permitir sua equiparação com um consumidor (PFEIFFER, 2015, p. 58-59).

Como a vulnerabilidade é intrínseca à relação de consumo, há uma presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor em sentido estrito, o que não significa que se possa falar em extensão dessa presunção ao consumidor por equiparação, especialmente, ao empresário. A comprovação da vulnerabilidade torna-se necessária, então, em hipóteses em que se estende a aplicação do CDC ao empresário que adquirir ou utilizar produto ou serviço com finalidade instrumental (isto é, apenas indiretamente relacionada à sua atividade empresarial) e apresentar, no caso concreto, vulnerabilidade (IDEM, p. 59).

No que tange ao Direito comparado, destaca-se a reforma legislativa alemã realizada no início dos anos 2000, que sistematizou a proteção do consumidor ao incluir, na parte geral de seu Código Civil de 1900 (o *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB), a figura do consumidor (§ 13 BGB¹⁶¹ –

161 Que dispõe: “§ 13 *Verbraucher*

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“. Em tradução livre: “§ 13 Consumidor

Consumidor é qualquer pessoa natural que celebra um negócio jurídico para fins que podem preponderantemente ser atribuídos tanto à sua atividade comercial como à sua atividade profissional autônoma.” (ALEMANHA, BÜRGERLICHES...)

Verbraucher) e do fornecedor (§ 14 BGB¹⁶² – *Unternehmer*). Além disso, renovou-se o Direito das Obrigações, incluindo-se no BGB normas especiais para a proteção dos consumidores no sistema geral (a lei alemã, *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, a AGB-Gesetz, de 1976, foi incorporada ao BGB, § 305 a 359). Finalmente, observa-se que, no Direito alemão, o espírito especial de proteção apenas das pessoas físicas, quando atuam com finalidade de consumo (não profissional), e a aplicação do princípio da boa-fé para todas as outras relações interci-vis e interempresariais, continuam os mesmos no Direito Civil alemão (MARQUES, 2014, p. 314, 316, 317).

2.4.1.2.2 O consumidor *lato sensu*

Se o *caput* do art. 2º do CDC apresenta o conceito de consumidor padrão, *standard*, no parágrafo único do mesmo artigo, segundo o qual “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, estabeleceu-se a definição de consumidor equiparado, previsto igualmente nas disposições dos arts. 17 (“para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”) e 29 (“para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”) do CDC.

Em todos esses dispositivos percebe-se a desnecessidade da existência de um ato de consumo (aquisição ou utilização direta), bastando para a incidência da norma que o sujeito esteja exposto às situações previstas no CDC, seja na condição de integrante de uma coletividade de pessoas (art. 2º, parágrafo único, do CDC), seja como vítima de um aciden-

162 Que dispõe: “§ 14 Unternehmer

(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen“.

Em tradução livre: “§ 14 Empresário

(1) Empresário é uma pessoa natural ou jurídica ou empresa jurídica individual que, ao celebrar um negócio jurídico, atua no exercício do seu comércio, negócio ou profissão.

(2) Uma empresa jurídica individual é uma empresa individual que tem a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações.” (ALEMANHA, BÜRGERLICHES...)

te de consumo (art. 17) ou como destinatário de práticas comerciais e de formação e execução do contrato (art. 29) (MIRAGEM, 2014, p. 147).

Assim, independentemente da realização de um ato de consumo *stricto sensu*, todos esses sujeitos são substancialmente consumidores – o que permite a aplicação “guarda-chuva” do CDC em favor da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo etc., estendendo-se o âmbito de proteção da lei consumerista (IDEM, p. 148).

Conforme Bruno Miragem (2014, p. 151-152), a aplicação do conceito de consumidor equiparado do art. 29 permitiria *a priori* converter o CDC em paradigma de controle de todos os contratos no Direito Privado brasileiro. Para evitar tal extensão conceitual, demasiada, é necessário interpretar aquele dispositivo considerando o princípio da vulnerabilidade que permeia o CDC. Daí resulta equiparar, por exemplo, pequenos empresários a consumidores em relações que envolvam bancos ou grandes empresários contanto que esteja presente a vulnerabilidade do contratante, de forma que se justifique a equiparação com vista a assegurar o equilíbrio entre os desiguais.

2.4.1.3 O consumidor na Lei n. 12.529/2011

A articulação entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor e suas respectivas políticas apresenta imediatamente um problema de delimitação que não pode ser resolvido sem uma definição, anterior, relativa ao sujeito (KANTE, 2010, p. 141).

Essa questão, que envolve a compreensão do significado de um conceito jurídico básico para ambos os Direitos da Concorrência e do Consumidor, remete à teoria do diálogo das fontes (*der Dialog der Quellen* [JAYME, 1995, p. 259]), desenvolvida por Erik Jayme, que será analisada em seus pormenores ao longo deste trabalho. O diálogo, que se caracteriza por uma troca cuja lógica se constrói ao longo de dois ou mais discursos que se cruzam sem jamais se fundirem e se respondem sem verdadeiramente se opor (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004, p. 7), permite ao jurista que analisa duas normas ou mais (*in casu* a Lei n. 8.078/1990 e a Lei n. 12.529/2011) a sua complementação recíproca.

Assim, torna-se necessária a adoção de um conceito convergente e unificado¹⁶³ de consumidor, tendo em vista uma concepção dinâmica desse sujeito, o consumidor, a fim de se harmonizar o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor e suas respectivas políticas, já que o sistema jurídico, como qualquer sistema social, não pode admitir nem tautologias nem paradoxos, embora conviva com eles (GIORGI, 2011, p. 186).

Com efeito, como a lei concorrencial brasileira não o define, para que se possa compreender o significado do termo “consumidor” faz-se necessário buscar o auxílio do CDC, que, como visto, dispõe, no art. 2º, *caput*, que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e, no parágrafo único, que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O conceito mais compatível com essa intenção, como visto, é o proposto pela teoria finalista (PFEIFFER, 2015, p. 265), preponderante nos estudos de Direito do Consumidor, excluindo-se do âmbito de aplicação da Lei n. 12.529/2011 a figura do consumidor intermediário, que recebe, todavia, proteção das normas concorrenciais europeias, em conjunto com o “consumidor final”, no que tange à concentração econômica, conforme dispõe o art. 2º, item 1, alínea “b” do Regulamento n. 139/2004 do Conselho da UE, que dispõe:

Artigo 2º.

Apreciação das concentrações

1. As concentrações abrangidas pelo presente regulamento devem ser apreciadas de acordo com os objectivos do presente regulamento e com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

163 Nesse sentido posiciona-se Roberto Pfeiffer (2015, p. 72)

b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência. (UNIÃO EUROPEIA, 2004a)

Desse modo, percebe-se que, no Brasil, a adoção da teoria finalista ampliada, que permite a aplicação das normas consumeristas ao empresário que utilize determinado produto e/ou serviço de forma instrumental e que apresente vulnerabilidade em sua relação com o fornecedor, é excepcional, principalmente no contexto concorrencial (PFEIFFER, 2015, p. 266), pois, como será demonstrado no quarto capítulo deste trabalho, não haveria sentido em se assegurar o compartilhamento de benefícios decorrentes de uma concentração econômica com efeitos anticoncorreciais com o consumidor intermediário, por exemplo, dado que o aspecto distributivo presente no controle estrutural tem, claramente, o intuito de proteger o interesse do “consumidor final”, que é, rigorosamente, o consumidor a quem o CDC e a Lei n. 12.529/2011 se voltam.

No que tange ao conceito econômico, é interessante notar que algumas teorias econômicas vem redefinindo o conceito do sujeito enquanto consumidor, tradicionalmente visto como *homo economicus*. É que a ortodoxia econômica tem como pressuposto a racionalidade individual, um dos pilares da teoria neoclássica. Contrapondo-se a ela, a escola da Nova Economia Institucional, que surgiu na década de 1980, redefiniu a noção de racionalidade do agente econômico ao apontar que, embora o indivíduo condicione o seu comportamento à razão, ele o faz de forma limitada (ideia também presente nas Escolas austríaca, institucionalista e behaviorista (CHANG, 2015, p. 132, 147). A partir disso, a economia, definida como a ciência da escassez, apropriou-se da noção de escassez¹⁶⁴ da capacidade humana de

164 A sociedade de consumo já esbarra no problema da saturação ou exaurimento do meio ambiente, que passa a se revelar, ele também, limitado e impotente para absorver ou reciclar os resíduos da civilização industrial. (NUSDEO, 2010, p. 26)

absorver e processar informações (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 43-44), ideia que se coaduna com a noção jurídica de vulnerabilidade.

Desse modo, considera-se que o conhecimento está disperso entre os indivíduos e que, conseqüentemente, em cada relação econômica os diferentes indivíduos vêm com diferentes parcelas, frequentemente díspares, assimétricas, de informação (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 15). Então, o pressuposto da racionalidade e o princípio da maximização da utilidade não podem ser considerados como um reflexo da realidade, mas como uma base analítica para o cálculo da eficiência alocativa (MÖLLER, 2008, p. 41).

Assim, a ideia do *homo economicus*, que representa um homem utópico (CARVALHOSA, 1973, p. 76), não expressaria com exatidão o comportamento do consumidor, que seria mais Homer Simpson do que *homo economicus* (SCHNEIDER, 2010), de acordo com um viés comportamental (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998) aplicado à *Law and Economics*¹⁶⁵. Desse modo, a aplicação ampla do princípio *favor debilis*, que, como visto, tem também supedâneo na teoria econômica, permite uma releitura da atuação do consumidor. Transpõe-se a visão casuística, eminentemente bilateral (marca da relação entre consumidor e fornecedor), e passa-se a adotar uma perspectiva estrutural, que considera a posição do indivíduo no mercado a partir da noção de centralidade da pessoa humana (LORENZETTI, 1998, p. 137) e que vê a *persona* do consumidor como algo mais, como *homo economicus et culturalis* (MARQUES, 2014, p. 300), ideia que ultrapassa a ideia do *homo faber* (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 216).

165 Nas décadas de 1960, 1970 e 1980, algumas teorias de cunho consequencialista, ou pragmático (cujo maior expoente é Richard Posner, ícone da Escola de Chicago), como a análise econômica do Direito (também conhecida como *Law and Economics*), dedicaram-se à verificação do impacto do Direito sobre o desempenho global das economias. A idéia básica era a do instrumentalismo jurídico, que propunha que, ao se aplicar o Direito sem ponderar custos e conseqüências econômicas das decisões judiciais, por exemplo, estar-se-ia eventualmente promovendo resultados socialmente indesejáveis e, mesmo, em desacordo com sua intenção original. Essa visão, porém, não considera que o Direito deve promover, em alguma medida, o bem comum. Em uma sociedade heterogênea, na medida em que o Direito é tão somente instrumento, ele se torna capturável, passível de ceder a *lobbies* e a ideologias dos mais diversos matizes. Perde, mesmo, a noção de integridade, de núcleo de valores, de propósitos ínsitos ao Direito. (MENDONÇA, 2014, p. 78)

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Tanto a defesa da concorrência quanto a defesa do consumidor demandam uma atuação estatal integrada para que elas sejam, de fato, eficazes, e não iniciativas randômicas. No que tange à defesa do consumidor, especificamente, mesmo entidades privadas podem promovê-la, como dispõe o art. 105 do CDC, segundo o qual “integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”.

Assim, todos os órgãos que se vinculem de modo direto ou indireto à defesa do consumidor são integrantes do SNDC. Ao lado dos entes e/ou órgãos públicos diretamente envolvidos na defesa do consumidor, que em nível estadual e municipal geralmente são identificados pelo Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (Procon), integram o SNDC também todos os órgãos que desempenhem atividade própria de defesa do consumidor, incluindo-se aí as Promotorias de Defesa do Consumidor, as Defensorias Públicas, as agências reguladoras setoriais etc. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 1.143-1.144).

Nesse sentido, também o CADE – que não é um órgão, mas uma autarquia – integra o SNDC, pois, embora sua atividade precípua relacione-se com a “defesa da ordem econômica, esta é seguramente indissociável da defesa do consumidor” (IDEM, p. 1.144) e, de qualquer modo, sua forma jurídica de constituição não poderia ser considerada um impedimento a que integrasse, também, o SNDC. Essa constatação deriva, ademais, de uma interpretação sistemática, teleológica e conforme à Constituição do CDC e da Lei n. 12.529/2011 – sem prejuízo de outras formas¹⁶⁶ de interpretação.

Por fim, é importante destacar que a relação dos diversos integrantes do SNDC não apresenta subordinação, mas coordenação, já que todos os órgãos e entidades que o integram conservam ampla autonomia, estabelecendo espontaneamente iniciativas comuns de defesa dos consumidores, sem prejuízo de eventual ação conjunta (IDEM, p. 1.161), como

166 Como o sentido literal, o contexto significativo da lei, a intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico de que fala Karl Larenz (1997, p. 450 e ss)

a cooperação que une presentemente o CADE e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), objeto de análise no tópico 3.5.4.

2.5 Conclusão parcial

A constatação da necessidade de se proteger o consumidor remonta ao combate a práticas infratoras da concorrência, ainda no século XIX. Todavia, a formação do Direito do Consumidor ocorre gradualmente, a partir do Pós-guerra. Assim, nota-se que tanto o Direito da Concorrência como o Direito do Consumidor permanecem historicamente isolados em suas trajetórias, como se não compartilhassem objetivos comuns. Surge, apesar disso, gradualmente, a necessidade de um diálogo entre tais subsistemas jurídicos, o que será visto no próximo capítulo deste trabalho. Por ora, neste capítulo, percebeu-se que:

a. em meados do século XX desenvolveu-se uma sociedade de consumo que transformou radicalmente as relações humanas,

b. o consumo apresenta características ambíguas: ao mesmo tempo em que é um método de integração social, traz uma carga de impessoalização às relações humanas,

c. a formação do Direito do Consumidor acompanhou essas transformações históricas,

d. o Direito do Consumidor pauta-se sobretudo pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e representa, segundo a classificação proposta por Robert Alexy, direitos prestacionais, em sentido amplo, e, especificamente, direitos de proteção,

e. no Brasil, a defesa do consumidor constitui direito fundamental e princípio da ordem econômica,

f. a confluência entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor e suas respectivas políticas exige um conceito unificado de consumidor,

g. para a teoria finalista, consumidor é tão somente aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para uso próprio e/ou de sua família. Essa concepção, que considera o fato de a inserção constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da Constituição) partir do reconhecimento da desigualdade intrínseca que liga consumidor e forne-

cedor, é a adotada neste trabalho, que considera, também, os argumentos da teoria finalista aprofundada, cuja aplicação é, todavia, excepcional, especialmente no que tange ao Direito da Concorrência,

h. a defesa do consumidor não se restringe apenas ao consumidor que tenha sido sujeito de uma relação de consumo (consumidor *stricto sensu*), englobando toda a coletividade, que envolve tanto quem tenha celebrado contratos de consumo, quanto quem esteja simplesmente exposto às práticas do mercado, sem necessariamente possuir vínculo jurídico formal com fornecedores ou quem tenha violado as normas previstas no CDC,

i. há evidências de uma ressignificação do consumidor no âmbito econômico; o conceito econômico de consumidor aproxima-se do conceito jurídico ao reconhecer que a capacidade humana de absorver e processar informações é limitada, ideia que se coaduna com a noção jurídica de vulnerabilidade e que é particularmente importante em uma «economia da informação» caracterizada por assimetrias de informação constantes e

j. o SNDC é integrado por todos os entes e órgãos que se vinculam de modo direto ou indireto à defesa do consumidor, o que inclui o CADE, uma autarquia.

3 A CONCORRÊNCIA E O CONSUMIDOR: O DIÁLOGO A PARTIR DO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CERNE DO SISTEMA JURÍDICO

Este capítulo analisa algumas noções essenciais para a compreensão do consumidor no sistema jurídico a partir de um apanhado histórico. Ele volta-se aos aspectos históricos e filosóficos envolvidos na evolução dos conceitos de indivíduo, pessoa e sujeito de direitos a fim de compreender o diálogo entre a concorrência e o consumidor a partir da consideração do superprincípio da dignidade da pessoa humana como cerne do sistema jurídico. Verifica-se, ainda, o caráter instrumental do Direito da Concorrência e de sua política respectiva, além da confluência entre o Direito da Concorrência e do Consumidor, que vem ganhando espaço no cenário brasileiro contemporâneo.

3.1 O indivíduo, a pessoa, o sujeito de direitos

Se o sujeito determina-se pela linguagem¹⁶⁷, além de determinar-se pelo espaço¹⁶⁸ e pelo tempo (*Dasein*¹⁶⁹), começar pelas palavras talvez não seja coisa vã (BOSI, 1992, p. 11), afinal, pessoa, sujeito, personalidade são palavras que têm diversas conotações no tempo e no espaço (MARTINS-COSTA, 2002, p. 410). Em latim, assim como em português, francês ou alemão, o conceito (*concept*, *der Begriff*) nomeia o gesto de uma apreensão, é uma captura (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004, p. 14). E, para que se possa apreender¹⁷⁰ alguns conceitos-chave para este tópico, recorrer-se-á, com frequência, à etimologia.

A palavra “indivíduo” tem origem no latim *individuus*, o não dividido que equivalia, na Idade Média, à noção da menor unidade de algo, à no-

167 Como nota Jean-Paul Bronckart (2007, p. 32-33), na espécie humana, a cooperação dos indivíduos na atividade é regulada e mediada por verdadeiras interações verbais e a atividade caracteriza-se, portanto, por essa dimensão que Jürgen Habermas chamou de “agir comunicativo”. Assim, além do fato de ser constitutiva do psiquismo especificamente humano, a emergência do agir comunicativo é também constitutiva do social propriamente dito. Com efeito, na medida em que os signos cristalizam as pretensões à validade designativa, se estão disponíveis para cada um dos indivíduos particulares, eles também têm, necessariamente, devido a seu estatuto de formas negociadas, uma dimensão transindividual, veiculando representações coletivas do meio, que se estruturam em configurações de conhecimentos que podem ser chamadas, segundo Popper e Habermas, de mundos representados. Além disso, conforme a Linguística estrutural de Ferdinand de Saussure, “a linguagem tem um lado individual e um lado social, sendo impossível conceber um sem o outro”. (SAUSSURE, 2012, p. 40). E, ainda, “a língua é um fato social. O indivíduo, organizado para falar, só poderá chegar a utilizar seu aparelho através da comunidade que o cerca, – além disso, ele só experimenta o desejo de utilizá-lo em suas relações com ela. Ele depende inteiramente dessa comunidade; sua raça é indiferente (salvo, talvez, por alguns fatos de pronúncia). Então, nisso o homem só é completo através do que tira do seu meio”. (IDEM, 2004, p. 154)

168 *In der Welt sein*.

169 Que significa o ser-no-mundo, como propõe Martin Heidegger, para quem o homem é visto como *Dasein*, em que o *Da* indica o caráter intuitivo, sensível e temporal (*Zeit*), e o *Sein* indica o caráter inteligível, o ser (*Sein*). O *Dasein* é ser-no-mundo, esse é o «como» do homem, que deve resolver a questão da temporalidade como uma das características fundamentais do ser-no-mundo, enquanto passado-presente-futuro. Porém, este ser-no-mundo deve estar articulado, precisa de uma estrutura que seja descritível e que possua a marca fundamental da condição humana, qual seja, a *Sorge*, o cuidado, a estrutura de ser-aí. Daí a tríplice estrutura do cuidado: o ser adiante de si (futuro) – existência, já ser em (passado) – facticidade e ser junto às coisas (presente) – decaída. (STEIN, 1997, p. 106 e 107).

170 A propósito, segundo Lenio Streck (2007, p. 177-178), “conceber a linguagem como totalidade, é dizer, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem. Morre, assim, o *cogito* cartesiano e todas as formas de ‘eu’ puro, desindexado de cadeias significantes”.

ção da parte que compõe o todo. O indivíduo, assim, integrava uma ordem, um estamento, uma corporação ou qualquer outra entidade coletiva, considerados, por sua vez, sujeitos sociais efetivamente reconhecidos (MARTINS-COSTA, 2007, p. 16).

Desse modo, percebe-se que a ideia do indivíduo como sujeito e ator jurídico, dotado de direitos subjetivos, é relativamente recente. Ela resulta de uma construção complexa elaborada no Renascimento e na Modernidade, sobretudo quando o Jusnaturalismo se associa ao Iluminismo (nos séculos XVII e XVIII, principalmente neste [ALVES, 2014, p. 62]), consolidando os direitos naturais do homem, um espaço de integridade e de liberdade que deveria ser protegido (BARROSO, 2015, p. 271), conquanto sua forma final seja produto tardio do Iluminismo (bem como do Jusnaturalismo racionalista) e do Pandectismo, este já no século XIX (ALVES, 2014, p. 63). Desse modo, durante período histórico considerável, que chega a alcançar a aurora da época moderna, a pessoa não era indivíduo e tampouco o indivíduo era pessoa (MARTINS-COSTA, 2007, p. 15-16).

Além disso, a transição do Direito clássico ao Direito moderno afirma o conceito de direito individual, direito subjetivo, apto a satisfazer as necessidades do indivíduo, o sujeito que se move em uma teia de novas relações econômicas a partir do Mercantilismo e do Renascimento (MARTINS-COSTA, 2007, p. 25) – ainda que se reconheça que o Direito Romano conheceu o que hoje se denomina “direito subjetivo” (ALVES, 2014, p. 92).

A palavra “pessoa” tem origem no verbo latino *personare*, que quer dizer “soar através de”. Suas raízes estão no etrusco *phersu*, que significa máscara, o objeto utilizado por um ator para dar vida a uma personagem e fazer ressoar sua voz, permitindo que fosse bem ouvida pelos espectadores, além de lhe dar a aparência que o papel exigia (PAVESI, 2010, p. 91-116).

A pessoa, então, é o ser que pode exercer diversos papéis sociais. O mesmo indivíduo representa vários papéis (no teatro antigo, ao pôr a máscara [COMPARATO, 2010, p. 28]) e assim, também, a própria sociedade, que é um empreendimento cooperativo para o benefício mútuo (RAWLS, 2008, p. 5), institucionaliza os papéis como condição da interação social (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 122). Daí utilizar-se a palavra *persona* para descrever as versões de si mesmo que todos os indivíduos apresentam.

“Pessoa” é um termo que indica um ser concreto, individual, não a espécie a que ele pertence. A ideia de “pessoa” se diferencia da noção de “homem”, ou “humano”, indicando a espécie, o universal, algo que “não se pode indicar com o dedo”. A pessoa, então, como indivíduo concreto, constitui um todo (indiviso) em si mesmo, porque existe em si própria e não é mera parte de um todo (BARZOTTO, 2010, p. 21).

Um outro elemento da ideia de pessoa é a alteridade¹⁷¹, ainda que reconhecidamente insólito para os padrões da sociedade capitalista contemporânea, caracterizada pelo individualismo. Ser uma pessoa é relacionar-se, ocupar um lugar na comunidade de todas as pessoas (SPAEMANN, 2000, p. 215): a pessoa é um ser em relação, um ser com outrem. Por fim, o terceiro elemento característico da pessoa é a “diferença interna”, afinal, as pessoas mantêm uma distância com o que são, com sua essência. A natureza humana revela, assim, a essência do ser humano, mas não sua identidade; o que ele é, mas não quem ele é (BARZOTTO, 2010, p. 24-26).

Além disso, o conceito de pessoa provém do cristianismo e aponta para a dignidade do homem, insuscetível de ser mero objeto, como perceberia Immanuel Kant. A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção do homem, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos (estruturação estamentária do Direito) (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 121). Afinal, o Direito romano, que se tornara bastante sofisticado ao criar o Direito Civil, desconhecia a natureza universal do homem, dogma da religião cristã. E, por ignorar essa natureza, os romanos não conseguiam ver o ser humano senão em situações precisas – como a de pai, de filho, de escravo etc. –, que geravam consequências jurídicas parciais e contingentes, o que impossibilitava deduzir uma qualidade única que designasse o “homem em geral” (MARTINS-COSTA, 2007, p. 39).

Assim, aponta-se que foi Thomas Hobbes quem, em meados do século XVII, plasmou a concepção da pessoa como indivíduo, que mais tarde seria acolhida pelo constitucionalismo e pelo movimento de codificação que marcaria os séculos XVIII e XIX. E, ao conectar essas suas ideias – pessoa e indivíduo –, Thomas Hobbes permitiu a realização de uma revo-

171 Veja-se, a propósito, a obra de Emmanuel Lévinas, que fala da ética da alteridade.

lução cuja plenitude seria alcançada após Immanuel Kant e a Revolução Francesa (IDEM, p. 36-37).

Foi no Renascimento, assim, que se lançaram as bases de um direito da pessoa considerada laicamente em si e por si. Mais tarde, no século XIX, Friedrich Carl von Savigny¹⁷² transformaria em dogmática jurídica essas ideias (IDEM, p. 43) ao lutar pela independência do Direito, implantar no Direito uma racionalidade historicamente baseada e considerar que “todo Direito provém do espírito do povo” (LAHUSEN, 2013).

Em decorrência disso, o ser que não se identifica com sua natureza é sujeito, termo que deriva do latim *subjectus*, que significa literalmente “posto debaixo”, “situado abaixo”, como denotam igualmente os vocábulos súdito e sujeição. Assim, o sujeito sustenta uma natureza, exercitando-a por meio de sua ação (BARZOTTO, 2010, p. 26). O ser humano, já indivíduo, torna-se pessoa e, então, sujeito (*subjectus*, o que está embaixo, embora agora esse sentido seja tomado por fundamento), autor – não apenas ator – do seu mundo. Ele não mais recebe as leis, mas as formula¹⁷³ e as fundamenta a partir da razão (MARTINS-COSTA, 2007, p. 26-27).

A noção de sujeito jurídico não é explicável pelo conceito de papel social. Ela é mais ampla do que a noção de pessoa (física e jurídica). Com efeito, toda pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico, mas nem todo sujeito jurídico é uma pessoa física ou jurídica¹⁷⁴. Pessoa é quem pode ser sujeito de direitos: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 254).

Além disso, apesar de uma noção “extraída pelos tempos modernos”, “direitos subjetivos foram técnica de que sempre se usou, para a

172 Principal representante da Escola Histórica Alemã, para quem o Direito nasceria do “espírito do povo” (*Volksgeist*) e a essência da norma jurídica estaria contida nos usos, costumes e nas crenças dos grupos sociais.

173 Não por acaso, a Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789, dispôs que “a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. (FRANÇA, 1789)

174 A herança jacente, os bens em inventário são, por exemplo, sujeitos de Direito, mas não pessoas.

tutela de interesses. Diga-se o mesmo das pretensões, ações e exceções. Por eles e com eles, realiza-se a política de se deixar aos indivíduos o cuidar dos direitos que têm, dos bens que lhes tocam” (IDEM, 2013, p. 293). Ao sujeito de direitos se conferem direitos e deveres, podendo-se falar em sujeito ativo (de um direito subjetivo) e em sujeito passivo (de uma obrigação) (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 122-123).

A incidência da regra jurídica, que dá a alguém o poder de ser sujeito de direitos, cria a capacidade de direito, o direito de personalidade. Esse é o primeiro direito. Ser sujeito de direitos é *posterius*, é a realização daquele direito: é-se pessoa, sem se ter outro direito que o de ser pessoa; sujeito de direito só se é, partindo-se do fato de se ser sujeito do direito de personalidade, quando se tem a posição de sujeito de direito em relação jurídica concreta (PONTES DE MIRANDA, 2013, p. 289). O sujeito de direitos, ou sujeito jurídico, é, portanto, o portador de direitos. A ideologia assente a essa concepção pensa o sujeito como o titular da propriedade privada enquanto instituto que cabe ao Direito objetivo proteger e garantir. Assim, como o homem tem em seu próprio corpo a primeira das propriedades (na medida em que seu corpo é fonte de trabalho), o indivíduo é por excelência o sujeito jurídico (o homem como ser que trabalha, *homo faber*) (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 121).

Se o termo “sujeito” ingressou no léxico ocidental por volta do século XIII denotando sujeição, observa-se que, no século XVI, ele ganha o sentido de “fundamento, causa, motivo” e, mais tarde, o de “pessoa que é motivo de algo” para, finalmente, designar a “pessoa considerada em suas aptidões”. Em consequência, a doutrina civilista inventa o sujeito de direitos como ser dotado de capacidade para atuar na ordem jurídica, assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades (MARTINS-COSTA, 2007, p. 37-38).

Não por acaso, o Código Civil (CC) brasileiro, de 2002, dispõe, em seu art. 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Dessa forma, a pessoa é sujeito de direitos e obrigações na vida civil, titular de determinados direitos, quais sejam, os direitos subjetivos, direitos do sujeito.

Mesmo consideradas todas essas nuances etimológicas, há uma sinonímia consagrada entre os termos indivíduo, pessoa e sujeito de direitos que não pode ser desconsiderada. Afinal, ela esconde séculos de uma

construção ideológica laboriosa de conceitos jurídicos de importância ímpar e que é passível de determinar a perspectiva pela qual o Direito é aplicado (IDEM, p. 19). Percebe-se, assim, que houve uma transformação valiosa da noção de sujeito, não mais um sujeito vinculado à ideia implícita de submissão que caracterizava outrora o súdito. O sujeito, agora, tornou-se protagonista de sua própria vida. Não mais súdito, ele é cidadão, sujeito de direitos e de deveres, ainda que, hoje, na época pós-moderna, assista-se à transformação das pessoas em mercadoria, como nota Zygmunt Bauman (2008), tema que tem importância ímpar para a compreensão do sujeito como consumidor, conforme se verificou no segundo capítulo deste trabalho.

3.2 A dignidade da pessoa humana

Nas últimas décadas, a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições nacionais, leis e decisões judiciais e passando a desempenhar um papel central no discurso sobre os direitos humanos (BARROSO, 2014, p. 9, 20).

A dignidade da pessoa humana é um conceito valioso, com importância crescente na interpretação constitucional, e que se caracteriza por três ideias essenciais, quais sejam, (i) o valor intrínseco de cada ser humano, (ii) a autonomia individual e (iii) o valor comunitário (IDEM, p. 11). Além disso, ela é marcada pela cultura de uma sociedade, de forma que seu significado normativo depende dos conceitos de identidade, homem e pessoa (alguém que vale em si mesmo e em sua relação com os demais, como visto), que também são conceitos culturais (BARBOSA-FOHRMANN, 2012, p. 15).

Em uma perspectiva histórica, vê-se que o conceito de “dignidade” remonta ao pensamento romano clássico, em que o conceito de *dignitas hominis* significava “*status*”. A honra e o respeito eram assim conferidos a alguém que fosse digno de honra e respeito por causa de um *status* especial que ele ou ela detivesse. A nomeação para determinados cargos públicos, por exemplo, trazia consigo *dignitas* (MCCRIDDEN, 2008, p. 656-657), uma noção ainda presente, hoje, no termo “dignitário”.

Nota-se, porém, que o termo *dignitas* não se limitava aos seres humanos, aplicando-se igualmente a instituições e ao Estado. E, disperso em escritos romanos clássicos, havia um segundo conceito de dignidade, amplo, particularmente em Cícero, onde *dignitas* referia-se também à dignidade dos seres humanos como seres humanos, não dependendo de nenhum *status* especial adicional (IDEM, p. 657).

Percebe-se, porém, que até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos, tanto que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, vinculava-a¹⁷⁵ a ocupações e posições públicas. Portanto, na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade, enquanto categorização dos indivíduos, estava associado a um *status* superior, a uma posição social mais alta em um contexto de hierarquia social (BARROSO, 2014, p. 13-14).

A noção contemporânea de dignidade humana, porém, difere da noção romana de *dignitas hominis*, tanto que não é possível associar ambas em uma relação linear de sucessão, conforme Luís Roberto Barroso. É que a dignidade humana, como atualmente compreendida, parte do pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Essa compreensão se iniciou com o pensamento clássico encontrado em Cícero e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial (IDEM, p. 14-15).

Atribui-se, ainda, uma influência decisiva na construção do conceito atual de dignidade da pessoa humana ao humanista italiano Giovanni Pico della Mirandola (COMPARATO, 2010, p. 18-19) e a Immanuel Kant, cujo pensamento pauta-se sobretudo pelas ideias de razão e de dever, de reconhecimento da capacidade de o indivíduo dominar-se e, então, descobrir, dentro de si próprio (*das Gesetz in mir*), a lei moral que deve orientar sua conduta, de que decorre a ideia de autonomia individual (MCCRUDDEN, 2008,

175 A Declaração estabelecia em seu art. 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. (FRANÇA, 1789)

p. 659). Kant, a propósito, formula seu imperativo categórico¹⁷⁶ nos seguintes termos: “age de maneira tal que possas também querer que a máxima de teu agir se transforme em lei universal da natureza”¹⁷⁷.

Ao longo do século XX, principalmente após o Holocausto, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências vencedoras na Segunda Guerra Mundial, tornando-se uma “metapolítica”, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais. Sua consideração como um conceito jurídico, nos dois lados do Atlântico, foi, porém, consequência de um movimento que diluiria os limites entre o Direito Público (a ordem da proteção) e o Direito Privado (a ordem da liberdade) e colocaria em xeque o formalismo e o raciocínio puramente dedutivo (BARROSO, 2014, p. 61-62).

Como um valor¹⁷⁸ fundamental que é também uma regra e um princípio¹⁷⁹ constitucional, a dignidade da pessoa humana atua tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos

176 Anota Jürgen Habermas (2012, p. 157): “na formulação kantiana do princípio do direito, a ‘lei geral’ carrega o peso da legitimação. E aí o imperativo categórico está sempre presente como pano de fundo: a forma da lei geral legitima a distribuição das liberdades de ação subjetivas, porque nele se expressa um bem-sucedido teste de generalização da razão que examina leis. Disso resulta, em Kant, uma subordinação do direito à moral, a qual é inconciliável com a ideia de uma autonomia que se realiza no *medium do próprio direito*”. (grifos do original).

177 No original: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“. (KANT, 1965). Segundo Hans Jonas, um imperativo que fosse adequado ao novo tipo do agir humano e ao tipo novo de sujeito e objeto nele envolvidos poderia ser enunciado da seguinte forma: “age de maneira tal que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida humana sobre a terra”. (GIACIOIA JUNIOR, 1996, p. 72-73)

178 Segundo Robert Alexy (2015, p. 145-146), “princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico”. E exemplos de conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo. Comum a esses conceitos é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom.

179 Para Humberto Ávila (2014a, p. 225), “o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

fundamentais. Além disso, a identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional (IDEM, p. 64-65).

Quanto ao conteúdo da dignidade humana, como visto, destacam-se três ideias essenciais, analisadas a seguir: (i) o valor intrínseco de cada ser humano, (ii) a autonomia individual e (iii) o valor comunitário. Pretende-se, com essa análise, obter-se mais subsídios para a compreensão da dimensão representada pela dignidade da pessoa humana no Direito, o que é importante para se avaliar o significado do reconhecimento do direito à concorrência.

Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitário e outro antiautoritário (BARROSO, 2014, p. 76-77). A impossibilidade de aplicação de qualquer ideia utilitária à pessoa humana, que tem dignidade, e não preço, como ensina Kant ao afirmar que *“im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde”*¹⁸⁰, constituiu-se em uma conquista filosófica e civilizatória inestimável. Isso significa que o valor de uma pessoa nunca poderá ser equiparado ao valor de uma coisa, pois a primeira tem dignidade e a segunda, preço.

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física etc.

A autonomia, por sua vez, é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, o que lhes permite buscar, a seu modo, o ideal de viver bem¹⁸¹. Ela inclui, em geral, três categorias, quais sejam, a autonomia privada (liberdades básicas), a autonomia pública (direito à participação política) e o mínimo existencial (*das Existenzminimum*) (IDEM, p. 82).

Assim, a dignidade se incorpora aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo

180 Em tradução livre: no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. (KANT, 1965, p. 41)

181 Já Aristóteles reconhecia que toda ação de conhecer e toda intenção deliberada estão dirigidas à consecução de algum bem. E, para ele, o mais elevado entre todos os bens cuja obtenção pode ser realizada pela ação é a felicidade, embora felicidade não seja um termo capaz de abranger o sentido mais amplo do conceito que a palavra grega «*eudaimonia*» representa. (ARISTÓTELES, 2002, p. 42)

existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica; ele tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial, que é um limite à aplicação da teoria da reserva do possível (*der Vorbehalt des Möglichen*)¹⁸², não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida (BARROSO, 2014, p. 84), desde alguns julgamentos¹⁸³ icônicos do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) sobre a assistência social, em 1951¹⁸⁴ e em 1975¹⁸⁵. Ele envolve o componente distributivo da justiça, que exige que o Estado garanta a cada um certo nível de bem-estar material (FLEISCHACKER, 2006).

O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito o direito à educação básica, à saúde, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça. Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador (BARROSO, 2014, p. 85).

182 A construção teórica da reserva do possível se desenvolveu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. De acordo com a teoria da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (ALEXY, 2015, p. 437-440; SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

183 Apresentados por Robert Alexy (2015, p. 436).

184 BVerfGE 1, 97.

185 BVerfGE 40, 121.

Quanto ao valor comunitário, ele representa o elemento social da dignidade. A dignidade como valor comunitário enfatiza, pois, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. Assim, o valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos, a saber, (i) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, (ii) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e (iii) a proteção dos valores sociais compartilhados (IDEM, p. 88).

No plano nacional, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo dispõe o art. 1º da CRFB/88, em conjunto com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como o princípio de maior hierarquia da ordem jurídica nacional (SARLET, 2011, p. 99), um superprincípio, embora não seja absoluto (IDEM, p. 89)¹⁸⁶. Segundo Ingo Sarlet, a condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana em sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas (IDEM, p. 90).

O superprincípio da dignidade da pessoa humana é de tal forma importante na ordem jurídica nacional que tem repercussões consideráveis na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de importância e de valoração. Nesse sentido, pode-se, até mesmo, aprofundar uma dimensão de “postulado” da dignidade humana, embora, a rigor, o que se estaria enfatizando seria a conexão das normas constitucionais com o superprincípio da dignidade da pessoa humana por meio de uma terceira norma – o postulado da coerência (ÁVILA, 2012, p. 395).

No que tange aos propósitos deste trabalho, recorda-se que, do direito fundamental (e superprincípio) da dignidade da pessoa humana,

¹⁸⁶ Veja-se, para tanto, as soluções divergentes dadas para casos difíceis envolvendo os temas da eutanásia, feto anencéfalo, experimentos científicos com células-tronco e mesmo o homicídio por estado de necessidade, entre outros.

nasce a defesa do consumidor, que, no Brasil, tem *status* de direito fundamental e é princípio conformador da ordem econômica, *vis-à-vis* o disposto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CRFB/88 e, até mesmo, a consideração do consumo como direito humano¹⁸⁷. Isso torna necessário considerar que a dignidade da pessoa humana inclui a atuação da pessoa como consumidora (MARQUES, 2009), razão por que “*making markets work for people as a post-millennium development goal*” (FOX, 2015), deveria ser a premissa de um sistema jurídico em cujo cerne está a dignidade da pessoa humana.

Finalmente, é necessário referir que a dignidade da pessoa humana, além de fundamento da República, foi adotada como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*), o que significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, *caput*, deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna que todos devem experimentar (GRAU, 2014, p. 1793). Portanto, aqui, a dignidade da pessoa humana tem importância ímpar: ela compromete todo o exercício da atividade econômica, de forma que empenha na realização desse programa, dessa política pública maior, tanto o setor público como o setor privado (IDEM, p. 1794). É a partir dessa noção, a propósito, que este trabalho reflete sobre o reconhecimento de um direito à concorrência, de especial interesse do consumidor.

3.3 A interação entre o consumidor, o fornecedor-concorrente e a concorrência

O Direito da Concorrência tem a peculiaridade de conviver com uma multiplicidade (BUTTIGIEG, 2009, p. 1) de objetivos que ele visa realizar¹⁸⁸. Seu âmbito de proteção envolve, sobretudo, dois elementos subjetivos, o consumidor e os concorrentes, e um elemento objetivo, a concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 82-84).

Essa interação entre os sujeitos e o instituição jurídica que ele protege pode ser representada de diversas formas, inclusive metaforicamen-

187 Identifica-se essa posição, na literatura, pelo menos nas seguintes obras: Deutch (1994), Benöhr (2013) e Pasqualotto (2009).

188 A título comparativo, o mesmo ocorre na Alemanha, onde se debate igualmente o que e quem a UWG deve proteger, se os competidores, a coletividade ou os consumidores. (TONNER, 1988, p. 96 e ss.)

te, método que se escolheu, considerando que a essência da metáfora é “compreender e experimentar um tipo de coisa em termos de outra” (LAKOFF; JOHNSON, 2003).

Assim, observou-se que a dinâmica concorrencial poderia ser representada, com fidelidade, pelo menos no que tange aos seus propósitos jurídicos (plano do dever ser), por um concerto. A origem etimológica do termo “concerto” remete a duas palavras latinas: a primeira, *concertatum*, do verbo *concertare*, que significa “combater”, “rivalizar”, “lutar” (FERREIRA, 1960, p. 256) e a segunda, de *consertum*, do verbo *conserere*, traduzido como “entrelaçar”, “atar”, mas, também, em alguns contextos, como “argumentar” (IDEM, p. 257).

Seja qual for a origem etimológica da palavra “concerto” ambas as hipóteses que a explicam servem para a metáfora que se deseja apresentar ao leitor: a dinâmica concorrencial envolve tanto as ideias de combate como de entrelaçamento. Seus entes convivem em um diálogo permanente, ainda que eventualmente conflituoso.

Assim, a lei concorrencial é representada por uma partitura. O concorrente, por um músico que compõe a orquestra cujo regente é representado pelo Estado. A concorrência é representada, por sua vez, pela própria orquestra, enquanto a competição o é pela música e o consumidor, pela plateia.

A música, como se sabe, é o resultado de todo um esforço coletivo e conjunto e que interessa, ao fim e ao cabo, à plateia – aos consumidores, portanto – e aos próprios músicos e regente, cujos interesses, que são diferentes dos da audiência, não podem ser menosprezados. Embora os interesses dos entes envolvidos nesta dinâmica se diferenciem, todos têm importância relativa.

Em um concerto, a plateia não é de modo algum inerte. Sua participação é decisiva para o resultado do concerto. Uma plateia atenta nota qualquer erro do músico, qualquer desafino seu. E uma plateia que não esteja concentrada na música executada, que não coopere com o concerto, pode distrair os músicos e “atrapalhar” o desenvolvimento do concerto. As interações, como se vê, são muitas.

Dessa forma, o objetivo primeiro do Direito da Concorrência, por uma imposição lógica, seria proteger os competidores, que se tornam concorrentes (músicos). Uma vez assegurada a existência de concorrentes, po-

derá existir competição (música) e, portanto, um ambiente concorrencial (orquestra) a ser, também, protegido. Após, surge a preocupação com o consumidor (plateia), a quem toda a dinâmica envolvendo as relações entre concorrentes e a concorrência produzida por seus comportamentos e estruturas se destina, de forma imediata.

Tecidas essas observações, que têm um caráter didático, que explique e modifique a ideia de sujeitos estáticos, no contexto de relações “concorrenciais”, nota-se que definir os objetivos do Direito Concorrencial é tarefa complexa. Por que, afinal, se convencionou que as normas concorrencias protegem diversos interesses, perfazendo o conhecido “jogo do interesse protegido”¹⁸⁹, considerando que a função desses interesses é tão diversa?

Em primeiro lugar, pensa-se que os objetivos do Direito da Concorrência devem ser analisados de forma isolada para que, após, possam ser compreendidos de forma conjunta: metodicamente, é necessário separar as peças para que se possa entender sua relação intrínseca e, ao fim, montar o quebra-cabeça.

Pode-se afirmar que o competidor somente será efetivamente competidor em um ambiente em que exista, de fato, a possibilidade de competir. Do contrário, ele será apenas um indivíduo, um agente econômico com atuação em um dado mercado e que está impossibilitado de ser qualificado, juridicamente, como competidor e, a partir daí, como concorrente.

Sinteticamente, ser “competidor” é apresentar um atributo que pode existir se e somente se houver um outro sujeito em situação semelhante, em situação de disputa simultânea. Decorre daí a necessidade de se falar apenas em “competidores” como sujeitos plurais, jamais singulares (porque se assim o fosse não seriam “competidores”, na acepção exauriente do termo). Tornar-se competidor significa apresentar alguma competên-

189 A expressão é de Paula Forgioni, que nota que o “jogo do interesse protegido” estava presente já na Lei n. 4.137/1962 e em algumas decisões adotadas pelo CADE ainda na década de 1960. Houve, pois, não apenas a utilização dos “interesses da economia nacional” como justificadores da licitude de alguns atos de concentração econômica, mas também dos “interesses do consumidor”. (FORGIONI, 2012, p. 119, 237)

cia¹⁹⁰ e depender, inexoravelmente, da existência de um outro sujeito, também disposto a competir.

Pense-se, por exemplo, no caso de um agente estatal que explore determinada atividade econômica em caráter de monopólio. No Brasil, é a própria CRFB/88, em seu art. 21, XXIII, que reserva apenas à União, entre outras hipóteses, a possibilidade de “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”.

Evidente, portanto, que os casos que envolvem situações de monopólio estatal¹⁹¹ (também chamado monopólio legal ou público), como o citado, ou de monopólio natural¹⁹², não tratam de um competidor, porque inexistente o pressuposto básico para a existência de um competidor, qual seja, a multiplicidade de agentes competentes em uma situação de disputa, mas, ao invés, de um agente que não pode ser qualificado como competidor, dada a inexistência de competição. Trata-se, tão somente, de um monopolista.

Então, havendo pluralidade de agentes dispostos a competir em determinado mercado, dispostos a conquistar a renda do consumidor que, por sua vez, deseja adquirir o produto ou contratar o serviço por eles ofe-

190 Que não se confunde com a competência enquanto “atribuição”. Como ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior, as normas instituidoras de poder, cujo conteúdo é o estabelecimento do que se pode chamar de “poder heterônomo” e cuja função é capacitar o sujeito a dar forma a relações jurídicas de terceiros, instituem o que se chama de “competência”. (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 122, 125)

191 O monopólio legal, ao contrário do natural, não decorre de circunstâncias fáticas ou de incapacidade técnica, tampouco deriva de uma jurídica ou antijurídica situação de controle total do mercado, podendo ser de duas espécies: (i) os que visam impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que são instrumento de ação do Estado na economia. Os do primeiro tipo decorrem da propriedade industrial – proteção de marcas, patentes, *know-how*, insígnias – o que confere a seu proprietário exclusividade em sua exploração. Os da segunda espécie caracterizam-se pelo fato de o Estado assumir o exercício exclusivo de determinada atividade econômica, sem admitir concorrentes. (MENDONÇA, 2014, p. 286)

192 Um monopólio é denominado “natural” quando o número de firmas que minimiza o custo total da indústria é 1 (um). Caso esse mercado não seja perfeitamente contestável, a teoria prevê uma perda líquida de excedente (peso morto) e, portanto, uma ineficiência alocativa derivada do exercício do poder de monopólio. Neste caso, portanto, as forças de mercado devem ser substituídas pela regulamentação econômica ou pela operação de empresas estatais. (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 119)

recido, devem-se assegurar condições para que essa competição, existindo, mantenha-se e observe padrões mínimos.

Tão importante quanto propiciar que exista um número razoável de agentes competentes dispostos a disputar, de forma simultânea e entre si, a conquista da renda do consumidor, em um dado mercado e lapso temporal, é garantir a manutenção dessa competição, que é autóctone, e sua lisura (*fair play*). Uma vez assegurada a existência de um ambiente em que competir seja possível, factível, aumentam as chances de que novos agentes competentes sintam-se atraídos por mercados ainda inexplorados por eles, mas já explorados por agentes que outrora tenham demonstrado sinais de ganhos econômicos, de lucros.

Nota-se, enfim, que assegurar a existência de um ambiente competitivo, onde seja possível competir, por todos que assim o desejarem, faz aumentar as chances de que os competidores pretéritos mantenham-se no mercado em que atuam e de que novos agentes nesse mercado disponham-se a entrar. Dessa forma, ambos o competidor e o consumidor poderão se beneficiar dessa disputa, dessa competição.

Embora os termos competição e concorrência¹⁹³ sejam utilizados recorrentemente como sinônimos, faz-se necessário realizar uma distinção conceitual, visto que concorrer significa mais do que simplesmente competir.

A competição é o estado imediatamente decorrente da disputa, algo autóctone, como já mencionado. A concorrência, por outro lado, é o estado decorrente da competição, uma situação que é alóctone, que é artificial porque dada pelo Estado ao exercer sua função de assegurar que os agentes competentes continuem a poder competir em igualdade de condições, mediadas pelo Direito. Concorrer é um ato que presume¹⁹⁴, assim, a existência de competição anterior.

193 Isabel Vaz observa que “a expressão portuguesa *concorrência*, do século XVI, o espanhol *competencia*, o italiano *concorrenza*, dos séculos XIV-XV, o alemão *Konkurrenz*, do século XVII, ligam-se ao participípio presente latino *concurrrens-entis*, ‘concorrente’ (do latim *concurrere*, ‘concorrer’), origem do francês *concurrent*, de 1120, donde o francês *concurrance*, de 1559. A literatura jurídica inglesa e a norte-americana adotam as palavras *competition*, *competition law*, *competition Act*, *competition Policy*, com significado semelhante ao de ‘concorrência’” (grifos do original). (VAZ, 1993, p. 21)

194 Nesse sentido se posiciona Isabel Vaz, que afirma: “a noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no

Nesse sentido, Michel Foucault, ao analisar o viés ordoliberal, afirma que a concorrência não é de modo algum um dado natural, mas um princípio de formalização: a concorrência como lógica econômica essencial só aparecerá e só produzirá seus efeitos sob certo número de condições cuidadosa e artificialmente preparadas (FOUCAULT, 2008, p. 163-164).

Competir, como outrora visto, significa disputar; concorrer, por sua vez, significa mais, significa disputar algo em condições de igualdade, de paridade de armas, conforme se espera que um Estado Democrático de Direito permita. Não fosse assim, poder-se-ia verificar o seguinte quadro: alguns agentes que compitam entre si, por exemplo, como únicos competidores existentes em um dado mercado, poderiam assistir ao crescimento de um dos agentes que, por seus próprios méritos, fosse mais eficiente do que os demais. Esse crescimento, que é legítimo, poderia, contudo, provocar uma alteração de comportamento do agente que tenha se destacado como o mais competente e fazê-lo, eventualmente, atuar de forma prejudicial aos interesses dos demais competidores (e, também, dos consumidores).

Daí a necessidade de se assegurar que os agentes que compitam possam, também, concorrer: continuar a competir, observadas regras de conduta mínimas, mesmo que as condições tenham se alterado. Sob essa perspectiva, a concorrência está ligada ao Direito e, mais, à justiça, como forma de impedir que o fiel da balança penda para um lado; como forma, em última análise, de evitar que os mais fracos sejam prejudicados.

Com efeito, o sistema jurídico deve voltar-se, sobretudo, à permissão da existência de (i) agentes competentes, para que se tornem (ii) competidores e afirme-se uma situação de (iii) competição, que deve, por sua vez, ser protegida para que a (iv) concorrência, palco em que atuarão os (v) concorrentes, beneficie o (vi) consumidor – e, evidentemente, também os próprios concorrentes, alimentando a instituição jurídica da concorrência.

Estruturalmente, tem-se um modelo interdependente, que se inicia pela possibilidade de atuação de agentes econômicos, aqui chamados

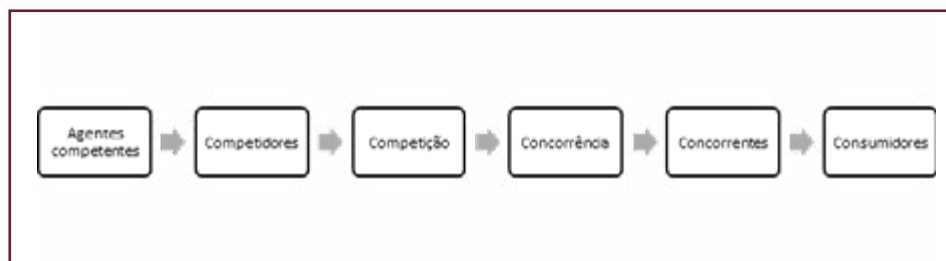
mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços". (VAZ, 1993, p. 27)

agentes competentes, pois detentores de alguma competência. Eles são considerados em uma situação de pluralidade necessária.

A partir de sua disposição inicial de disputa entre si, esses agentes passam a competir, tornando-se competidores, fato que ocasiona o nascimento da competição. Existindo competição, torna-se necessária a atuação de um agente externo, neutro, como o árbitro de uma luta (em geral, um ente estatal), que intermedia¹⁹⁵ a atuação dos competidores, o que faz sobrevir uma situação de concorrência, que é uma competição regulada, moderada, controlada, orientada (no caso brasileiro, para determinados fins, visto que a concorrência tem caráter instrumental).

Observa-se, assim, que a existência de “concorrência” é fato que interessa ao consumidor e, indissociavelmente, também, aos concorrentes, como se percebe pelo esquema seguinte, exposto na figura abaixo.

Figura 1: interações presentes na “dinâmica concorrencial”.



Os competidores iniciais tornam-se, portanto, mais do que meros competidores. Tornam-se concorrentes, sujeitos aptos a conquistar o “troféu” conferido ao ganhador da luta: a renda do consumidor, o preço que este se propõe a pagar pelo produto e/ou serviço oferecido pelos fornecedores/concorrentes.

A partir disso, percebe-se que a defesa do consumidor não se limita à relação jurídica de consumo, em que há, de um lado, o consumidor

195 Elisabeth Farina informa que “na presença de externalidades, bens públicos ou coletivos e de informação imperfeita as decisões orientadas pela racionalidade individual não são consistentes com a racionalidade coletiva. O equilíbrio não-cooperativo não é Pareto-ótimo e, portanto, pode-se obter vantagens a partir do comportamento cooperativo. Em tais casos, o comportamento racional dos participantes do mercado tem que estar subordinado a alguma forma de controle autoritário exercido pelo Estado ou por algum outro agente”. (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 151)

e, de outro, o fornecedor (plano vertical do mercado). Ela a ultrapassa e envolve, também, a relação jurídica concorrencial entre, de um lado, o fornecedor-consumidor e, de outro lado, o fornecedor-concorrente, cuja relação tem espaço no plano horizontal do mercado (BENJAMIN, 2011, p. 375), como observa Adalberto Pasqualotto (2009, p. 81):

é fato que a introdução da defesa do consumidor no contexto da ordem econômica não lhe assegura supremacia, mas ela passa a participar de um “jogo concertado” com os co-princípios do art. 170, interagindo no permanente processo de redefinição e reconstrução da chamada identidade constitucional. E já agora a proteção ao consumidor não se faz dispersamente, como à época do dirigismo estatal, mas sim de modo sistemático, em favor de um sujeito concreto, seja qual for a natureza da relação jurídica de que participe.

Essa interação existente entre concorrente-fornecedor-consumidor apresenta tendências diversas que são significativas e tornam a proteção concorrencial do consumidor uma construção complexa. Afinal, o direito fundamental que a defesa do consumidor expressa deve ser coerente com sua proposta em todos os níveis. Tanto no nível da relação jurídica de consumo, que se poderia considerar um nível imediato, que alguns chamam de “varejo”, como no nível da relação jurídica consumo-concorrencial, que se poderia considerar um nível mediato, que alguns chamam de “atacado”¹⁹⁶. Assim, a defesa do consumidor, tomada em uma acepção irrestrita é uma proposta que se plasma em formas diversas, em que a consideração da contradição de suas partes pode, eventualmente, desfazer a contradição do seu todo.

Pense-se, por exemplo, nos acordos entre agentes econômicos que envolvem insumos de importância considerável, ou, concretamente, nos acordos de exclusividade¹⁹⁷ que envolveram uma das bebidas mais con-

196 Nesse sentido, Paula Forgioni (2012, p. 246) e Lafayette Petter (2007, p. 73)

197 Um dos mais notórios julgamentos de conduta unilateral realizado pelo CADE ocorreu em julho de 2009, quando a fabricante de cervejas Ambev, líder do mercado brasileiro de cervejas, foi condenada ao pagamento de uma multa de quase R\$ 353 milhões. O programa de fidelidade denominado “Tô Contigo”, criado pela Ambev, oferecia descontos e bonificações aos pontos de venda em troca de exclusividade ou de redução na comercialização de produtos dos concorrentes. Os estabelecimentos comerciais poderiam optar por participar ou não do programa, mas

os que não aderissem, deixariam de receber descontos e brindes da Ambev. A conclusão do CADE foi a de que essa prática, ao ser adotada por uma empresa com quase 70% de participação no mercado brasileiro de cervejas, limitava o acesso de outros concorrentes aos locais de venda, dificultando a entrada e o desenvolvimento de outras cervejarias. Segue a ementa do prolatada no autos do Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10: “EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE FIDELIDADE TÔ CONTIGO. PROVAS CONCRETAS. INSPEÇÃO IN LOCO. PESQUISA DE CAMPO. PRÁTICAS DE EXCLUSIVIDADE NA VENDA DE CERVEJAS NO CANAL BAR E TRADICIONAL. SHARE AMBEV EXIGIDOS INFORMALMENTE. DESCONTOS SUBSTANCIAIS. INCAPACIDADE DE RIVAIS MAIS EFICIENTES DE COMPETIR. AUMENTO DAS BARREIRAS À ENTRADA. EFEITOS ECONÔMICOS POSSÍVEIS. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONDENAÇÃO DA REPRESENTADA. CESSAÇÃO DA PRÁTICA. PENALIDADE DE MULTA. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. I Processo Administrativo para apurar a ocorrência de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da fidelização de clientes por meio do Programa “Tô Contigo”. II Mercado relevante das práticas horizontais e a montante definido como o de cerveja no âmbito regional. A jusante, canais bar e tradicional, em âmbito local. Importações irrelevantes. Barreiras à entrada altas derivadas da marca e da distribuição. Rivalidade baseada em disponibilidade, imagem e preço relativo. III. Poder nos mercados regionais. Portfólio de marcas. Importância das políticas de distribuição e de comercialização. IV Processo Administrativo Regular. Assegurados o contraditório e a ampla defesa na instauração e ao longo da instrução. Inspeção realizada. Indeferidas preliminares de nulidade, de inadequação e desproporcionalidade da inspeção e de ilegalidade dos procedimentos adotados. Direitos fundamentais respeitados. Capacidade probatória dos arquivos eletrônicos e papéis copiados. Validade das demais provas produzidas. V Jurisprudência internacional europeia e americana. Descrição da prática. Programa de acúmulo de pontos e troca por prêmios equivalentes a descontos. Requisitos formais não exigem contrapartida. Requisitos informais: percepção dos pontos de venda (PDVs) de obrigação de exclusividade. Pesquisa IBOPE. VI Mecânica de execução. Programa embutia obrigações e contrapartidas disfarçadas aos PDVs, além da concessão de benefícios extras. Fiscalizações constantes por parte da AMBEV. Exclusão do programa por invasão de marcas concorrentes. Monitoramento das adesões nas regiões metropolitanas de grandes cidades brasileiras. VII Exigência não sistemática de exclusividade ou de share AMBEV mínimo de 90% (noventa por cento). Seleção criteriosa dos PDVs. Pouca transparência com relação às contrapartidas. VIII Argumentos econômicos. Mudança do padrão de competição e incapacidade de competir por lote. Não-linearidade. Necessidade de descontos por parte dos concorrentes muito superiores aos concedidos pela AMBEV. Ausência de eficiências possíveis. IX Programa “Tô Contigo” é anticoncorrencial. Configurada infração à ordem econômica. Condenação da Representada. Comprovada a possibilidade de produção dos efeitos do art. 20, I e V d a L e i 8.884/94. Conduta das empresas enquadradas no art. 21, inc. IV, V e VI, da Lei 8.884/94. X Multa base fixada em 1,5%, com fulcro no art. 27 da Lei de Regência. Agravantes de má-fé e vantagem esperada com a conduta em 0,5%. Imposição de multa à Representada equivalente a 2% do faturamento bruto. Fundamento no art. 23, I, da Lei 8.884/1994. XI Imediata cessação da prática sob pena de multa. Publicação em jornal do conteúdo da decisão. Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, rejeitar a proposta de termo de compromisso de cessação apresentada pela Representada e condenar a Representada, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, que fica fazendo parte integrante deste acórdão. Participaram do julgamento os Conselheiros do CADE Paulo Furquim de Azevedo, Fernando de Magalhães Furlan, Vinícius Marques de Carvalho, Olavo Zago Chinaglia e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Presentes o Procurador-Geral do CADE Interino, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo e o representante do Ministério Público Federal Substituto, Marcus da Penha Souza Lima. Ausente o representante do Ministério Público Federal, Antonio Augusto Brandão de Aras. Brasília – DF, 22 de julho de 2009, data do julgamento da 448ª Sessão Ordinária de Julgamento. PAULO FURQUIM DE AZEVEDO Presidente do Conselho Interino. FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN. Conselheiro Relator”. (BRASIL, CADE, APRECIACÃO PA 08012.003805/2004-10)

sumidas pelo brasileiro, a cerveja¹⁹⁸. Os danos ao consumidor foram um dos efeitos desses acordos, além dos danos à ordem econômica (leia-se à “concorrência”) e, evidentemente, aos concorrentes.

Esse é um aspecto importante se se quer, realmente, conferir eficácia à defesa do consumidor na esfera concorrencial, algo que é, como já visto, *conditio sine qua non* para a proteção integral, e não simplesmente retórica, do consumidor. Nesse sentido, Canotilho e Vital Moreira afirmam que:

numa economia de mercado, um dos principais instrumentos de defesa dos interesses econômicos dos consumidores são as instituições de defesa da concorrência, sancionando designadamente as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante. De facto, as principais vítimas da violação das regras da concorrência são os consumidores, através de preços mais altos, limitação da liberdade de escolha etc. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 782).

Portanto, percebe-se que há um interesse, para além do interesse do fornecedor-concorrente e do interesse da instituição concorrencial, que é o interesse do consumidor. E esse interesse, que pode ser afetado em um âmbito que não é o da relação estrita de consumo, deve ser juridicamente protegido.

3.4 O caráter instrumental da política concorrencial

O caráter instrumental da concorrência é uma espécie de consenso no Brasil¹⁹⁹ e na União Europeia (UE) (FORGIONI, 2012, p. 83), onde uma visão utilitária caracteriza o debate antitruste desde a adoção dos primeiros tratados fundacionais²⁰⁰, em que se considerou que a concorrência é um meio

198 No Brasil, a produção de refrigerantes destaca-se como o principal item do setor de bebidas, aparecendo em seguida a produção de cervejas. (CERVIERI JÚNIOR et al., 2014, p. 94)

199 Como observa Paula Forgioni (2012, p. 186): “o texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, **meio, instrumento** para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’”. (Grifo da autora).

200 Entretanto, a instrumentalização do Direito da concorrência não é imune a críticas. Há, por exemplo, na literatura, quem perceba a presença de uma colisão de objetivos na esfera da UE pela

para a obtenção de escopos que a transcendem. Essa natureza instrumental²⁰¹ da concorrência, na UE, reflete a dimensão social do então mercado comum²⁰² desde os primórdios²⁰³ da construção europeia (MÜLLER, 2014, p. 344-347) e se vincula especialmente aos objetivos (FORGIONI, 2012, p. 130) delimitados no art. 3º e 3º-A do Tratado da EU, também denominado “Tratado de Maastricht” (UNIÃO EUROPEIA, TRATADO DA UNIÃO...).

Inicialmente, nos EUA do fim do século XIX, a concorrência era vista exclusivamente como condição da existência de uma economia de mercado. Ela valeria por si e, simbolicamente, desenvolveu-se, nessa época, o modelo da ilegalidade *per se*²⁰⁴, podendo-se falar em uma aplicação linear da lei

expansão de metas talvez demasiadamente amplas, exemplificada pela disposição do art. 9º do TFUE ao estabelecer que, na definição e execução das suas políticas e ações, a União deve considerar exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana. (GUSKI, 2015, p. 519)

201 Há, na literatura, quem identifique características híbridas no modelo europeu. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p. 319-321)

202 Como observa Augusto Jaeger Junior (2008, p. 360-361), “a regulamentação da concorrência recebeu o indicativo de ser feita antes da conformação do mercado comum, justamente para permitir o seu alcance”.

203 É interessante recordar que a Declaração Schuman, proferida pelo ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, em 9 de maio de 1950, propunha a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) com vista a instituir um mercado comum do carvão e do aço entre os países fundadores. A CECA, cujos membros fundadores foram França, Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo, foi a primeira de uma série de instituições europeias supranacionais que deram origem à atual União Europeia. A respeito, Augusto Jaeger Junior observa que “a orientação econômica do processo de integração é decorrente dessa declaração”, que afirma “ao contrário de um cartel internacional que tende a repartir e a explorar os mercados nacionais com base em práticas restritivas e na manutenção de elevados lucros, a organização projectada assegurará a fusão dos mercados e a expansão da produção”. Ainda segundo o autor, “isso implicava a necessidade de controlar os comportamentos das empresas por meio de normas de concorrência e impedir o protecionismo estatal mediante a garantia da livre circulação dos fatores de produção. A declaração, reproduzida no Preâmbulo do Tratado da Comunidade Econômica Europeia para o Carvão e o Aço (TCECA), que viria a surgir em 1951, continha os valores e os princípios fundamentais de caráter político e econômico do processo de integração”. (JAEGER JUNIOR, 2010, p. 48-49; UNIÃO EUROPEIA, DECLARAÇÃO SCHUMAN..., 1950)

204 A doutrina concorrencial estadunidense, a partir dos precedentes da Suprema Corte daquele país, divide as condutas anticoncorrenciais entre aquelas que são ilícitas *per se* e as que somente serão objeto de sanção após um estudo com fulcro na regra da razão, com uma análise casuística dos potenciais efeitos anticompetitivos comparativamente às eficiências esperadas com a prática em questão. Philip Areeda esclarece que: “the Sherman Act prohibition against ‘every’ agreement in restraint of trade has been understood by the federal courts since the 1911 Standard Oil decision to forbid only ‘unreasonable restraints’. However, Standard Oil reconciled earlier categorical prohibitions with its own rule of reason by declaring some restraints ‘inherently unreasonable’ or, as later courts put it, ‘per se unlawful’”. (AREEDA, 1981)

antitruste, que proíbe²⁰⁵ os atos que restringissem o comércio (PFEIFFER, 2015, p. 224). Mais tarde, o modelo da concorrência-condição, também dito norte-americano, seria atenuado (CORDEIRO, 2005, p. 126) por interpretações baseadas na regra da razão (*rule of reason*)²⁰⁶, que passaram a considerar o contexto concorrencial e as repercussões, múltiplas, dos atos empresariais e da resposta estatal, de forma que as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável são consideradas ilegais²⁰⁷.

No sistema da concorrência-instrumento, a concorrência é vista como um meio para se chegar a algum objetivo outro que supere a mera asseguuração de concorrência. Esse objetivo, por sua vez, varia conforme o país ou a organização multilateral político-econômica (por exemplo, a representada pela UE²⁰⁸), conforme seus princípios, regras, valores e postulados juridicamente definidos.

205 Por exemplo, assim dispõe o § 1º do *Sherman Act*: **§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1** *Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.* (EUA, SHERMAN ACT)

206 Desenvolvida com o julgamento do caso *Standard Oil*, de 1910, que se tornou célebre. Em seu voto vencedor, o juiz White afirmou que as proibições estatuídas no *Sherman Act* deveriam ser interpretadas à luz da razoabilidade, princípio geral da *common law* que constituiria a medida da legalidade. Com isso, passou-se a entender que as práticas mercantis não poderiam ser taxadas de ilícitas *a priori*, mas, antes, deveriam ser analisadas casuisticamente. Com efeito, a jurisprudência, ao considerar a seção 1 do *Sherman Act*, que proíbe os acordos restritivos ao comércio, passou a exigir, para a condenação de acordos entre concorrentes, os requisitos de que os agentes econômicos detivessem poder de mercado e tivessem se engajado em práticas que não pudessem ser toleradas, dado o seu efeito ou intuito de proteger ou fortalecer uma posição de (quase) monopólio. Portanto, a jurisprudência dos EUA, desde há muito, percebe que, para considerar uma prática mercantil como incompatível com a legislação concorrencial, é necessária uma análise dos objetivos e do potencial anticompetitivo da prática investigada. (FINDLAW, U. S. SUPREME COURT., *STANDARD OIL CO. OF NEW JERSEY v. US*; FGV, 2008, p. 130)

207 Destaque-se que, em regra, o cartel é exemplo de infração que recebe tratamento sob a perspectiva da ilegalidade *per se*. (EUA, ANTITRUST..., 2010)

208 No que tange a esse tema, recorda-se que o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) ao julgar o processo C 501/06, *GlaxoSmithKline/Comissão*, em 6/10/2009, asseverou que “por outro lado, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo 81º CE visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços (v., por analogia, acórdão *T-Mobile Netherlands e o.*, já referido, n. 38 e 39)”. (CURIA, 2009)

Embora não se possam desprezar eventuais conflitos entre o aspecto organizacional e o aspecto intervencionista do Direito e da política concorrencial, já que o Estado garante a concorrência e simultaneamente a instrumentaliza para atingir seus objetivos de política econômica, esses eventuais conflitos (exceção) não podem impedir a adoção de normas e de políticas públicas em que a concorrência tenha papel funcional, em benefício da coletividade (regra), uma vez que, como todo fenômeno humano, mesmo a concorrência pode apresentar contradições, passíveis de correção (REICH, 1985, p. 41, 50). Com efeito, a função central do sistema econômico é garantir a interação dos agentes no mercado em igualdade de condições, proteger aquilo que Calixto Salomão Filho chama de “devi-do processo econômico”, que depende da concorrência como instrumento de diluição de poder (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 18).

No Brasil, segundo Isabel Vaz, para quem os princípios constitucionais aplicáveis à concorrência têm uma “vocalização desenvolvimentista” (VAZ, 1993, p. 307), a concorrência adquire a natureza de instrumento de realização de uma política econômica cujo escopo principal não é simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas, mas estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento (IDEM, p. 9-10).

Se a concorrência não é um fim em si mesmo²⁰⁹, mas um instrumento que, no caso brasileiro, permite a consecução dos objetivos fundamentais da República²¹⁰ e de uma ordem econômica²¹¹ que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social²¹², então ela representa uma instituição jurídica de importância ímpar para a implementação de diversos fins, *inter alia* a defesa do consumidor. Essa constatação não é, porém, uma novidade introduzida pela Constituição de 1988, pois, como lembra Amanda Flávio de Oliveira, o caráter instrumental do

209 O discurso do comissário europeu, em 1993, em que ele menciona esse aspecto, tornou-se icônico. (MIERT, 1993)

210 Art. 3º da CRFB/88.

211 Art. 170, *caput*, da CRFB/88.

212 Veja-se a carta encíclica do Papa Pio XI, *Quadragesimo anno*, em que se destacou o conceito de “justiça social”. (PIO XI, 1931)

Direito da Concorrência, no Brasil, presente desde as suas origens, sempre permitiu que a proteção do consumidor fosse compreendida como uma de suas finalidades (OLIVEIRA, 2007, p. 172).

Ainda, uma questão importante relacionada ao tema envolve os limites da capacidade de instrumentalização política da concorrência, pois, embora a concorrência apresente elementos de solidariedade imanentes (MÜLLER, 2014, p. 53) (sob a perspectiva do consumidor, os resultados do desempenho empresarial são transmitidos sob a forma de redução de preços, aumento da qualidade de produtos e serviços, aumento da diversidade de opções etc.) a política concorrencial deve, sobretudo, cumprir sua função essencial, a saber, a manutenção da livre concorrência, considerando permanentemente a defesa do consumidor, e não ser descaracterizada, o que fatalmente prejudicaria o consumidor.

3.4.1 Os objetivos do Direito da Concorrência e da Lei n. 12.529/2011

Já na década de 1950, Aaron Director e Edward Levi apontavam a existência de uma incerteza sobre o tema dominante das leis antitruste, se uma evolução das leis de comportamentos leais (*fair conduct*), ou se uma evolução das regras mínimas de proteção da concorrência ou de proibição de monopólio (DIRECTOR; LEVI, 1956, p. 282).

Sobre o problema da indefinição de objetivos que caracteriza as leis concorrenciais, algo fundamental se se considera que a política concorrencial é funcionalizável, Eleanor Fox (2003, p. 149) afirma que “*it is widely stated, in contemporary antitrust circles, that antitrust law protects consumers, not competitors*”²¹³, ainda que, para ela, “*antitrust laws protect competition*”²¹⁴, o mesmo viés adotado pela UNCTAD em sua lei modelo atual sobre concorrência, em que declara que “*the fundamental objective of competition law is to promote*

213 Em tradução livre: é amplamente afirmado, nos círculos de defesa da concorrência contemporâneos, que a lei antitruste protege os consumidores, e não os concorrentes.

214 Em tradução livre: leis antitruste protegem a concorrência.

and protect competition within markets. A number of more specific goals fall within that overarching objective"²¹⁵. (UNCTAD, 2015, p. 2)

Eugène Buttigieg refere que *"every competition law system has a number of objectives that it seeks to achieve, some of which may be particularly linked to the peculiarities of the economy of the country or region and others that might change with the passage of time or with changing political or scholarly ideologies"* (BUTTIGIEG, 2009, p. 1)²¹⁶. Conforme Katalin Cseres (2005, p. 309), ao se discutir os objetivos da política de defesa da concorrência, pode-se identificar três políticas principais e associá-las com uma ou duas escolas de pensamento realmente relevantes, sendo que *"one of the three mainstream policies is based on the idea that competition is a value in and of itself, another concept is based on pure economic efficiency arguments and a third policy stream accepts wider public interests as the goal of competition"*²¹⁷.

O relatório produzido em 2007 pela *Antitrust Modernization Commission*, nos EUA, aponta a prevalência do bem-estar do consumidor como objetivo, naquele país, do Direito da Concorrência, como se infere:

*in 1979 the Supreme Court once again chose to interpret the antitrust law to protect consumers, not small businesses, describing the Sherman Act as a "consumer welfare prescription." Other courts have adopted similar views. For the last few decades courts, agencies, and antitrust practitioners have recognized consumer welfare as the unifying goal of antitrust law. "Few people dispute that antitrust's core mission is protecting consumers' right to the low prices, innovation, and diverse production that competition promises"*²¹⁸. (EUA, REPORT..., 2007, p. 35)

215 Em tradução livre: o objetivo fundamental do Direito da Concorrência é promover e proteger a concorrência nos mercados. Uma série de objetivos mais específicos se inserem dentro desse objetivo abrangente.

216 Em tradução livre: todos os sistemas de Direito da Concorrência tem uma número de objetivos que pretende alcançar, alguns dos quais podem ser particularmente ligados às peculiaridades da economia do país ou região e outros que podem mudar com o passar do tempo ou com a mudança de ideologias políticas ou de escolas.

217 Em tradução livre: uma das três principais políticas baseia-se na ideia de que a concorrência é um valor em si mesmo, um outro conceito se baseia em argumentos de eficiência econômica puras e uma terceira política aceita interesses públicos mais amplos como o objetivo da concorrência.

218 Em tradução livre: em 1979, o Supremo Tribunal mais uma vez escolheu interpretar a lei antitruste para proteger os consumidores, não as pequenas empresas, descrevendo o Sherman Act como uma "receita de bem-estar do consumidor". Outros tribunais adotaram pontos de vista semelhantes. Durante as últimas décadas, tribunais, agências e profissionais de defesa da concor-

Do mesmo modo, Robert Bork afirma que “*the antitrust laws, as they now stand, have only one legitimate goal, and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics*”. Para ele, “*the only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare*”, embora assevere que “*clearly the law does employ other values, values that often conflict with consumer welfare, and occasionally, though not often, courts have been explicit about the fact*”²¹⁹ (BORK, 1993, p. 50-51).

Já Eleanor Fox opõe-se à definição de objetivos. Segundo a autora, há consenso no que tange à definição dos mercados, que se quer sejam robustos. Entretanto, no que tange ao Antitruste, há controvérsia. Para ela,

the question, then, is how to reach the objective of “robust markets” or, more precisely, how antitrust can be used to do so. The core debate is how to design and apply antitrust principles so that robust markets are likely to result or be preserved, not what are the goals of antitrust.

There is wide agreement on a second proposition: we do not want to, nor could we if we desired, engineer the results. The answer must lie in safeguarding an environment that creates the right incentives, the right mix of business freedom, and prohibitory rules and standards.

*At this point, consensus ends. Experts and stakeholders are divided. On what do they disagree? On perspective and on assumptions*²²⁰. (FOX, 2013, p. 2160)

rência têm reconhecido o bem-estar do consumidor como o objetivo unificador da lei antitruste. “Poucas pessoas contestam que a missão antitruste central é proteger o direito dos consumidores a preços baixos, inovação e produção diversificada que a concorrência promete”.

219 Em tradução livre: as leis antitruste, como hoje definidas, têm apenas um objetivo legítimo, e este objetivo pode ser derivado tão vigorosamente quanto qualquer teorema em economia. [...] o único objetivo legítimo da lei antitruste americana é a maximização do bem-estar do consumidor [...] claramente a lei emprega outros valores, valores que muitas vezes conflitam com o bem-estar dos consumidores e, ocasionalmente, embora não muitas vezes, os tribunais têm sido explícitos sobre o fato.

220 Em tradução livre: a questão, então, é a forma de alcançar o objetivo de “mercados robustos” ou, mais precisamente, como o Antitruste pode ser usado para fazê-lo. O debate central é como projetar e aplicar os princípios de defesa da concorrência para que resultem em ou preservem mercados robustos, não o que são os objetivos do Antitruste. Existe um amplo acordo sobre uma segunda proposição: nós não queremos, nem poderíamos, se desejado, engenhar os resultados. A resposta deve estar na salvaguarda de um ambiente que cria os incentivos adequados, a combinação certa de liberdade comercial e regras de proibição e padrões. Neste ponto, termina o consenso. Os peritos e as partes interessadas estão divididas. Em que eles discordam? Em perspectiva e em suposições.

Como se percebe, há um mal-estar envolvendo o Direito da Concorrência. Afinal, percebe-se que, por alguma razão, o legislador habitualmente é hesitante ao definir os elementos (subjetivos e objetivos) protegidos pela lei concorrencial (discussão dos chamados *Schutzziele* e *Zielkonflikte* [GUSKI, 2015, p. 518]) e os objetivos da política concorrencial. Essa característica denuncia a preferência por um discurso vago²²¹ e controverso, mas incapaz de esconder que o consumidor não é *terra incognita* para o Direito da Concorrência.

Assim, entre os objetivos da política concorrencial, citam-se: o bem-estar (excedente total), o bem-estar do consumidor (excedente do consumidor), a defesa de pequenas empresas, a promoção da integração de mercado, a liberdade econômica, o combate à inflação, a justiça e a equidade (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 18-26).

Segundo Erhard Kantzenbach, a concorrência tem cinco funções, a saber, (i) distribuição de renda, (ii) formação da oferta, (iii) direção da produção, (iv) elasticidade no processo de adaptação e, finalmente, (v) progresso técnico (pesquisa e inovação). Nesse contexto, destacam-se as “funções dinâmicas” (MÜLLER, 2014, p. 344, 347) da concorrência e que envolvem a elasticidade no processo de adaptação e o processo técnico. A concorrência vincula-se, assim, à política estatal de desenvolvimento (KANTZENBACH, 1967).

Nesse contexto, a ideia da concorrência como a melhor aliada do consumidor não é nova (HIPPEL, 1974, p. 16). Afinal, é praticamente intuitivo que a concorrência é um pressuposto²²² da defesa do consumidor.

Apesar de não haver uma definição jurídica de concorrência (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 173) e, simultaneamente, existirem diversos modelos econômicos, como visto, pode-se identificar seus benefícios no cotidiano

221 João Maurício Adeodato (2014, p. 110) anota que a análise do discurso procura detectar estratégias falaciosas empregadas pelo autor escolhido (o que inclui, naturalmente, o legislador). Entre as estratégias está a da vagueza. Para o autor, “quanto mais preciso o discurso, menos acordo ele atrairá. A *contrario sensu*, quanto menos diga efetivamente, mais acordo. Quando esses termos vagos trazem uma conotação positiva no âmbito da retórica estratégica, mais eficazes ainda. Quem poderia ir contra frases como ‘uma efetiva distribuição de justiça’, ou ‘uma posição ponderada, responsável e sem fanatismos’. Isso não quer dizer nada, mas o orador atrai simpatia para o que vai defender efetivamente [...]”

222 Nesse sentido, Daniel Glória (2003, p. 93), para quem “a proteção do consumidor é o princípio básico do direito da concorrência, pois se não houver concorrência não há uma efetiva defesa do consumidor”.

(uma alegoria possível equipararia a livre concorrência à democracia e o abuso de posição dominante à tirania). Da mesma forma, eventuais danos à concorrência são com frequência percebidos na medida em que trazem disfunções ao processo de descoberta (HAYEK, 1985, p. 72) que caracteriza a concorrência.

É certo, assim, que a ausência de concorrência (em situações de monopólio natural ou legal), ou a sua limitação (por infrações da ordem econômica), é passível de reconhecimento e terá efeitos sobre o consumidor, podendo, mesmo, comprometer seu bem-estar. Não por acaso, considera-se que o consumidor é o destinatário econômico final das normas concorrenciais (FORGIONI, 2012, p. 246), sendo seu bem-estar uma espécie de *Leitmotiv* perseguido pelas autoridades antitruste. O legislador francês, por exemplo, ilustrou bem essa característica ao intitular a lei concorrencial como “*loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*”²²³ (FRANÇA, 2008).

No Japão, por exemplo, considera-se que a lei antimonopólio é meio para a defesa dos interesses de consumidores e de associações de consumidores, como se verifica:

*für Japan ist es typisch, dass Verbraucher und Verbrauchergruppen großes Interesse für das Antimonopolgesetz als Mittel zur Verteidigung ihrer Rechte hegen. Dieses Bewusstsein der Verbraucher und Verbrauchergruppen bildet sicherlich eine wichtige Stütze bei der Entwicklung des Antimonopolgesetzes*²²⁴. (AKIRA, p. 18)

Contudo, essa perspectiva, com a qual se concorda, deve ser considerada *cum grano salis*, visto que uma interpretação do Antitruste baseada tão somente no interesse, no bem-estar do consumidor poderia até mesmo prejudicá-lo. Um exemplo recorrente disso diz respeito à prática de preços predatórios, prevista no art. 36, XV, da Lei n. 12.529/2011, uma prática anticoncorrencial que, inicialmente, poderia beneficiar o consumidor, mas

223 Em tradução livre: lei para o desenvolvimento da concorrência a serviço dos consumidores.

224 Em tradução livre: no Japão é usual que os consumidores e grupos de consumidores apresentem grande interesse na lei antimonopólio como um meio para defender os seus direitos. Esta tomada de consciência dos consumidores e grupos de consumidores certamente constitui um pilar importante no desenvolvimento da Lei antimonopólio.

que, a longo prazo, o prejudica em aspectos multifatoriais, o que sugere a necessidade de uma reflexão cuidadosa sobre o tema. Não por acaso, *“the law has long recognized that there is an inherent tension between the immediate interests of consumers and the incentives that motivate producers. Consumers desire a low price while producers seek high profits”* (BUTTIGIEG, 2009, p. 161)²²⁵.

É que determinadas condutas podem apresentar efeitos transitória-mente benéficos ao consumidor e, em momento posterior, mostrarem-se prejudiciais, o mesmo sendo possível inversamente – o que problematiza a questão do *modus operandi* da proteção do consumidor e a eventual possibilidade de proposição de demandas para a defesa de direitos concorren-ciais. Assim, não parece adequada, ou no mínimo demasiadamente redu-cionista, a assertiva de Robert Bork, para quem *“the only goal that should guide interpretation of the antitrust laws is the welfare of consumers”* (BORK, 1993, p. 405).

Então, considerando que há uma miríade de interesses passíveis de serem protegidos pela lei concorrencial (interesse nacional, interesse pú-blico, interesse do mercado, interesse do consumidor etc.) (FORGIONI, 2012, p. 238, 241), percebe-se que eles dificilmente podem ser conside-rados de forma equivalente, o que provoca grande insegurança jurídica. A respeito, Paula Forgioni refere uma decisão estadunidense antiga²²⁶, mas interessante. Nela, definiu-se que “praticar preços baixos para eliminar concorrentes é legal porque tais preços beneficiam o consumidor” (IDEM, p. 239). Ora, a lesão potencial ao consumidor resultante da prática de pre-ço predatório²²⁷ é intuitiva, mesmo sendo evidente que, em um primeiro instante, o consumidor será beneficiado pela redução do preço do pro-duto ou do serviço. Contudo, nenhum produto ou serviço é comerciali-

225 Em tradução livre: a lei reconheceu há muito tempo que há uma tensão inerente entre os inter-esses imediatos dos consumidores e os incentivos que motivam produtores. Os consumidores desejam um preço baixo, enquanto produtores procuram altos lucros.

226 Que, todavia, não se conseguiu localizar. Pelo seu didatismo, optou-se por mantê-la neste traba-lho. Ela foi citada em Forgioni (2012, p. 239).

227 Segundo o item 34 do Guia para Análise Econômica de Preços Predatórios da SEAE, uma definição excessivamente inclusiva do que seria uma “venda abaixo do custo” poderia ter conseqüências danosas ao bem estar do consumidor, pois haveria a possibilidade de confundir-se uma prática predatória com uma competição vigorosa, inibindo-se ou constringendo esta última. Por exemplo, não raro se confunde “preços abaixo do custo” com “preços abaixo dos preços de mercado”, o que é evidentemente impróprio, dado que um entrante mais eficiente poderia facilmente realizar vendas a preços inferiores aos anteriormente praticados em um dado mercado. (BRASIL, MF, SEAE, 2002)

zado senão para obter lucro, de forma que a prática de preço predatório explica-se à medida que pretende prejudicar os concorrentes, em um primeiro momento, e o consumidor, em um segundo momento – para além de prejudicar a própria concorrência.

Desse modo, expõe-se a insegurança jurídica que a incerteza sobre os interesses protegidos pela lei concorrencial representa. Seguramente, no caso há pouco examinado, tivesse a concorrência sido o interesse predominante, o resultado da decisão teria sido outro, resguardando, então, os interesses da própria concorrência, dos concorrentes e do consumidor.

Quanto à Lei n. 12.529/2011, percebe-se que ela é omissa quanto aos seus objetivos, havendo algumas “pistas” sobre a sua finalidade no art. 1º, *caput*, que refere:

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

Todavia, impende referir que, considerando a disposição do art. 173, § 4º, da CRFB/88, ela se trata de uma lei de repressão ao abuso do poder econômico²²⁸, e não de uma lei de proteção da livre concorrência (caso do *Sherman Act*, por exemplo) (FORGIONI, 2012, p. 240). Decorre daí o fato de que, no Brasil, se privilegia sobretudo a repressão ao abuso do poder econômico, o que implica dizer que, inobstante não sejam prejudiciais à livre concorrência, algumas condutas são vedadas pela lei. Como exemplo, cita-se a proibição relacionada ao aumento arbitrário de lucros (art.

228 O fenômeno do poder econômico, no Brasil, remonta à própria constituição do Estado, tendo em vista as raízes coloniais do País, que assumiu em um primeiro momento a forma de um monopólio econômico dominado por Portugal. Enquanto colônia de uma metrópole distante, o País apresentava uma estrutura burocrática diluída e que objetivava primordialmente proteger a estrutura econômica, que surgiu antes mesmo da formação do Estado. Ainda depois disso, a concentração econômica se reproduz do mesmo modo: concentração regional da atividade econômica, concentração industrial em setores determinados, concentração fundiária etc. E, mais importante do que a formatação econômico-estatal, essa situação teve consequências sociais profundas, levando à criação de padrões de desigualdade que acompanharam o desenvolvimento dos ciclos, que, do ponto de vista social, poderiam ser chamados de ciclos de drenagem. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 27-30)

36, III, da Lei n. 12.529/2011), hipótese que, embora para a Economia seja aceitável (porque fator inegável de estímulo à competição), para o Direito não o é na medida em que contém a ideia de abuso, perfazendo um ato antijurídico, contrário à boa-fé.

3.4.2 O bem-estar do consumidor

A Economia, ao dedicar-se à concorrência, baseia-se sobretudo na ideia de bem-estar do consumidor. Os teóricos ordoliberalistas e neoclássicos também não discordam quanto a esse ponto, embora demonstrem divergências no que tange ao significado de “bem-estar” do consumidor, que significa, em resumo, liberdade de escolha, para os ordoliberais, e eficiência econômica, para os neoclássicos (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105).

Bem-estar econômico é o conceito-padrão usado em Economia para medir a qualidade do desempenho de uma indústria. Trata-se de uma medida que agrega o bem-estar (ou excedente) de diferentes grupos na economia. Em cada indústria, o bem-estar é fornecido pelo excedente total, que é a soma do excedente do consumidor e o excedente do produtor. O excedente de determinado consumidor é verificado pela diferença entre a valoração do consumidor para o produto ou serviço considerado (ou sua disposição de pagar por ele) e o preço que ele efetivamente tem de pagar. Excedente do consumidor (ou bem-estar do consumidor) é a medida agregada do excedente de todos os consumidores. O excedente de um produtor individual é o lucro que ele perfaz ao comercializar o produto ou serviço. O excedente do produtor é, por conseguinte, a soma de todos os lucros realizados pelos produtores da indústria (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 18).

Entretanto, é importante referir que o conceito de bem-estar negligencia a questão da distribuição da renda entre consumidores e produtores. Além disso, o conceito de bem-estar deveria não só ser interpretado de forma estática, mas também em seu componente dinâmico: o bem-estar futuro importa, assim como o bem-estar corrente (IDEM, p. 18-19).

Para Calixto Salomão Filho é preciso reconhecer que o Direito Antitruste não pode continuar a ser visto como um “Direito unidimensional”, direcionado a um consumidor unidimensional, cujo único interesse

é sempre mensurável em termos econômicos (pelo preço de produtos e serviços, por exemplo). O interesse do consumidor é muito mais complexo e sua definição deve ser, portanto, mais sofisticada. O cidadão tem, por exemplo, necessidades essenciais, como saúde e educação, que dificilmente podem ser mensuradas em termos exclusivamente econômicos (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 3). Assim também Peter Behrens, para quem

*the theory underlying competition policy (and law) must neither be overcomplex nor undercomplex. The “Chicago School’s” price or efficiency concept proves to be undercomplex, because it is unable to adequately reflect the non-price dimensions of consumer preferences*²²⁹. (BEHRENS, 2014, p. 33)

Nessa senda, Eugène Buttigieg propõe a ideia de *consumer well-being* em substituição à ideia de *consumer welfare* (BUTTIGIEG, 2009, p. 1-2): enquanto esta compreende o bem-estar econômico, apresentando-se como resultado de dispêndios menores, pelo consumidor, decorrentes de preços menores, o termo *well-being*²³⁰ se refere ao bem-estar em sentido lato, envolvendo a ideia de qualidade de vida, o que inclui um novo paradigma de consumo, em que produtos e serviços tenham atributos que superem o fator “preço” (que não deve, porém, ser desconsiderado), como qualidade, variedade, sustentabilidade, responsabilidade social e afins. Esses fatores, para além do preço, falam, igualmente, de bem-estar, sob a ótica do consumidor, e correspondem a eficiências, ainda que menos convencionais, que dependem das preferências dinâmicas²³¹ dos consumidores

229 Em tradução livre: a teoria subjacente à política concorrencial (e ao Direito) não deve ser demasiadamente complexa, nem pouco complexa. O conceito de preço ou de eficiência da Escola de Chicago prova ser pouco complexo, porque é incapaz de refletir adequadamente as dimensões não-preço de preferências dos consumidores.

230 Embora se esteja ciente dos problemas envolvendo a definição de *well-being* e do Paradoxo de Easterlin, que sugere que não há um *link* entre o desenvolvimento econômico de uma sociedade e seu nível médio de felicidade. (STEVENSON; WOLFERS, 2008)

231 Em artigo recente, Vanessa Friedman fala, por exemplo, da questão da fadiga do produto, pela exposição midiática excessiva, que está transformando a indústria da moda. Segundo a autora, “*interviews with dozens of retailers, editors, designers and private individuals over the last few weeks suggest that women are experiencing product fatigue. After being inundated by images and live streams from runway shows, from awards shows where the items are worn mere days after they appear on the runway, and from ad campaigns (and the making of ad campaigns), by the time these customers see the clothes in stores, the dresses and skirts and suits seem tediously familiar. Old. Over*”. Em tradução livre: entrevistas com dezenas de comerciantes, editores, designers e particulares ao longo dos últimas semanas sugerem que as mulheres estão experimen-

no que tange a *non-price criteria such as quality, speed of delivery, after sales service, new or better products etc.*²³² (BEHRENS, 2014, p. 28)

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL, MF, SEAE/SDE, 2001), que ainda é utilizado pelo CADE, apesar de publicado em 2001, informa que a defesa da concorrência “é meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade”. E, em uma economia eficiente, “os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico” (IDEM, p. 3).

Segundo Massimo Motta e Lucia Helena Salgado (2015, p. 19), é difícil dizer se as autoridades e tribunais favorecem na prática um objetivo de bem-estar do consumidor ou bem-estar total. No plano europeu, o tema do bem-estar do consumidor apresenta um papel de destaque, como atesta o item 3 do art. 101 do TFUE e reforçam diversas previsões estampadas no documento que oferece orientações (UNIÃO EUROPEIA, ORIENTAÇÕES..., 2004b) à aplicação do referido dispositivo. Assim, na UE, permite-se qualquer acordo, decisão ou prática concertada que contribua para a melhoria da produção ou distribuição de bens ou para a promoção do progresso técnico e econômico, desde que permita a repartição justa dos benefícios resultantes com os consumidores (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 19-20).

No Brasil, a autorização de determinados atos de concentração econômica que tenham efeitos anticoncorrenciais, conforme estabelece o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, requer o repasse de parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração ao consumidor, de forma que se aponta que tanto a provisão da UE quanto a brasileira indicam que o bem-estar do consumidor figura entre os objetivos últimos do Direito da Concorrência (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 20). O mesmo ocorre nos

tando fadiga do produto. Depois da inundação por imagens e transmissões ao vivo de desfiles, de prêmios onde os itens são usados poucos dias depois que eles aparecem na passarela, e de campanhas de publicidade (e a realização de campanhas publicitárias), no momento em que esses clientes vêem as roupas nas lojas, os vestidos e saias e ternos parecem tediosamente familiares. Velhos. Ultrapassados. (FRIEDMAN, 2016, p. D1)

232 Em tradução livre: critérios que não o preço, como qualidade, velocidade de entrega, serviço pós-venda, produtos novos ou melhores etc.

EUA, pelo menos no que tange às fusões. Já no Canadá, Austrália e Nova Zelândia, as autoridades concorrenciais inclinam-se em direção ao padrão de bem-estar total (IDEM).

Desse modo, discute-se qual dos dois modelos de bem-estar (o do consumidor ou o do produtor) deve ser o objetivo apropriado da política concorrenciais. Massimo Motta e Lucia Helena Salgado argumentam que não seria sensato que as autoridades concorrenciais adotassem um objetivo de bem-estar do consumidor estrito por diversas razões, entre as quais se destaca o fato de que, se houvesse o objetivo de maximizar o excedente do consumidor, os preços se elevariam ao nível do custo marginal e as empresas deixariam o mercado no longo prazo ou teriam de ser subsidiadas para poderem cobrir seus custos fixos. Além disso, preços e lucros mais baixos retirariam das empresas os incentivos necessários para inovar, investir e oferecer novos produtos e serviços. Conseqüentemente, deve-se considerar o objetivo de maximizar o bem-estar do consumidor ao longo do tempo (em termos dinâmicos); caso contrário, ajudar os consumidores hoje significará prejudicá-los amanhã (IDEM, p. 22).

3.5 A concorrência como instituição jurídica garante da proteção da dignidade da pessoa humana

A globalização e o comércio internacional decorrentes do desenvolvimento cultural, social e econômico da humanidade, na medida em que têm como desdobramento a concentração do capital, suscitam preocupações (JAYME, 1995, p. 19) diversas. Estruturas econômicas concentradas se vinculam à concentração de renda, antítese do que se entende por desenvolvimento, mas uma das características da globalização, marcada pelo fato de que os Estados já não são os centros de poder e de proteção da pessoa humana (IDEM, p. 20).

Ainda assim, o Estado é funcional (HASSEMER, 2007, p. 193) e assim também o é a concorrência, meio (CARPENA, 2005, p. 259) para a implementação da defesa do consumidor e garante da concretização do super-princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como visto, o consumo tornou-se uma das principais marcas da sociedade contemporânea, exer-

cendo um papel proeminente no cotidiano da maioria das pessoas. Então, na medida em que a concorrência é uma instituição jurídica que propicia a defesa do consumidor e permite a realização do direito à escolha e o próprio consumo, verifica-se sua ligação com a dignidade da pessoa humana, de quem é garante.

A implementação da defesa do consumidor está sujeita à existência de uma livre concorrência, pois a própria defesa do consumidor seria parcial ou incompleta se se deixar de lado a defesa da concorrência (ITURRASPE, 2003, p. 217). Afinal, como pondera Erik Jayme (1995, p. 147), «*le droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère économique; ainsi chaque personne doit elle avoir le droit d'utiliser ses capacités pour atteindre le bien-être matériel*»²³³.

Considerando que a defesa do consumidor se trata da defesa da pessoa humana em uma situação de vulnerabilidade, qual seja, uma situação particular em que ela é consumidora, e que a concorrência assume um papel importante como instituição jurídica que permite a implementação da defesa do consumidor em sentido *lato*, pode-se afirmar que ela garante a perfectibilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a livre concorrência é um princípio em diálogo constante com o princípio da defesa do consumidor e que pode, a seu modo, auxiliar na retomada do sentido de “dignidade da pessoa humana” que o *status* de vulnerabilidade próprio do consumidor é passível de comprometer e que o Direito do Consumidor pretende, com entusiasmo, assegurar.

Portanto, deve-se abordar a defesa da concorrência em um contexto – como aponta José Ortega y Gasset, “quão pouco seria uma coisa se fosse só o que é no seu isolamento” (ORTEGA Y GASSET, 1967, p. 96) –, que inclui sobretudo os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor e que pressupõe que a concorrência não pode ser restringida pela atuação antijurídica de agentes econômicos.

Além disso, o princípio da livre concorrência não pode ser entendido como um fim em si mesmo, pois é parte de uma ordem econômica que,

233 Em livre tradução: o direito à plena expressão da personalidade também inclui a esfera econômica, de modo que cada indivíduo deve ter o direito de usar suas habilidades para alcançar o bem-estar material.

fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetiva assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Em suma, verifica-se que a livre concorrência é um princípio indutor da proteção da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso, com base na teoria penal, pode-se pensá-la como garante da proteção da dignidade da pessoa humana. O garante responsabiliza-se por alguém ou algo. É uma espécie de fiador. A concorrência, nesse sentido, torna-se uma instituição que, mais do que propiciar, “garante” a proteção da dignidade humana por meio da defesa do consumidor. Afinal, segundo Friedrich von Hayek, “dividir ou descentralizar o poder é, forçosamente, reduzir a soma absoluta de poder, e o sistema de competição é o único capaz de reduzir ao mínimo, pela descentralização, o poder exercido pelo homem sobre o homem” (HAYEK, 1977, p. 137). Não há, pois, como negar que a concorrência exerce uma função importante (embora muitas vezes negligenciada) na sociedade de consumo que caracteriza o Pós-modernismo contemporâneo.

Além disso, não se pode isolar a proteção do consumidor de outras políticas públicas, por exemplo. O consumidor não é uma ilha e requer uma proteção que considere as particularidades que carrega consigo. Se a lógica do subsistema consumerista é uma lógica da proteção do sujeito porque vulnerável, a atuação desse sujeito, como consumidor, em quaisquer dimensões (o que inclui a perspectiva concorrencial) deve preservar essa característica, que pretende resguardá-lo de atitudes que possam eventualmente prejudicá-lo e restituir o *status* que ele, talvez, jamais tenha tido. Trata-se de uma política de empoderamento do sujeito com vista à manutenção da igualdade. Essa lógica, portanto, por força do postulado da coerência, deve estar presente, igualmente, no subsistema concorrencial.

Por fim, pode-se afirmar que, enquanto a lógica do CDC envolve recuperar a igualdade que a relação jurídica de consumo demonstra inexistir, considerando a vulnerabilidade do consumidor, a lógica da lei concorrencial envolve a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, como prevê o art. 173, § 4º, da CRFB/88, pela execução de controles que previnam e reprimam as infrações da ordem econômica. Essas lógicas não se excluem, porém. A repressão ao abuso do poder econômico, a manutenção de uma concorrência livre, a asseguuração da livre iniciativa

são propósitos imbricados, cuja finalidade é a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. O diálogo entre essas leis, considerando as disposições constitucionais, para que se mantenha a coerência (BOBBIO, 1997, p. 71 e ss.) sistêmica, é permeado por um fio de Ariadne, que é a proteção da dignidade da pessoa humana e suas manifestações diversas, o que inclui o sujeito como consumidor.

3.5.1 O diálogo entre os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor

Partindo-se da obra de Robert Alexy, que reúne regras e princípios sob o conceito de norma²³⁴, pode-se afirmar que uma norma assume a forma de uma regra ou de um princípio e que tanto regras quanto princípios são formulados com apoio em expressões fundamentais deonticas, que se manifestam em comandos, permissões e proibições. Entre os critérios mais utilizados para distinguir regras de princípios está o critério da generalidade, pelo qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2015, p. 87).

Ainda segundo Alexy (2015, p. 90-91), há algo decisivo na distinção entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; eles são, portanto, mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*) caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de sua satisfação estar atrelada às possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Elas contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Assim, princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos que lhes são necessários (ÁVILA, 2014a, p. 87). São, assim, primordialmente, finalísticos. Nesse sentido, Ronald Dworkin afirma que

234 Há, também, os postulados, como já se verificou na introdução deste trabalho.

princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça (ou de equidade) ou de alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2010, p. 36).

No caso eventual de uma contradição entre princípios, cada princípio tem de ceder perante o outro, de modo que sejam aplicados em “termos ótimos” consideradas as características do caso concreto e a importância do bem jurídico discutido, o que requer uma ponderação de bens (LARENZ, 1997, p. 676). O conflito entre princípios é, pois, contingente e não implica declaração de invalidade de um deles, mas apenas o estabelecimento de uma regra de prevalência diante de determinadas circunstâncias verificáveis somente no plano da eficácia das normas. Os princípios, porque instituem mandamentos superáveis no confronto com outros princípios, permitem o sopesamento, ao passo que as regras, porque estabelecem deveres pretensamente definitivos, eliminam ou diminuem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador (ÁVILA, 2014a, p. 112).

Segundo observa Karl Larenz (1997, p. 676), se os princípios e subprincípios devem formar os alicerces de um sistema, então este sistema não pode formatar-se como um sistema dedutivo, em que se passa de um enunciado mais geral para um mais particular, acrescentando um novo predicado. É decisivo que o pensamento não ocorra linearmente, somente em um sentido, mas em sentido duplo: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio. Assim, a formação do “sistema interno” dá-se por meio de um processo de “esclarecimento recíproco”, que o autor identifica como estrutura hermenêutica fundamental do “processo do compreender”.

Os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 da CRFB/88, por sua diversidade intrínseca, podem ser considerados *a priori* conflitantes. Embora não se fale em hierarquia ou *status* diferenciado, a literatura aponta que um princípio pode ter de capitular diante de outro (DWORKIN, 2010, p. 144). Assim, eventual hipótese de conflito envolvendo os princípios, inclusive os princípios da ordem econômica, que têm considerável diversidade entre si, é solucionável pelo recurso ao sopesamento, de forma que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2015, p. 93), e à proporcionalidade, conceito

que se vincula ao princípio da razoabilidade, o que impõe a verificação da (i) adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, da (ii) necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados e da (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos (BARROSO, 2003, p. 229).

Assim, na colisão entre princípios, no caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os mesmos através do método da ponderação, pois os princípios têm pesos diferentes e os princípios com o maior peso têm precedência (ALEXY, 2015, p. 94). Ou seja, o princípio da defesa do consumidor prevalece sobre o princípio da livre concorrência, que, entretanto, não é inteiramente suprimido, mas será exercido dentro de um quadro de limites dado pelo princípio prevalente. A essa conclusão também se chega ao se utilizarem alguns parâmetros gerais para a ponderação, entre os quais se destaca a preferência das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 526), pois, conforme Ronald Dworkin (2010, p. XV), “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”. Nesse sentido, afirma-se que a norma da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo regra e princípio, prevalece contra os princípios colidentes (ALEXY, 2015, p. 111).

Com efeito, a “força relativa de cada um” desses princípios, como propõe Dworkin (2010, p. 42), aponta para a primazia do princípio da defesa do consumidor em eventual conflito com os demais, em determinado caso concreto, dada, também, a sua relação de derivação da e de contribuição para a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, colaciona-se a seguir ementa de acórdão da lavra do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), como se infere:

ADMINISTRATIVO. COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS. ANP. RESOLUÇÃO N. 07/2007. LEGALIDADE. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. VEDAÇÃO À PROPAGANDA ENGANOSA. INTERESSE

PÚBLICO. 1. A proibição propagada pelo art. 16-A da Portaria ANP n. 29/99, incluído pela Resolução ANP n. 7/2007, apresenta respaldo legal, pois visa regular direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ. 2. A Resolução n. 7/2007, da ANP, não veda a comercialização por completo do combustível, mas, apenas, restringe a venda do produto com revendedor que optou por ostentar a marca comercial de outro distribuidor. Assim, pode a distribuidora continuar comercializando com os postos que exibem a sua bandeira ou com os postos de “bandeira branca”. 3. Referida vedação não representa afronta ao direito à livre concorrência e ao livre exercício da atividade econômica, uma vez que as exigências da ANP visam resguardar o interesse público, o qual se sobrepõe ao interesse privado, no presente caso. (ADI 1980/PR, rel. Min. Cezar Peluso, 16.4.2009. 4. A proteção ao consumidor é direito assegurado constitucionalmente, conforme art. 170, inciso V. Por conseguinte, com o intuito de efetivá-lo, é possível a restrição à livre concorrência e ao livre exercício da atividade econômica. 5. Apelação improvida. (BRASIL, TRF4, AC 2007.70.04.000752-0)

Nesse sentido, Heloisa Carpena (2005, p. 259) demonstra que a atividade econômica privada somente merecerá proteção constitucional quando garantidora da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é necessário considerar o consumidor em primeiro lugar, como portador de interesse prioritário, já que a proteção da concorrência constitui instrumento que, fundado no princípio da igualdade, visa preservar o equilíbrio de forças no mercado, a transparência das informações que nele circulam e, em última análise, garantir opções para que o consumidor possa exercer seu direito básico à escolha.

Ademais, a defesa do consumidor é um princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade do agente econômico, evidenciando o problema da desigualdade intrínseca que marca os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor. Há, portanto, uma presunção de desigualdade que justifica a necessidade de proteção especial desse sujeito, em conformidade com o superprincípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III, da CRFB/88 (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151).

Na jurisprudência brasileira, encontra-se precedente interessante, demonstrado pela ementa do acórdão exarado nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 351.750, relatado pelo Ministro Ayres Britto, em que

se asseverou que “o princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica” e que “afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor”, *litteris*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (BRASIL, STF, RE 351.750/RJ)

Finalmente, é necessário considerar que os princípios apresentados no art. 170 da CRFB/88 e todas as regras²³⁵ que a partir deles se desenvolvem estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da CRFB/88, quais sejam, (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária, (ii) garantir o desenvolvimento nacional²³⁶ – sem esquecer que, para superar o subdesenvolvimento, um fenômeno de dominação (FURTADO, 1983, p. 187), é necessário romper estruturas as mais variadas – (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) pro-

235 A regra seria um princípio em si mesmo considerado, e a lei seria a sua forma, ou o que o contém. Então, a lei seria o continente, enquanto a regra e o princípio seriam o conteúdo da lei. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 317)

236 Essa disposição pressupõe o reconhecimento de que o País é, ainda, subdesenvolvido – fato que a desigualdade social que lhe é inerente infelizmente ainda demonstra. O desenvolvimento que se objetiva alcançar não é, porém, qualquer desenvolvimento, mas um desenvolvimento sobretudo inclusivo e sustentável, o que pressupõe “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Conforme palestra do Professor Doutor Gilberto Bercovici realizada no Salão nobre da Faculdade de Direito, em 9/2/2015, por ocasião do curso de verão em Direito Econômico realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

mover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Analisado o diálogo entre os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, passa-se a verificar o diálogo entre as leis que os materializam, o que é importante para a compreensão da simbiose entre o Direito da Concorrência e do Consumidor em um quadro sistemático.

3.5.2 O diálogo entre as Leis n. 8.078/1990 e 12.529/2011

Em um sistema jurídico em cujo centro está a dignidade da pessoa humana, a lógica sistêmica volta-se, sobretudo, à proteção da dignidade humana, de forma que o trabalho do jurista concentra-se no sujeito.

Entretanto, o sujeito de direitos contemporâneo guarda características que se alteram facilmente. Ele é um sujeito dinâmico que se expressa em posições diversas: ora consumidor, ora fornecedor, ora casado, ora divorciado, ora empregado, ora empregador. Apesar de único, um indivíduo, o sujeito é plural, assim como a tessitura móvel e sistêmica da existência humana, que é feita de conflitos, de tensões e de interações (MORÃO).

Nada mais natural, portanto, que os microsistemas legislativos reflitam essa característica e que o jurista considere a integração que baseia a própria noção de sistema jurídico. A partir dessa constatação é inevitável não se recorrer à técnica do diálogo das fontes (*der Dialog der Quellen*), que, apesar de pensada, em um primeiro momento, para ser aplicada ao Direito Internacional Privado, é utilizável em diversos ramos²³⁷ do Direito, sobretudo em uma Teoria Geral do Direito. Esse é, aliás, o caminho escolhido pela Lei de Defesa do Consumidor argentina, Lei n. 24.240/1993, que assim dispõe:

ARTICULO 3º – *Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia.*
Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.
Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a

237 Considerando-se que os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. (BARROSO, 2015, p. 329-330).

las relaciones de consumo, en particular la Ley N. 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N. 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica²³⁸. (ARGENTINA, 1993/2008)

Nesse contexto, aresto interessante da lavra do STJ, de 2010, exarado quando do julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 938.607/SP, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, apontou a necessidade de utilização do diálogo das fontes na aplicação das leis concorrencial e consumerista, pois, “além de aplicável no contexto das normas ou microsistemas envolvidos, deve, pelas mesmas razões, iluminar o poder de polícia e as competências dos órgãos incumbidos da implementação legal” (BRASIL, STJ, AgRg no REsp 938.607/SP). Colaciona-se, a seguir, a ementa da decisão prolatada nos autos do agravo regimental nos embargos de divergência no citado EREsp, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MULTA APLICADA PELO PROCON POR PRÁTICA DE DUMPING. CONFLITO ENTRE OS MICROSSISTEMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DA CONCORRÊNCIA. DIÁLOGO DAS FONTES. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. PEDIDO DO CADE PARA INGRESSO NO FEITO COMO ASSISTENTE DA EMBARGANTE. INDEFERIMENTO. ARTS. 4º, VI, E 6º, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Hipótese em que o aresto recorrido consignou que “não há como se afastar a legitimidade do PROCON na hipótese sub judice, tendo em conta, principalmente, a determinação contida no Código de Defesa do

238 Em tradução livre: Artigo 3º – Relação de consumo. Integração normativa. Preeminência.

Relação de consumo é o vínculo jurídico entre o fornecedor e o consumidor ou usuário.

As disposições desta lei se integram com as normas gerais e especiais aplicáveis às relações de consumo, em particular a Lei n. 25.156 de Defesa da Concorrência e a Lei n. 22.802 de Lealdade Comercial ou as que no futuro venham a substituí-las. Em caso de dúvida sobre a interpretação dos princípios estabelecidos por esta lei prevalecerá a mais favorável ao consumidor.

As relações de consumo se regem pelo regime estabelecido na presente lei e suas regulamentações, sem prejuízo de que o fornecedor, pela atividade que desenvolve, esteja alcançado por outros regulamentos específicos.

Consumidor no sentido de coibir de forma eficiente todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal”.

2. Tal conclusão não é infirmada pelo acórdão paradigmático, que também legitima a atuação do Procon ao aduzir que, “em razão de a recorrente firmar relações de consumo com seus clientes, está submetida à incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor e, por isso, sofre a fiscalização do Procon nesse aspecto.”

3. Com efeito, inexistente semelhança fática ou dissídio jurisprudencial nas decisões trazidas como destoantes, pois o acórdão recorrido tratou de multa aplicada pelo Procon em virtude de prática de dumping por revendedora de combustíveis, enquanto o aresto-paradigma analisou multa administrativa aplicada pelo Procon à empresa seguradora.

4. Houve pedido do Cade de ingresso no feito como assistente da embargante, protocolizado posteriormente à decisão monocrática que indeferiu liminarmente o Recurso, sob a alegação de que apenas o Conselho tem legitimidade para aplicar multa com fundamento na Lei 8.884/1994.

5. Muito embora o art. 50, parágrafo único, do CPC estabeleça que a assistência pode ocorrer em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição, os Embargos de Divergência não são recurso de ampla revisão do julgamento da Turma (que constitui o pedido do Cade), mas têm por finalidade estrita a uniformização da jurisprudência por meio do confronto de teses jurídicas objetivamente abstraídas.

6. O Código de Defesa do Consumidor previu, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, “a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado, inclusive a concorrência desleal” (art. 4º, VI, grifo adicionado), assegurando como direito básico do consumidor a proteção contra “métodos comerciais desleais” no fornecimento de produtos ou serviços (art. 6º, IV).

7. A proteção da livre concorrência não consta do rol constitucional das matérias reservadas, privativamente, à esfera legislativa da União (art. 22). Ao contrário, o constituinte de 1988 atribuiu, simultaneamente, também aos Estados, o poder para legislar sobre “direito econômico” (art. 24, I). Se é assim no que tange à competência legislativa, com maior razão se justifica a intervenção dos Estados e Distrito Federal no âmbito da competência de implementação da legislação vigente.

8. O combate às práticas anticoncorrenciais é medida que se insere, concomitantemente, nos microssistemas do consumidor (CDC) e da concorrência

(Lei 8.884/94). Daí a legitimidade concorrente e competência *ratione materiae* dos órgãos de defesa do consumidor (inclusive os estaduais) para, em favor da incolumidade das relações jurídicas de consumo, exercitarem o poder de polícia que a lei lhes confere.

9. Diálogo das fontes que, além de aplicável no contexto das normas ou micro-sistemas envolvidos, deve, pelas mesmas razões, iluminar o poder de polícia e as competências dos órgãos incumbidos da implementação legal.

10. Agravo Regimental da Esso não provido. Pedido de assistência formulado pelo Cade indeferido.

Com efeito, pode-se afirmar que o art. 7º do CDC²³⁹ avoca o “diálogo das fontes” ao estabelecer que

art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Constata-se, por consequência, que a proposta do CDC é multiplicar a proteção conferida ao consumidor. O Código não se pretende afirmar como a única fonte de direitos reconhecidos ao consumidor. Seu argumento é o pluralismo, a coexistência de instrumentos legislativos passíveis de ampliar, complementar, integrar e, por isso mesmo, fortalecer a proteção do consumidor. A partir disso, verifica-se que a lógica do CDC é uma lógica da inclusão, da inclusão de fontes, da inclusão, enfim, de pessoas²⁴⁰.

Desse modo, os direitos previstos no CDC não excluem outros, destacando-se, para o presente estudo, os direitos e interesses decorrentes

239 O Projeto de lei do Senado n. 281/2012, que altera o CDC, apresenta uma “positivação” clara da técnica do diálogo das fontes, como demonstra o art. 3-A: “Art. 3-A. As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor”. (BRASIL, SENADO, 2012)

240 Algumas ideias aqui expostas basearam-se na palestra proferida pela Professora Doutora Claudia Lima Marques no *Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor*, realizado em setembro de 2015 na *Universidad Nacional del Litoral*, em Santa Fe, na Argentina. (MARQUES, 2015)

especificamente da Lei n. 12.529/2011 (hipótese de legislação interna ordinária), tema que será analisado nos capítulos 4 e 5 deste trabalho.

A proposta do CDC é, ainda, a superação da vulnerabilidade do consumidor. Essa mesma proposta está presente nas disposições constitucionais relacionadas à defesa do consumidor e deve, portanto, integrar todo o sistema jurídico, sob pena de se comprometer o diálogo entre as normas que o integram. Assim, a superação da vulnerabilidade do consumidor também pela lei concorrencial é uma premissa.

É particularmente importante destacar o papel da Política Nacional das Relações de Consumo, que, prevista no art. 4º do CDC, objetiva o (i) atendimento das necessidades dos consumidores, o (ii) respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a (iii) proteção de seus interesses econômicos, a (iv) melhoria da sua qualidade de vida, bem como a (v) transparência e harmonia das relações de consumo. Para tanto, alguns princípios devem ser atendidos, entre os quais se destacam os seguintes, previstos nos incs. I, II, III, IV, VI, VII e VIII do citado art. 4º, *litteris*:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

[...]

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Por fim, destaca-se que, como visto no segundo capítulo deste trabalho, a defesa do consumidor não se restringe apenas ao consumidor que tenha sido sujeito de uma relação de consumo (consumidor *stricto sensu*). Conforme dispõe o parágrafo único do art. 2º do CDC, “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (consumidor *lato sensu*). Assim, a defesa do consumidor engloba toda a coletividade, que envolve tanto quem tenha celebrado contratos de consumo, quanto quem esteja simplesmente exposto às práticas do mercado, sem necessariamente possuir vínculo jurídico formal com fornecedores ou com quem tenha violado as normas previstas no CDC (MIRAGEM, 2014, p. 664).

3.5.3 O diálogo entre o direito à escolha e o princípio da eficiência

Como visto, o Antitruste está sobremaneira vinculado à defesa do consumidor e à defesa dos pressupostos defendidos pela Escola de Chicago, relacionados sobretudo à conquista de eficiências, destacando-se a redução dos custos que impliquem, hipoteticamente, redução dos preços praticados ao consumidor como o principal objetivo da “disputa” entre agentes econômicos.

Contudo, este trabalho propõe uma perspectiva distinta do tema ao destacar a proteção jurídica do consumidor, ao invés da proteção econômica que, muitas vezes, não coincide com aquela. Portanto, ele pressupõe a necessidade de proteger o consumidor enquanto pessoa humana em estado de vulnerabilidade, o que torna necessário considerar o direito ao consumo e o direito à escolha (e o direito à concorrência, como será demonstrado) como preponderantes, ainda que isso signifique sacrificar

total ou parcialmente o paradigma da eficiência (cuja importância, não é, todavia desprezada). Para tanto, é importante recordar que a dignidade da pessoa humana descreve uma realidade complexa, que não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, a não passar fome ou a ter alguma forma de abrigo, pelo exercício do direito à moradia. A liberdade em suas diversas manifestações, como a de expressão, e a autonomia individual, são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana (BARCELLOS, 2011, p. 237).

A relação jurídica de consumo, como se sabe, envolve dois sujeitos, quais sejam, o consumidor e o fornecedor, e tem como objeto um produto ou um serviço, além da vantagem econômica imediata ou futura, obtida pelo fornecedor em razão da relação estabelecida com o consumidor (MIRAGEM, 2014, p. 191). Ela envolve, porém, dois sujeitos em situações diversas, já que um deles, o consumidor, é vulnerável. Uma das manifestações de sua vulnerabilidade diz respeito à limitação da sua liberdade e da sua autodeterminação, a uma autonomia privada (da vontade) às avessas, já que o consumidor, mesmo que expresse sua vontade, é reconhecidamente desigual para sustentá-la e estabelecer uma negociação. O consumidor, enfim, “não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais. Na verdade, o consumidor vai ao mercado e recebe produtos e serviços postos e ofertados” (NUNES, 2014b, p. 348). Assim, a “disparidade de armas” entre consumidor e fornecedor é algo indiscutível e, sob esse ponto de vista, o direito à escolha e à informação, previstos no art. 6º, II (“a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”), e III (“a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”) do CDC ganham destaque.

Além disso, problemas na dinâmica concorrencial, ou o que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) chama de “falta de concorrência”, em seu estudo mais atual sobre o tema da política consumerista, podem levar, também, a falhas de mercado, alimentando o problema. Nesse estudo, aponta-se que:

*a lack of competition can lead to market failure, which is why governments intervene to attempt to ensure competitive markets. Another important source of market failure occurs when consumers do not have full information about the products and prices available in the market. The market failures that arise out of the lack of information are a primary focus of consumer protection policy*²⁴¹. (OECD, 2010b, p. 32)

A liberdade, e particularmente a liberdade de escolha, seja de produto, de serviço ou de fornecedor, é essencial para o ato de consumo. Se não houver escolha, como poderá o sujeito, afinal, manifestar sua vontade individual, em atenção à liberdade (autodeterminação), prevista no art. 5º, *caput*, da CRFB/88? Assim, o Direito da Concorrência exerce um papel essencial, pois atua como guardião da livre iniciativa e permite, em última análise, o exercício do direito à escolha ao proteger a instituição jurídica da concorrência, os concorrentes e, evidentemente, o próprio consumidor. É a partir dessa ideia que se pensa o reconhecimento de um direito à concorrência ao consumidor.

Assim, se há um acordo entre fornecedores e, com isso, a imposição de restrições à comercialização de produtos de empresas concorrentes, como o consumidor exercerá seu direito básico à escolha? E se um ato de abuso de eventual posição dominante levar a uma posição hegemônica, em que concorrentes deixem o mercado relevante em que atuavam? Como ser-lhe-á garantida a liberdade de expressão que o ato de consumo representa?

Depreende-se da análise das Leis n. 8.078/1990 e 12.529/2011 que a liberdade de escolha e a eficiência são, respectivamente, valores importantes para esses microsistemas, destacando-se, que, no caso da liberdade de escolha, ela deu ensejo ao direito básico à escolha previsto no art. 6º, II, do CDC. No caso da eficiência, ela representa, no âmbito do controle comportamental, uma excludente de ilicitude, visto que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito.

241 Em tradução livre: a falta de concorrência pode levar a falhas de mercado, razão pela qual os governos intervêm para tentar garantir mercados competitivos. Outra importante fonte de falha de mercado ocorre quando os consumidores não têm informações completas sobre os produtos e preços disponíveis no mercado. As falhas de mercado que surgem da falta de informação são um foco primário da política de proteção do consumidor.

to previsto no inc. II do *caput* do art. 36 da Lei n. 12.529/2011, que cuida da hipótese de domínio de mercado relevante de bens ou serviços, enquanto que, no âmbito do controle estrutural, conforme dispõe o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, a eficiência é um dos fatores, ao lado do repasse de parte relevante de benefícios ao consumidor, que permitem a autorização de atos de concentração econômica 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.

Sumariamente, pode-se dizer que o embate entre os postulados das Escolas de Freiburg e de Chicago envolvem duas percepções distintas sobre o significado de “bem-estar do consumidor”. Enquanto o bem-estar do consumidor significa *grosso modo* para os teóricos da Escola de Freiburg liberdade de escolha, para os teóricos representados pela Escola de Chicago, ele significa eficiência, e eficiência entendida tão somente como a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir, teoricamente, os preços de produtos e serviços para o consumidor (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 3, 40, 44).

A defesa da eficiência vincula-se claramente à teoria utilitária, uma teoria de justiça que é teleológica, e não deontológica (MOUFFE, 1999, p. 71), e que, já se demonstrou, é incompatível com o sistema jurídico, cujo cerne é a dignidade da pessoa humana. Para seus teóricos, sendo o paradigma do desejo individual fundamental na explicação das ações do ser humano, o indivíduo deve orientar suas ações nesse sentido. Conseqüentemente, passam a se justificar teorias (econômicas) que determinam o dever-ser (Direito) a partir de máximas (econômicas) de bem-estar (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 5). Immanuel Kant²⁴² e John Rawls, por exemplo, repudiam-na argumentando, em resumo, que o que é correto, o que é justo²⁴³ tem primazia sobre o que é bom (SANDEL, 2014a, p. 268).

242 Como nota Dworkin, o utilitarismo é uma teoria baseada em metas, enquanto os imperativos categóricos de Kant configuram uma teoria baseada em deveres. (DWORKIN, 2010, p. 266)

243 E, segundo Rawls (2008, p. 29), “define-se o bem independentemente do justo e, então, define-se o justo como aquilo que eleva o bem ao máximo”.

Mesmo assim, no final da década de 1990, a Comissão Europeia registrou o surgimento de uma tese favorável a uma abordagem mais econômica (*more economic approach*) do Direito, expressão que denota um aumento do uso da Ciência Economia pelo Direito da Concorrência e inclui o aumento da confiança na Ciência Econômica para informar as normas concorrenciais, privilegiando o parâmetro econômico da “eficiência” como fator de que resultariam benefícios ao consumidor, perspectiva reconhecidamente defendida pela Escola de Chicago:

die Kommission hatte bekanntlich bereits in ihrem Weißbuch von 1999 einen „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ (more economic approach) bei der wettbewerblichen Beurteilung unternehmerischen Verhaltens angekündigt, ohne zunächst näher zu erläutern, was genau damit gemeint war. Befürworter und Kritiker eines „stärker ökonomischen Ansatzes“ tendieren aber häufig zu der Annahme, es gehe der Kommission um die Einführung eines an den Effizienzwirkungen (insbesondere an der Konsumentenwohlfahrt) orientierten Marktergebnistests. Dazu haben vor allem Äußerungen maßgebender Repräsentanten der Kommission Anlass gegeben²⁴⁴. (BEHRENS, 2011, p. 3)

Contudo, a suposta convergência entre as autoridades estadunidense e europeia para uma abordagem mais econômica na aplicação do Direito da Concorrência, baseada no fato de que o objetivo da lei antitruste seria a maximização do bem-estar do consumidor e a promoção da eficiência econômica, tem levado a resultados conflitantes, como demonstra, por exemplo, o caso Microsoft²⁴⁵, julgado nos EUA (WEINSTEIN, 2002) em 2001 e na UE (UNIÃO EUROPEIA, COMMISSION..., 2004d) em 2004 – o que é compreensível, visto que “eficiência” e “bem-estar” são conceitos abertos e que permitem interpretações as mais diversas.

244 Em tradução livre: a Comissão reconhecidamente já anunciou no seu Livro Branco de 1999 uma “abordagem mais econômica” (*more economic approach*), na avaliação concorrencial do comportamento empresarial sem primeiro explicar mais detalhadamente o que isso significava exatamente. Mas apoiadores e críticos de uma “abordagem mais econômica”, tendem muitas vezes a acreditar que a Comissão a introdução dos efeitos da eficiência (particularmente no bem-estar do consumidor) vá orientar testes de ganhos de poder de mercado. Para tanto deram motivo as manifestações de representantes devidamente autorizado pela Comissão.

245 O Departamento de Justiça dos EUA e a Comissão Europeia propuseram ação contra a *Microsoft Corporation* por abuso de poder de mercado nos mercados de sistemas operacionais e de navegadores de internet.

Assim, a proposta da Escola de Chicago, que privilegia a eficiência como suposta garantia do bem-estar do consumidor, embora eloquente, é questionável, uma vez que, na ideia central da Escola de Chicago, a principal certeza é o aumento de lucros pelo agente econômico (leia-se fornecedor-concorrente), e não a apropriação consequente de benefícios (como redução de preços de produtos e/ou serviços, por exemplo) pelo consumidor. Isso, aliás, poderá jamais ocorrer, ou, ocorrendo, poderá não corresponder à previsão hipotética inicial – o que faz a legislação brasileira prever que, na hipótese de os benefícios decorrentes da concentração autorizada não serem alcançados, a autorização poderá ser revista pelo Tribunal do CADE, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, como preceitua o art. 91 da Lei n. 12.529/2011.

Então, na tentativa de supostamente proteger o consumidor, a teoria neoclássica pode, sim, prescindir dos interesses, do bem-estar do consumidor, já que ela não apresenta preocupações de cunho distributivo (MÖLLER, 2008, p. 92; SALOMÃO FILHO, 2013, p. 76), que estão, contudo, presentes na lei concorrencial brasileira, aspecto intrínseco aos objetivos do Direito da Concorrência, como percebe Robert Lande, para quem *“wealth transfers demonstrated that the antitrust laws were intended to be, and are best viewed as, a type of consumer protection statute”*²⁴⁶ (LANDE, 1999, p. 959).

Por isso, a perspectiva que considera necessário proteger a existência da liberdade de escolha, o que pressupõe um número mínimo de agentes econômicos em situação de disputa no mercado, como quer a teoria ordoliberal, não pode ser desprezada, embora se saiba que a política de concorrência não está preocupada em maximizar o número de empresas e que está, ao invés, preocupada em defender a competição no mercado para aumentar o bem-estar, e não para proteger competidores (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 31). Essa concepção, que não deixa de ser uma concepção voluntarista e liberal (a teoria ordoliberal é uma releitura da teoria liberal, afinal) considera a necessidade de se assegurar a liberdade de expressão do consumidor (e também do agente econômico, do fornecedor-concorrente) manifestada no direito ao consumo e à escolha, em

246 Em tradução livre: “transferências de renda demonstraram que as leis antitruste foram destinadas a ser e são mais vistas como um tipo de estatuto de defesa do consumidor”.

conformidade com a ideia de “soberania” do consumidor, permitindo-lhe ser protagonista do ato de consumo que deseja e/ou necessita realizar na medida em que lhe é facultado escolher, e não simplesmente consumir o que um ou alguns fornecedores lhe imponham. Por ironia, o dogma da autonomia privada (da vontade), uma decorrência da liberdade, aqui, é tomado em benefício, e não em prejuízo do consumidor, já que é a sua autonomia que está em jogo.

Finalmente, se o mote do CDC, exemplo de lei com função social que objetiva influenciar o mercado brasileiro (MIRAGEM, 2014, p. 81 e ss.), é impor um novo paradigma de boa-fé nas relações de consumo privadas como forma de abrandar o desequilíbrio causado pelo princípio da autonomia da vontade na sociedade de massa (MARQUES, 2014, p. 702), a importância de se considerar a função do Direito da Concorrência como um instrumento de assegurar o direito à escolha do consumidor cresce. Sob esse aspecto, o Direito da Concorrência pode atuar, ao considerar a importância da liberdade de escolha do consumidor, como um “recuperador” do equilíbrio das relações privadas que envolvem o consumo.

Além disso, para os representantes da Escola de Freiburg, não é possível atribuir ao Direito Concorrencial qualquer tipo de objetivo econômico predeterminado, como a eficiência, por exemplo. Isso porque o sistema concorrencial não é um sistema cujos efeitos, todos eles, podem ser previstos e aqueles desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e a aplicação da lei (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 43). Assim, o discurso que privilegia a eficiência e a considera o fim principal da atividade econômica, considerando que, em um mercado eficiente, o consumidor é beneficiado, é convincente. Em um sistema jurídico, em cujo cerne está a dignidade da pessoa humana, porém, ele não é conveniente.

Nessa senda, Heloisa Carpena propõe que a atividade econômica privada deve orientar-se no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é necessário, “contemplar o consumidor em primeiro lugar, como portador de interesse prioritário a ser tutelado” (CARPENA, 2005, p. 259).

Então, entre eficiência e liberdade de escolha, o paradigma da liberdade de escolha é o que parece atender com mais fidelidade o interesse do consumidor e contribuir para seu bem-estar, já que, se há algo que a

concorrência propõe é justamente isso: possibilitar a escolha do consumidor. Nas palavras de Jorge Mosset Iturraspe (2003, p. 217):

*varias empresas concurren al mercado con sus productos y rivalizan en calidad y precio, posibilitando la elección del consumidor. Esta posibilidad, ejercitada de una manera espontánea, libre, sin trabas ni limitaciones, como no sean las propias de la producción, distribución o comercialización, es lo que se busca o anhela. En su tutela o defensa se orienta la normativa legal*²⁴⁷.

Portanto, entre ambos os paradigmas principais defendidos pelas Escolas de Freiburg e de Chicago, entende-se que o da liberdade de escolha é o que melhor se coaduna com o papel de uma defesa da concorrência orientada pela defesa do consumidor, conforme dispõe o *caput* do art. 1º da Lei n. 12.529/2011, na senda da proposta de Rawls, para quem “a prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades fundamentais podem ser de fato instituídas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar econômico”²⁴⁸.

No entanto, é necessário reconhecer que a busca por eficiência é uma atitude empresarial que, evidentemente, beneficia o consumidor, por todos os efeitos benéficos que representa. É importante referir que, para que um agente econômico paute-se pela busca de eficiência, ele depende forçosamente da existência de concorrentes com quem rivalizar. Por exemplo, ao obter uma redução de custos operacionais (pela maior eficiência), o agente econômico somente terá incentivos para oferecer uma consequente redução de preços ao consumidor se estiver em uma situação de efetiva disputa com outros pares. Do contrário, a tendência natural é que ele se aproprie do ganho econômico e não o repasse ao consumidor, como indica a literatura ao referir que ele não teria incentivos para tanto, permanecendo inerte, de forma que a empresa ineficiente (monopolista)

247 Em tradução livre: várias empresas concorrem no mercado com seus produtos e rivalizam em qualidade e preço, permitindo a escolha do consumidor. Esta possibilidade, exercida de uma forma espontânea, livremente, sem entraves ou limitações que não sejam às próprias da produção, distribuição ou comercialização, é o que se pretende obter ou almeja. Em sua tutela ou defesa se orientam as normas legais.

248 Para o autor, “só se pode defender a negação das liberdades iguais quando isso é essencial para alterar as condições de civilização de modo que, no momento apropriado, seja possível desfrutar dessas liberdades”. (RAWLS, 2008, p. 29)

provavelmente sobreviverá como se eficiente fosse (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 38).

Trata-se de um mecanismo darwiniano, pois a concorrência seleciona empresas eficientes. Em um mercado em que existam empresas mais e menos eficientes, a concorrência forçará as menos eficientes a deixá-lo. O bem-estar será elevado, porque os bens serão produzidos a menor custo. Um argumento relacionado ao tema envolve o fato de que, quando a concorrência existe, diferentes projetos, produtos e tecnologias tornam-se possíveis. O mercado permitirá, então, que apenas os melhores sobrevivam e prosperem, enquanto os demais desaparecerão (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 40). Evidentemente, sob monopólio, esse processo não ocorrerá e o agente econômico permanecerá com os chamados lucros de monopólio ou lucros extraordinários (diferentes dos lucros normais) (PINHO; VASCONCELLOS; TONETO JR., 2011, p. 207). Do mesmo modo, o agente econômico somente tem incentivos para desenvolver novas tecnologias de produção e novos produtos e/ou serviços (inovação) contanto que esteja concorrendo, lutando para conquistar mais consumidores. Senão, a tendência é que as patentes tornem-se obsoletas, que seus produtos e/ou serviços tornem-se superados etc. É exatamente por isso, aliás, que a manutenção de um monopólio mostra-se factível sob a condição de que exista uma regulação efetiva (IDEM); do contrário, ele dá margem a uma série de abusos.

É necessário, ainda, destacar que, para a Economia, nem sempre um número razoável de empresas repercutirá em bem-estar, como apontam Massimo Motta e Lucia Helena Salgado. Assim, como o poder de mercado decresce com o número de empresas na indústria (em um determinado mercado relevante), tende-se a concluir que, quanto maior o número de empresas em um setor, mais alto seria o nível de bem-estar. Não é o caso, porém, quando as empresas têm de incorrer em custos fixos. De fato, a presença de custos fixos – o que dá ensejo às economias de escala – implica a existência de um *trade-off*²⁴⁹. Assim, por um lado, muitas empresas,

249 Termo que define uma situação em que há conflito de escolha. Caracteriza uma ação econômica que visa à resolução de um problema mas acarreta outro, obrigando que se faça uma escolha.

implicadas em um contexto de maior competição no mercado, oferecem preços menores, o que indubitavelmente eleva o excedente do consumidor (eficiência alocativa). Por outro lado, há uma duplicação de custos fixos, o que representa perda em termos de eficiência produtiva (estática) (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 42).

Esse *trade-off* entre eficiência alocativa e eficiência produtiva implica que uma política que almeja maximizar o número de empresas de determinada indústria seria inconsistente: muitas empresas aumentariam a competição e deslocariam os preços para baixo, mas, ao mesmo tempo, envolveriam uma perda de economias de escala. Um conflito com critérios econômicos de bem-estar poderia ser gerado se uma autoridade concorrencial tentasse não só garantir a possibilidade de entrada em uma indústria, como garantir que todas as empresas competissem em condições de igualdade e, além disso, usassem subsídios ou outros instrumentos de política industrial para ativamente promover a entrada ou artificialmente impedir a saída de empresas de um setor (IDEM).

Apesar dessas ponderações, juridicamente, é necessário assegurar as condições fáticas mínimas para que exista a liberdade de escolha e, logo, o direito do consumidor ao consumo e à escolha (papel desempenhado pelo sistema de defesa da concorrência). A eficiência, que é o principal mote da disputa que caracteriza a competição (e a concorrência), será uma consequência, já que, do contrário, a disputa sequer teria sentido. E, como a eficiência repercute no bem-estar do consumidor, ela não pode ser desprezada. Assim, os paradigmas da liberdade de escolha e da eficiência, que são complementares, devem conviver, e não se excluir.

A propósito, Erik Jayme demonstra que a ideia utilitária, segundo a qual as razões de natureza econômica determinam ou devem determinar as ações humanas, é insustentável. Daí as quatro características da cultura pós-moderna: (i) o pluralismo, (ii) a comunicação, (iii) a narração e (iv) o retorno dos sentimentos (JAYME, 1995, p. 246 e ss.), que, aliás, deve ser lembrado, já que os sentimentos guardam sempre um sentido. O “retorno dos sentimentos” fala da retomada do sentido daquilo que, preponderantemente, forma a pessoa humana, a sua identidade cultural:

*l'on accepte le fait que les êtres humains suivent leurs émotions malgré les dangers inhérents à une telle attitude. L'idée utilitaire, que les raisons de nature économique déterminent ou doivent déterminer exclusivement les actions de l'homme, n'est plus convaincante. Les hommes se battent aussi pour les valeurs inhérentes de l'âme. En droit, c'est la sauvegarde de l'identité culturelle qui est l'expression de ces sentiments [...]*²⁵⁰. (JAYME, 1995, p. 261).

Como visto, é impossível dissociar o Direito da Concorrência do Direito do Consumidor. Pensar em um e desconsiderar o outro seria uma imprudência e, sendo a defesa do consumidor definitivamente parcial ou incompleta se se deixar de lado a defesa da concorrência (ITURRASPE, 2003, p. 217) e sabendo que a defesa do consumidor é a defesa da pessoa humana em estado de vulnerabilidade (bastando lembrar as situações de superendividamento, que comprometem, até mesmo de forma irreversível, e de diversas formas, a dignidade humana, a estrutura familiar etc.), impõe-se escolher a liberdade de escolha, e não a eficiência, como objetivo primeiro da “dinâmica concorrencial”.

Assim, o paradigma da liberdade de escolha, defendido pela Escola de Freiburg, influenciou o caminho seguido por este trabalho, que, embora não se identifique com as ideias liberais, entende que, sob o viés jurídico, a liberdade de escolha coaduna-se mais com a defesa do consumidor do que o paradigma da eficiência que, como visto, pode não se materializar em benefícios ao consumidor, a menos que o aspecto distributivo do Direito da Concorrência seja aprimorado.

Finalmente, entende-se que o Direito da Concorrência não pode renunciar à realização da justiça e, conseqüentemente, não pode se furtar de influenciar na conformação das relações sociais, da ordem econômica. Assim, deve-se interpretar e aplicar suas normas com base em critérios jurídicos, e não em critérios econômicos, o que não deve impedir que se

250 Em livre tradução: aceita-se o fato de que os seres humanos seguem suas emoções, apesar dos perigos inerentes a uma tal atitude. A ideia utilitária, segundo a qual as razões de natureza econômica determinam ou devem determinar exclusivamente as ações do homem, não é mais convincente. Os homens estão lutando também pelos valores da alma. Em Direito, é a preservação da identidade cultural que é a expressão desses sentimentos [...].

tenha consciência dos interesses em jogo e da sua função econômica, mas sem que esta função econômica constitua o critério prevalente²⁵¹.

Enfim, a conquista de eficiência não pode continuar a ser vista como o fator preponderante, como propõe a Escola de Chicago, mas como fator importante. É também necessário perguntar que espécie de eficiência se deseja conquistar. Afinal, o desenvolvimento de um peixe geneticamente modificado, como o salmão, recentemente “produzido” por uma empresa de biotecnologia, nos EUA, é seguramente um exemplo de pesquisa e de inovação que representa ganho de eficiência passível de repartição com o consumidor. Mas, seguro, sob a ótica do princípio da precaução²⁵², visto que se trata de tecnologia cuja segurança vem sendo contestada, apesar da aprovação, em novembro de 2015, pelo U.S. *Food and Drug Administration* (FDA) (FDA, 2015)? E os custos ambientais, à saúde?

3.5.4 A conciliação dos Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

No País, ambos os Direitos da Concorrência e do Consumidor foram mantidos cartesianamente incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que levou a uma incompreensão²⁵³ recíproca, de parte a parte, dos princípios e da racionalidade que os informam (BADIN, 2005, p. 53).

Mas, apesar de ter havido uma segmentação dos Direitos e das políticas concorrencial e consumerista ao longo dos anos, elas compartilham um traço comum, consubstanciado na ideia da proteção do consumidor,

251 Utilizaram-se, aqui, ideias de Eduardo Galán Corona (1985, p. 15) sobre o Direito econômico, adaptando-as ao contexto do Direito da concorrência.

252 Embora tenha origem no Direito alemão, que o desenvolveu, aponta-se que o princípio da precaução está positivado no Direito brasileiro desde a adesão, ratificação e promulgação da Convenção da Diversidade Biológica e da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. Além disso, a adoção do art. 225 da CRFB/1988 e do art. 54, § 3º, da Lei n. 9.605/1998 também o explicitam. (MACHADO, 2014, p. 98, 112)

253 Destaque-se a existência da linha de pesquisa “fundamentos dogmáticos da experiência jurídica”, que tem como ênfase a interação entre os Direitos da Concorrência e do Consumidor, no PPGD da UFRGS (UFRGS).

mesmo que esta se materialize em planos e formas diversos²⁵⁴. Portanto, ainda que a proteção da concorrência perfaça uma política legislativa de Direito Público e a proteção do consumidor pertença ao âmbito do Direito Privado, “*los dos enfoques son complementarios y actúan como vasos comunicantes*”²⁵⁵, como preleciona Ricardo Lorenzetti (2011, p. 322), perspectiva compartilhada também por Spencer Weber Waller, para quem “*competition and consumer protection laws are intimately related, two sides of the same coin of consumer sovereignty and hence economic justice*” (WALLER, 2005, p. 631)²⁵⁶.

Ao tratar a relação das empresas umas com as outras, o Direito da Concorrência está localizado a montante do Direito do Consumidor. Existe, porém, na fronteira entre as duas matérias, um conjunto de regras que pertence tanto a uma quanto a outra, afinal, as regras de Direito da Concorrência têm, quase todas, consequências para os consumidores e também as regras de Direito do Consumidor exercem influência sobre a concorrência (CALAIS-AULOY; TEMPLE, 2015, p. 18).

Claudia Lima Marques aponta que há um componente político-econômico nas normas de proteção nacional e internacional dos consumidores, pois, se um país exportador mantém alto nível de proteção de seus consumidores, aumenta a qualidade de seus produtos, que encontrarão maior aceitação internacional (caso da Alemanha, por exemplo). Em outras palavras, as regras sobre o Direito do Consumidor interessam à competitividade do mercado interno e à competitividade internacional, assim como contribuem para a criação de um mercado interno com concorrência leal (MARQUES, 2014, p. 143). Com efeito, o fortalecimento do consumo, especialmente dos direitos do consumidor, é fundamental para o fortalecimento da própria sociedade capitalista (NUNES, 2014b, p. 348).

Aqui, deve-se recordar a experiência francesa, cuja característica principal é a presença de um Código do Consumo (*Code de la Consommation*)²⁵⁷

254 Como, por exemplo, no âmbito da escolha. (AVERITT; LANDE, 1998)

255 Em tradução livre: os dois enfoques são complementares e atuam como vasos comunicantes.

256 Em tradução livre: os Direitos da Concorrência e da Proteção do Consumidor estão intimamente relacionados, dois lados da mesma moeda da soberania do consumidor e, portanto, da justiça econômica.

257 A França, por exemplo, mantém um Código do Consumo e, apenas em 2014, por meio da Loi Hamon de 17/3/2014, introduziu-se naquele código um artigo preliminar assim redigido: «Art. préliminaire.-Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à

transversal. Assim, sem modificar seu Direito Privado, em 1993, a França preferiu organizar um Código de Consumo, consolidando todas as suas leis internas e as Diretivas europeias relativas à defesa do consumidor. Dessa forma, observa-se que o tema daquele código não é o consumidor, mas o consumo mesmo e o mercado de consumo. Reconhece-se que o tema “consumo” é transversal e envolve vários ramos do Direito, como o Direito Administrativo, Ambiental, Civil, Concorrencial, Econômico, Empresarial, Penal, Processual etc. (MARQUES, 2004, p. 24)

Em suma, “*un lien particulier unit le droit de la consommation au droit de la concurrence*” (CALAIS-AULOY; TEMPLE, 2015, p. 18)²⁵⁸ e a simbiose é tal que, sem perder sua identidade, as duas matérias poderiam ser agrupadas em uma única, o Direito do Mercado (IDEM). No que tange ao caso brasileiro, Bruno Miragem refere que o Direito do Consumidor constitui um dos fatores mais relevantes da ordenação do mercado. Embora se percebam seus efeitos sobre a proteção do consumidor, no âmbito da relação de consumo, eles se estendem para além das partes diretamente envolvidas nesta e projetam-se tanto em direção a um determinado grupo de consumidores ou de fornecedores como em direção ao conjunto dos agentes econômicos no mercado (MIRAGEM, 2014, p. 81 e ss.). A propósito, segundo a OCDE, as políticas de defesa da concorrência e do consumidor, ligadas por um processo de osmose (MURIS, 2012, p. 7), podem até mesmo se sobrepor:

consumer protection complements competition policy, but they also overlap as a consumer protection measure can affect competition and vice versa. While both have the common goal of promoting consumer welfare, their techniques and focus differ. Competition policy seeks to encourage and ensure a high degree of rivalry among sellers, thereby providing consumers with greater choice and lower prices. A key element in the competitive process is the role of the consumer in imposing discipline on competing firms by shifting their expenditures to firms that best satisfy their needs and wants. Policies that enable consumers to make informed choices in the market can therefore also help maintain competition. Thus, effective competition policies

des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale». Em tradução livre: Art. preliminar. Para os propósitos deste código considera-se consumidor qualquer pessoa física que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. (FRANÇA, 2014)

258 Em tradução livre: um elo particular une o Direito do Consumo ao Direito da Concorrência.

*help to protect consumers, and effective consumer policies can help to maintain competition*²⁵⁹.
OECD, 2010b, p. 32)

Com efeito, o desenvolvimento de pesquisas multidisciplinares no contexto contemporâneo considera a existência de uma relação complementar inequívoca entre as políticas concorrencial e consumerista, apontando que *“effective competition policies help to protect consumers, and effective consumer policies can help to maintain competition”* (IDEM)²⁶⁰, ainda que seja necessário *“reconnaître une spécificité incontestable”* (BOURGOIGNIE; ST-PIERRE, 2007, p. 18)²⁶¹.

Considerando a relação complementar inequívoca entre os direitos e as políticas concorrencial e consumerista, em 18/7/2012, o CADE e a SENACON firmaram um acordo inédito de cooperação técnica a fim de promover uma atuação institucional integrada (BRASIL, MJ, SENACON; CADE, 2014a, p. 1-2). A parceria, vigente durante 24 meses, previu a implementação de diversas ações, como (i) o “intercâmbio de informações técnicas e apoio técnico-institucional”, (ii) a “criação e potencialização de canais de comunicação direta”, “tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de combater infrações à ordem econômica que afetem os direitos dos consumidores”, (iii) a “prestação de informações referentes às ações promovidas”, (iv) o “monitoramento, no âmbito de suas atribuições, das consequências dos atos de concentração que venham a atingir os interesses dos consumidores”, entre outras (BRASIL, MJ, SENACON; CADE, 2014a, p. 2).

259 Em tradução livre: a proteção do consumidor complementa a política de concorrência, mas elas também se sobrepõem na medida em que a proteção do consumidor pode afetar a concorrência e vice-versa. Embora ambas tenham o objetivo comum de promover o bem-estar dos consumidores, suas técnicas e foco diferem. A política concorrencial visa encorajar e assegurar um elevado grau de rivalidade entre os vendedores, proporcionando aos consumidores maior escolha e preços mais baixos. Um elemento-chave no processo competitivo é o papel do consumidor na imposição de disciplina às empresas concorrentes ao mudar seus gastos para as empresas que melhor satisfaçam as suas necessidades e desejos. Políticas que permitam aos consumidores fazer escolhas informadas no mercado, portanto, podem também ajudar a manter a concorrência. Assim, as políticas de concorrência eficazes ajudam a proteger os consumidores, e políticas eficazes de consumo podem ajudar a manter a concorrência.

260 Em tradução livre: políticas concorrenciais efetivas ajudam a proteger os consumidores, e políticas consumeristas efetivas podem ajudar a manter a concorrência.

261 Em tradução livre: reconhecer uma especificidade incontestável.

A ação iniciada em 2012 resultou na Nota técnica conjunta n. 8, de 12/5/2014, do CADE e da SENACON, que analisa a interface entre as políticas de defesa do consumidor e da concorrência e propõe uma agenda de coordenação dessas políticas. Segundo a nota, “o enfoque interdisciplinar tem como consequência evitar ou reduzir inconsistências entre as diferentes políticas” (BRASIL, MJ, SENACON; CADE, 2014b, p. 16), que, como aponta a OCDE, têm instrumentos diversos de atuação:

*competition cases are typically fewer in number and broader in scope, affecting entire markets. Consumer cases are more numerous and more narrowly focused, sometimes involving a specific practice by a single business. Competition and consumer agencies also have different tools at their disposal for dealing with violations of their respective laws. The instruments available to competition agencies are more blunt: fines, or prohibition of anticompetitive conduct, for example. The remedies available to consumer agencies can be more targeted and specific: measures designed to improve information flows to consumers, for example*²⁶². (OECD, 2010c, p. 137)

Ainda segundo a nota técnica, “as políticas de concorrência e consumidor” têm o mesmo objetivo, “o bem estar dos consumidores” (BRASIL, MJ, SENACON; CADE, 2014b, p. 6), de forma que

o compartilhamento de conhecimento entre ambas as políticas pode favorecer a qualidade da intervenção governamental uma vez que as medidas adotadas no âmbito da defesa concorrencial podem ser melhor talhadas para remediar problemas que já estão sendo observados pelos órgãos de defesa do consumidor. Por outro lado, as informações obtidas pelo regulador consumerista podem também servir para monitorar a eficácia de decisões antitruste e o cumprimento das obrigações impostas a empresas uma vez sujeitas ao crivo concorrencial. (BRASIL, MJ, SENACON; CADE, 2014b, p. 16)

262 Em tradução livre: casos concorrência são tipicamente menores em número e de âmbito mais abrangente, afetando mercados inteiros. Casos de consumo são mais numerosos e têm um foco mais estreito, por vezes envolvendo uma prática específica de uma única empresa. Agências de concorrência e dos consumidores também têm diferentes ferramentas à sua disposição para lidar com violações de suas respectivas leis. Os instrumentos das autoridades de concorrência são mais contundentes: multas, ou proibição de condutas anticompetitivas, por exemplo. Os remédios disponíveis para as agências de consumidores podem ser mais direcionados e específicos: medidas destinadas a melhorar os fluxos de informação para os consumidores, por exemplo.

Enquanto a política concorrencial volta-se, resumidamente, à garantia da existência e da preservação da concorrência, permitindo a atuação de concorrentes (já que o monopólio é situação excepcionalmente tolerada) que compitam entre si para, em última análise, conquistar o consumidor, possibilitando ofertas mínimas de produtos e serviços com preço e qualidade que reflitam o ambiente de concorrência, a política consumerista pretende garantir, sobretudo, o exercício do direito básico à escolha do consumidor, a teor do disposto no art. 6º, II, do CDC. A perspectiva consumerista preocupa-se, assim, com o mercado a partir da demanda a fim de oportunizar que os consumidores possam, de fato, exercer seu direito à escolha com base no leque de opções o mais possível amplo que a competição oferece. Em síntese, ela “busca eliminar assimetrias de informação, aumentar a transparência do mercado e criar padrões mínimos de qualidade”, incentivando “as empresas a concorrerem no mérito” (IDEM, p. 6-7).

Por fim, uma perspectiva pragmática envolve o “capital político” que a proteção dos interesses do consumidor pode representar para a autoridade antitruste, o que a auxilia ao adotar decisões e ações eventualmente impopulares (OECD, 2015b, p. 3-4). Nesse sentido, os modelos nórdicos (MÖLLERS; HEINEMANN, 2007, p. 245-246), que adotam a figura de um *Ombudsman* consumerista – que representa os interesses do consumidor como um interlocutor perante a autoridade concorrencial –, talvez sejam uma opção útil e que pode derivar das ações integradas que atualmente envolvem SBDC e SNDC, além de contribuir para a realização da chamada democracia participativa, permitindo que o grupo dos consumidores integre-se ainda mais na gestão da coisa pública (MANCUSO, 2013a, p. 49), como prevê o art. 1º, V, parágrafo único, da CRFB/88.

3.6 Conclusão parcial

A partir da compreensão dos motivos que levaram os sistemas jurídicos contemporâneos a considerar a dignidade da pessoa humana como seu centro, em grande parte dos países ocidentais, pelo menos, o que inclui o Brasil, verificaram-se alguns diálogos possíveis entre o consumo e a concorrência, uma instituição jurídica que apresenta um papel importante

na realização da defesa do consumidor, tarefa que é fundamental para o desenvolvimento integral da pessoa humana e que garante, parcialmente, a realização do próprio superprincípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, neste capítulo, percebeu-se que:

a. nas últimas décadas, a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre os direitos humanos e tornando-se um superprincípio de tal forma importante para o sistema jurídico que tem repercussões consideráveis na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de análise, a partir da noção kantiana segundo a qual o homem é um fim em si próprio,

b. a defesa do consumidor não se limita à relação jurídica de consumo, em que há, de um lado, o consumidor e, de outro, o fornecedor (plano vertical do mercado). Ela a ultrapassa e envolve, também, a relação jurídica concorrencial entre, de um lado, o fornecedor-consumidor e, de outro lado, o fornecedor-concorrente, cuja relação tem espaço no plano horizontal do mercado,

c. o caráter instrumental da concorrência é uma espécie de consenso no Brasil e na União Europeia (UE), onde a concorrência é vista como um meio para se chegar a algum objetivo outro que supere a mera assecuração de concorrência,

d. a Economia, ao dedicar-se à concorrência, baseia-se sobretudo na ideia de bem-estar do consumidor. Os teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos também não discordam quanto a esse ponto, embora demonstrem divergências no que tange ao significado de “bem-estar” do consumidor, que significa liberdade de escolha, para os ordoliberais, e eficiência econômica, para os neoclássicos,

e. propõe-se a ideia de *consumer well-being* em substituição à ideia de *consumer welfare*,

f. a concorrência assume um papel importante como instituição jurídica que permite a implementação da defesa do consumidor em sentido *lato*, podendo-se afirmar, a partir disso, que ela garante a perfectibilização do princípio da dignidade da pessoa humana,

g. na colisão entre princípios, no caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os mesmos através do método

da ponderação, pois os princípios têm pesos diferentes e os princípios com o maior peso têm precedência. Ou seja, o princípio da defesa do consumidor e, logo, da dignidade da pessoa humana, prevalecem sobre o princípio da livre concorrência, que, entretanto, não é inteiramente suprimido, mas será exercido dentro de um quadro de limites dado pelo princípio prevalente,

h. a eficiência é um paradigma importante para o bem-estar do consumidor, mas, sob o viés jurídico, a liberdade de escolha coaduna-se mais com a defesa do consumidor do que o paradigma da eficiência que, como visto, pode não se materializar em benefícios ao consumidor, a menos que o aspecto distributivo do Direito da Concorrência seja aprimorado e

i. o desenvolvimento de pesquisas multidisciplinares no contexto contemporâneo, inclusive no Brasil, considera a existência de uma relação complementar inequívoca entre as políticas concorrencial e consumerista, o que tem levado o CADE e a SENACON a estabelecerem ações conjuntas.

4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR PELA LEI N. 12.529/2011: O CONSUMIDOR COMO PROTAGONISTA DO “DEVIDO PROCESSO ECONÔMICO”

Tendo-se, até aqui, analisado os principais aspectos que envolvem o Direito da Concorrência e do Consumidor, além dos diversos laços que os ligam, passa-se a verificar o tema da proteção concorrencial do consumidor. Para tanto, considera-se, inicialmente, que a defesa da concorrência dialoga intensamente com a defesa do consumidor, como já demonstrado, e que a concorrência, instrumental, é uma condição necessária, embora insuficiente, da defesa do consumidor, o que torna imperioso conhecer o *modus operandi* da proteção jurídica do consumidor via Direito da Concorrência, fato que é controverso.

Assim, neste capítulo, verifica-se a proteção do consumidor pela Lei n. 12.529/2011, destacando-se a discussão doutrinária que envolve o tema. Para fins de análise, classifica-se a proteção oferecida ao consumidor pela lei concorrencial em (i) indireta e (ii) direta, destacando-se a preferência pelo termo “proteção”, apesar do uso corrente do termo “tutela”, que carrega consigo ideia contrária à sustentada neste trabalho – já que tutela, do latim *tueor*, era, originalmente, a fixação dos olhos em alguém, sendo o tutor, primitivamente, não o representante, mas aquele

que se fazia sujeito de direito (PONTES DE MIRANDA, 2013, p. 289) –, que pretende colaborar com o protagonismo, com a independência do consumidor enquanto sujeito do “devido processo econômico”. Além disso, como a política concorrencial articula-se em torno de dois grandes domínios de ação, analisam-se as particularidades da prevenção e da repressão das infrações da ordem econômica, além dos fundamentos do reconhecimento de direitos ao consumidor no âmbito concorrencial.

4.1 A discussão doutrinária

Apesar de se considerar que o consumidor é o destinatário econômico final das normas concorrenciais, isso não o transforma em seu destinatário jurídico direto (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105). Com efeito, refere-se, tradicionalmente, que o Direito da Concorrência protege o consumidor de forma indireta²⁶³ pela proteção da concorrência enquanto instituição jurídica, o que é, de fato, inquestionável, visto que uma das funções essenciais da concorrência é promover a inovação e assegurar uma produção tão eficaz quanto possível dos produtos e serviços que se traduza em vantagens para os consumidores, tais como preços mais baixos ou melhorias em termos de qualidade, de possibilidades de escolha etc.²⁶⁴.

Além disso, distinguindo-se a aplicação das regras de concorrência de outras formas de intervenção pública, como a regulação, pelo seu caráter não finalístico, como visto, não se pode esperar que o Direito da Concorrência garanta um determinado resultado, como a diminuição dos preços, quando este apenas pode ser obtido pela própria dinâmica concorrencial (SILVA, 2012, p. 2).

Desse modo, predomina o entendimento de que as regras concorrenciais em geral não são aplicáveis a comportamentos empresariais em sua relação com o consumidor. Discute-se, porém, a possibilidade de reconhecimento de uma proteção excepcionalmente direta do consumidor no âmbito concorrencial. Assim, a revisão da literatura brasileira contem-

263 Como apontam Calixto Salomão Filho (2013, p. 105-107), Heloisa Carpena (2005, p. 258), Roberto Pfeiffer (2015, p. 23) e Paula Forgioni (2012, p. 246), entre outros.

264 Prefácio do professor Mario Monti ao XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência. (UNIÃO EUROPEIA. XXIX RELATÓRIO..., 2000a, p. 3)

porânea demonstra uma divisão, entre os doutrinadores, no que tange à possibilidade de haver uma proteção direta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011 e, particularmente, de o consumidor titularizar direitos individual e/ou coletivamente, tema que é importante para a presente tese, que reflete sobre o reconhecimento do direito à concorrência.

Essa possibilidade corresponderia a uma necessidade pragmática decorrente das situações de concentração de poder típicas da economia brasileira (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 107). Todavia, ela não pode ser considerada uma idiosincrasia local, visto que, no âmbito da União Europeia, já se identifica reconhecimento semelhante, como será visto. Assim, de forma breve, passa-se a analisar as posições identificadas entre a doutrina.

Em regra, como já se verificou, a proteção concorrencial do consumidor é indireta, um reflexo da proteção da concorrência enquanto instituição jurídica. Contudo, aponta-se que a prática de ilícitos consistentes em exercício abusivo de posição dominante, prática tipificada como infração da ordem econômica pela Lei n. 12.529/2011 permite o reconhecimento de uma proteção direta do consumidor, conforme sustenta Calixto Salomão Filho (2013, p. 107), para quem

o consumidor não é, normalmente destinatário direto das normas concorrenciais, mas é sempre sua justificação última. No caso do controle das estruturas e – como regra geral – também no controle dos comportamentos ele é protegido de maneira reflexa, através da proteção acordada aos interesses institucionais e aos concorrentes. É o que ocorre no caso dos atos tentendes à dominação do mercado e nos atos de concorrência desleal. Evidente está, no entanto, que mesmo nesses casos, todos os danos a ele individualmente causados por força da prática dos ilícitos concorrenciais deverão ser devidamente ressarcidos. Não sujeitos à regra geral supra são os ilícitos consistentes em abuso de posição dominante. Ali está, na verdade, o centro nervoso do direito concorrencial em matéria de proteção ao consumidor. Não por acaso, portanto, essas regras não são consideradas rigorosamente concorrenciais. Essa relação direta entre agente econômico que pratica ilícito concorrencial e consumidor não é típica do direito concorrencial, mas corresponde a uma necessidade prática e dogmática decorrente das situações de concentração de poder da economia brasileira. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 107)

Dessa forma, percebe-se que, para o autor, o consumidor é passível de titularizar direitos, no âmbito concorrencial, na hipótese de prática do ilícito de abuso de posição dominante, posição que é compartilhada por Ana Paula Martinez (2004, p. 78), destacando-se que Calixto Salomão Filho considera que o aumento arbitrário de lucros “nada mais é que uma espécie do gênero ‘abuso de posição dominante’, que não pode ser caracterizada como ilícito independente” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 404).

No que tange aos ilícitos de concorrência desleal, Calixto Salomão Filho reconhece que o consumidor é excepcionalmente o destinatário direto das normas concorrenciais sempre que se caracterizar que é diretamente por meio dele, consumidor, que a concorrência desleal foi praticada. Exemplificativamente, cita-se a hipótese de prática de propaganda enganosa baseada em informações falsas sobre o concorrente, o que causa lesão ao concorrente, propriamente, e ao consumidor, que tem seus direitos à informação e à escolha desrespeitados na medida em que a informação disponibilizada é enganosa, afetando sua decisão de consumo (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 107), afinal, como se sabe, a publicidade é uma estratégia competitiva cuja função principal é criar desejos, fazendo surgir necessidades que previamente não existiam. Há, portanto, uma manipulação competitiva dos desejos do consumidor (GALBRAITH, 1987, p. 128) que não atende a requisitos mínimos de lealdade e pode, eventualmente, constituir ilícito concorrencial se preenchidos os requisitos do art. 36, *caput* e incisos, da Lei n. 12.529/2011, além de prática abusiva, conforme prevê o art. 39, *caput* e incisos, do CDC.

Para Paula Forgioni, o art. 36 da Lei n. 12.529/2011 apresenta “duas almas” que convivem sem se contradizerem. Assim, o art. 36 protege a livre iniciativa e a livre concorrência, conforme determina o art. 170, *caput* e inc. IV, da CRFB/88 (esta seria a primeira “alma”) e, concomitantemente, reprime o abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário de lucros (previsto no art. 173, § 4º, da CRFB/88) e, por conseguinte, cause prejuízo ao consumidor (conforme determina o art. 170, inc. V, da CRFB/88 e o art. 1º da Lei n. 12.529/2011) ou a outros agentes econômicos, como fornecedores, distribuidores, o que acabaria por prejudicar o consumidor na medida em que o aumento das despesas tende a ser repassado ao consumidor (esta seria a segunda “alma”). Portanto, ao mesmo tempo em que protege

a livre iniciativa e a livre concorrência, a Lei n. 12.529/2011 protege, no caso do art. 36, III, de forma imediata, o consumidor, impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário de lucros (FORGIONI, 2012, p. 142).

Já Heloisa Carpena tem uma interpretação própria acerca do tema. Para a autora, os “interesses dos consumidores” não são considerados “como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da proteção da concorrência”, o que “decorre da aplicação dos princípios constitucionais” (CARPENA, 2005, p. 258).

Segundo Luiz Carlos Buchain, “o consumidor final não está abrangido pelo âmbito de aplicação” da lei concorrencial e “eventuais prejuízos de natureza econômica por esse sofridos, como, por exemplo, a imposição de preços abusivos no mercado, são regulados pelas práticas abusivas positivadas” no CDC, de forma que “os prejuízos sofridos pelo consumidor final não pertencem à órbita da defesa da ordem econômica concorrencial” (BUCHAIN, 2006, p. 147).

Por fim, Roberto Pfeiffer entende que “a legislação de defesa da concorrência não se presta a uma proteção direta do consumidor individual, mas sim indireta ou mediata, uma vez que não adjudica diretamente direitos aos consumidores” (PFEIFFER, 2015, p. 23). Desse modo, ainda que a lei concorrencial não proteja diretamente o consumidor, ela possui uma relação íntima com o bem-estar do consumidor. Para o autor:

embora as normas de defesa da concorrência não regulem a relação de consumo e não procedam a uma defesa direta do consumidor, tutelam interesses essenciais dos consumidores, uma vez que sua aplicação redunde em preços competitivos (e mais baixos do que aqueles praticados em situações sem concorrência efetiva), alternativas de escolha e melhores padrões de qualidade e inovação. (IDEM, p. 142-143)

Ainda, segundo Roberto Pfeiffer, “a política de defesa da concorrência não se presta à solução de conflitos individuais” e “eventuais práticas abusivas cometidas contra os consumidores somente serão reprimidas caso possam ter efeitos sobre a concorrência em geral”, podendo-se dizer que “a política de defesa da concorrência não é apta a adjudicar direitos

aos consumidores ou a reprimir condutas que afetem os seus interesses, mas não tenham o potencial de produzir efeitos sobre a concorrência” (IDEM, p. 146). Desse modo, a proteção do consumidor é

um objetivo indireto ou mediato da política de defesa da concorrência, já que através da aplicação das normas de defesa da concorrência não há como adjudicar direitos ao consumidor. Assim, por exemplo, na hipótese de ser praticada uma conduta abusiva contra o consumidor: 1) não há como a autoridade administrativa de defesa da concorrência determinar a reparação dessa lesão; 2) a repressão à conduta somente será efetivada caso haja a possibilidade de seu enquadramento como infração contra a ordem econômica, para o que é imprescindível a demonstração de que a prática surtiu (ou possui o potencial de produzir) efeitos danosos à concorrência como um todo (PFEIFFER, 2015, p. 151).

Como se percebe, há uma celeuma marcante na doutrina nacional e que destoa da aproximação que o Direito da Concorrência e do Consumidor e suas respectivas políticas vêm apresentando. Afinal, as políticas públicas relacionadas à defesa do consumidor e à livre concorrência não se fecham em copas, havendo amplo reconhecimento da necessidade de uma aproximação entre ambas a fim de se potencializar sua implementação, como visto no terceiro capítulo deste trabalho.

Além disso, a lei concorrencial, na medida em que é, também, uma lei voltada à defesa do consumidor (e aí se percebe que a “separação” entre os subsistemas concorrencial e consumerista não é absoluta e que há, entre ambos, uma “membrana” que é permeável), poderá ser utilizada caso a conduta do agente econômico (fornecedor-concorrente), ao configurar infração da ordem econômica, prejudique o consumidor, hipótese em que a defesa do consumidor será reforçada, como já estabelece o art. 47 da Lei n. 12.529/2011. Desse modo, “livre concorrência e proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação antitruste brasileira” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 82), de forma que “a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 12.529/2011, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais” (IDEM, p. 83), ainda que em caráter excepcional.

Finalmente, se a Lei n. 12.529/2011, uma lei de repressão ao abuso do poder econômico, é reconhecidamente uma lei que oferece proteção a diversos interesses, destacando-se (i) que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 12.529/2011, conforme dispõe o art. 1º, (ii) que o art. 36, *caput*, trata da livre concorrência, da livre iniciativa e da proteção “daqueles que se encontram em posição de sujeição em relação ao titular de poder econômico ou de posição dominante” (FORGIONI, 2012, p. 241) e (iii) que o art. 88, § 6º, prevê a possibilidade de autorização de atos de concentração econômica restritivos da concorrência, desde que, entre outros critérios, sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes desses atos, então não há dúvidas de que o consumidor é protegido pela Lei n. 12.529/2011 de formas diversas: (i) indiretamente, pela proteção da concorrência, uma instituição e um bem jurídico, (ii) diretamente, pela presença de interesses seus, no âmbito da autorização de atos de concentração econômica com efeitos restritivos à concorrência, conforme estabelece o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011 e (iii) diretamente, pela presença de interesses e direitos seus, se, de uma infração da ordem econômica, resultar-lhe prejuízo.

Além disso, não se pode olvidar que a concorrência, no sistema jurídico nacional, é, como visto, meio para a consecução da proteção do consumidor, que é mediada pela proteção dos concorrentes e da própria instituição concorrencial.

A proteção indireta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011

Como visto, o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.529/2011 dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” por ela, seguindo a tradição da lei concorrencial anterior, de 1994, que continha a mesma disposição. No entanto, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, ainda que se reconheça na concorrência um “bem” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 400), a lei não define claramente quais são os bens jurídicos protegidos por ela e os interesses de que preponderantemente trata,

contribuindo para a continuidade do debate doutrinário e da divergência jurisprudencial²⁶⁵.

Uma interpretação literal desse dispositivo, por exemplo, conduz à conclusão de que a lei concorrencial brasileira protege tão somente “bens jurídicos”, o que afastaria imediatamente de sua proteção o consumidor e os concorrentes. Afinal, há uma dicotomia invencível entre sujeito e objeto, sendo a distinção entre *persona* e *res* já conhecida dos romanos (COMPARATO, 2010, p. 34). Mesmo assim, a partir de uma interpretação sistemática, teleológica e conforme à Constituição (BARROSO, 2014, p. 330), não se pode negar que a dignidade da pessoa humana, enquanto bem intangível (NUNES, 2014b, p. 348), é o primeiro “bem”²⁶⁶ protegido pela Lei n. 12.529/2011 – embora se admita a inadequação deste vocábulo. Portanto, apesar de o tema ser sensível para o Direito da Concorrência, percebe-se que ele é pouquíssimo debatido.

Não restam dúvidas, porém, de que o consumidor recebe proteção indireta da lei concorrencial brasileira, como visto repetidas vezes ao longo deste trabalho. Nesse sentido, considera-se que o sujeito da proteção oferecida pela Lei n. 12.529/2011 é o “consumidor em abstrato” (LOPES, 2000, p. 86-87), havendo uma preocupação com a estrutura concorrencial do mercado e não com a relação de consumo. Assim, segundo Roberto Pfeiffer, por exemplo, “não é um consumidor individual em concreto que é sujeito de proteção, mas sim o bem-estar da coletividade dos consumidores” (PFEIFFER, 2015, p. 146). Além disso, é importante referir que essa posição se coaduna com o conceito de consumidor *lato sensu*, analisado no segundo capítulo, visto que o consumidor integra a “coletividade” (MIRAGEM, 2014, p. 147).

265 A autora refere-se à Lei n. 8.884/1994, mas sua observação permanece atual e é aplicável à Lei n. 12.529/2011. (CARPENA, 2005, p. 252-253)

266 Assim, por exemplo, Ana Paula Barbosa-Fohrmann (2012, p. 14) fala da proteção do bem “dignidade” no âmbito do art. 1º, § 1º, da Lei Fundamental de Bonn.

A proteção direta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011

Como visto, para além de uma proteção indireta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011, há uma proteção direta, que ocorre no âmbito (i) da autorização de determinados atos de concentração econômica que apresentem efeitos anticoncorrenciais, passíveis de legitimação contanto que exista o repasse de parte substancial dos benefícios decorrentes (do ato) aos consumidores, o que significa que o interesse do consumidor é priorizado em comparação ao da coletividade, pois a concorrência pode ser até mesmo “restringida” se isso implicar recebimento de determinados “benefícios” pelo consumidor, conforme estipula o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, e, finalmente, (ii) da prática de infrações da ordem econômicas.

Na primeira hipótese, em que o consumidor é o sujeito “beneficiário” de parte relevante dos benefícios decorrentes de uma concentração autorizada pelo CADE, nos termos do art. 88, § 6º, há uma proteção concorrencial direta do consumidor, pela presença de interesses seus. Já na segunda hipótese, em que o consumidor é o sujeito “prejudicado” por uma infração da ordem econômica (art. 36), há uma proteção concorrencial direta do consumidor, pela presença de interesses (e direitos) seus, se, de uma infração da ordem econômica, resultar-lhe prejuízo.

Tecidas essas breves considerações, passa-se à análise dessas situações.

4.2 A prevenção das infrações da ordem econômica

Há um interesse público claro na realização da empresa, que apresenta aspectos metaeconômicos e atende a uma função social, em sintonia com um Estado já não liberal, mas de bem-estar social, como visto.

Essa liberdade de empreender materializada na empresa pressupõe a liberdade de contratar, que não é, todavia, irrestrita. Há, por exemplo, diversos princípios no sistema jurídico – inclusive a previsão expressa de que

os contratos cumprirão função social²⁶⁷ – que condicionam o exercício, pelos agentes econômicos, do direito de escolher com quem contratar e o próprio objeto da relação contratual. Pelo prisma econômico-regulatório, a não autorização de determinados acordos decorre dos princípios constitucionais da livre concorrência (art. 170, IV, da CRFB/88) e da repressão ao abuso de posição dominante (art. 173, § 4º, da CRFB/88) (FGV, 2008, p. 122).

O controle de atos de concentração econômica se insere nesse quadro. Ele consubstancia a função²⁶⁸ de prevenção às infrações da ordem econômica, conforme preceitua o art. 1º da Lei n. 12.529/2011, e é uma espécie de filtro pelo qual a autoridade concorrencial²⁶⁹ verifica a possibilidade de o ato de concentração econômica – cuja tipologia empresarial (*Unternehmensträger*) é variável, podendo o ato revestir-se de uma fusão, de uma aquisição, de uma incorporação, de uma associação, de um contrato ou de uma *joint-venture*, como prevê o art. 90²⁷⁰ da Lei n. 12.529/2011²⁷¹ – oferecer riscos concorrenciais, ou não. Por isso, ele exerce uma função que

267 O CC prevê: art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

268 Uma outra função envolve aspectos societários. Como há pouca possibilidade de controle do poder do sócio majoritário por parte de acionistas minoritários e credores, já que os instrumentos de controle interno e a responsabilidade externa não têm extensão nem profundidade suficientes, faz-se necessário submeter ao controle concorrencial um número maior de concentrações e formas de cooperação econômica. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 530)

269 Elisabeth Farina observa que “a presença de uma agência forte de defesa da concorrência é especialmente importante quando a estratégia setorial é concebida e implementada por associações privadas. Entretanto, essas agências devem reconhecer que em uma economia de mercado há um enorme espaço a ser ocupado por ações de caráter cooperativo e que não devem ser ingenuamente confundidas com ações cartelizadas visando apenas lucros monopólicos de curto prazo. Esse tipo de ação é, obviamente, possível e passível de controle. Entretanto, a provisão de bens coletivos demanda uma ação coordenada entre potenciais concorrentes e que promove a competitividade tanto de firmas individuais quanto do setor como um todo”. (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 153)

270 É interessante observar que o art. 54 da Lei n. 8.884/1994 previa hipótese elástica de concentração econômica, abarcando quaisquer atos jurídicos como passíveis de notificação ao CADE, em consonância com a possibilidade de existência de estruturas societárias cooperativas, já que existe controle minoritário interno ou controle externo (de fato ou de Direito) que leva a uma tal interdependência entre as empresas que é possível e provável que entre elas venha a existir cooperação econômica. Assim, para prevenir formas societárias que visem elidir a aplicação da regra geral baseada na “influência dominante”, a doutrina alemã desenvolveu o conceito de “influência relevante do ponto de vista concorrencial” (*wettbewerblich erheblichen Einfluss*), também aplicável ao controle das condutas. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 534, 539)

271 Dispõe o art. 90: 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;

se vincula claramente à defesa do consumidor e que poderia ser considerada uma forma de proteção indireta do consumidor, não fosse a necessidade de haver o repasse, como prevê o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, de parte relevante dos benefícios decorrentes de atos de concentração econômica com efeitos restritivos da concorrência ao consumidor – o que torna esta uma hipótese de proteção direta do consumidor.

Ainda, é importante referir que os já citados arts. 170, IV e V e 173, § 4º, da CRFB/88 norteiam a aplicação do controle de estruturas, bem como algumas normas infralegais que servem como diretrizes para a análise de atos de concentração econômica, quais sejam, a Resolução n. 15/1998 do CADE, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal e a Resolução n. 02/2012 do CADE (BRASIL, CADE, 2012a).

Cumpridas todas as etapas de análise do ato, o CADE poderá (i) autorizar, (ii) autorizar com restrições, hipótese esta em que a autoridade estabelece condições, visto que a operação pode ocasionar efeitos indesejáveis à concorrência ou, por fim, (iii) não autorizar a operação concentracionista submetida à sua apreciação.

4.2.1 A submissão de atos de concentração econômica ao CADE

Ao impor o dever de submissão de determinados atos de concentração econômica à análise da autoridade concorrencial, a Lei n. 12.529/2011 pretende prevenir, como visto, que ocorram, futuramente, infrações da ordem econômica, objeto de controle repressivo. Essa perspectiva permite compreender que o controle exercido pela autoridade concorrencial, apesar de materializado em dois aspectos distintos, integra um único sistema, que não deveria, portanto, perder a ideia de unidade, de relação entre estruturas e comportamentos.

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*.

Contudo, apesar de sua reconhecida importância, nota-se que o papel preventivo das autoridades concorrenciais vem sendo mitigado (FORGIONI, 2012, p. 422) diante da tendência mundial de concentração empresarial, motivada pela urgência que os países têm de fortalecer suas empresas, seus parques industriais – o que leva, muitas vezes, à substituição do papel preventivo pelo repressivo (VAZ, 2000, p. 222).

A Lei n. 12.529/2011 prevê a realização de controle dos atos de concentração econômica que preencham os requisitos previstos no art. 88, I e II da Lei n. 12.529/2011, atos que devem ser notificados ao SBDC de forma prévia (controle *ex ante*), sob pena de nulidade e de multa pecuniária. Assim, se as partes envolvidas consumarem o ato de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste, incorrem na prática de *gun jumping*²⁷² (que tem previsão no art. 88, § 3º, da Lei n. 12.529/2011).

De acordo com o art. 88, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, o CADE tem até 240 dias para emitir parecer sobre a concentração econômica apresentada ao SBDC, “a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. Este prazo poderá ser prorrogado, conforme dispõe o § 9º do art. 88, por mais 60 ou 90 dias, por requisição das partes envolvidas, no primeiro caso, ou por necessidade fundamentada demonstrada pela autarquia, no segundo caso, de forma que o prazo global máximo de análise e decisão de atos de concentração econômica é de 330 dias.

Assim, o negócio jurídico que resulte em um ato de concentração econômica notificável ao SBDC terá eficácia suspensiva até a publicação de decisão administrativa que o autorize, o que evita a eventual consolidação de situação de fato prejudicial à concorrência (OLIVEIRA JUNIOR,

272 O CADE já impôs condenações a empresas pela prática de *gun jumping*. Ao julgar o Ato de concentração n. 08700.010394/2014-32, em sessão de julgamento realizada em 22/4/2015, por exemplo, o Tribunal do CADE determinou às empresas Brasfrigo Ltda., Brasfrigo S/A e Goiás Verde Ltda. o pagamento de R\$ 3 milhões pela prática de *gun jumping* – situação em que ocorre consumação da operação sem autorização prévia da autoridade concorrenciais. Para a conselheira relatora do caso, Ana Frazão, ainda que o ato de concentração não tenha gerado efeitos negativos sobre o mercado, “a ausência de notificação alterou prematuramente as condições de concorrência e trouxe benefícios ilícitos às requerentes, especialmente à compradora, que passou a utilizar os ativos da Brasfrigo sem antes submeter o negócio à análise prévia do CADE”. A consumação da aquisição ficou comprovada a partir do exame do contrato celebrado entre as empresas. Além disso, observou-se, entre outros aspectos, que a Goiás Verde já vinha utilizando em seu *site* as marcas da Brasfrigo, tendo inclusive alterado a embalagem dos produtos comercializados sob a marca Jurema. (BRASIL, CADE)

2012, p. 138). De acordo com o § 4º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011, 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 do referido artigo.

No que tange ao aspecto material do controle das estruturas, o *caput* do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 dispõe que 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).

Contudo, o § 1º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 autoriza a adequação desses valores, a partir de indicação do Plenário do CADE, por Portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça, uma autorização legislativa sem equivalente na lei concorrencial anterior. Nesse contexto, em maio de 2012, foi publicada a Portaria interministerial n. 994/2012 (BRASIL, CADE, 2012b), dos Ministros da Justiça e da Fazenda, que alterou esses parâmetros de faturamento (já desatualizados, considerando que o Projeto de lei n. 3.937/2004, que se tornou a Lei n. 12.529/2011, tramitou por 7 anos no Congresso Nacional), tornando obrigatória a submissão de atos de concentração econômica cujos valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no País sejam de: (i) R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inc. I do art. 88 e (ii) R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inc. II do art. 88 da Lei n. 12.529/2011.

Desse modo, o faturamento ou volume de negócios configuram patamares mínimos (ANDRADE, 2002, p. 327) para que um ato deva ser apresentado ao CADE. Além disso, é indiferente para a aplicação da lei, que adotou um âmbito amplo (PFEIFFER, 2015, p. 155) de controle estrutural,

se se trata de uma concentração horizontal²⁷³, vertical²⁷⁴ ou conglomerada²⁷⁵, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal²⁷⁶.

Essa opção legislativa vincula-se à presunção de que as sociedades ou grupos de sociedades que auferem faturamentos elevados ou apresentam um volume de vendas significativo têm condições de afetar o mercado, detêm alguma posição importante, decisiva, senão dominante, de modo que seus atos podem impactar, de forma determinante, a estrutura dos mercados, o que justifica o seu controle. Nesses casos, portanto, impõe-se a notificação, que é dever das empresas envolvidas na operação e está vinculada a dados detidos por estas (faturamento bruto anual e volume de negócios) e apresentados ao CADE pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)²⁷⁷.

Uma inovação considerável e bem-vinda da Lei n. 12.529/2011 diz respeito à possibilidade de o CADE atuar de ofício no controle estrutural, uma vez que, de acordo com o art. 88, § 7º, a autoridade concorrencial pode, no prazo de 1 (um) ano a contar da consumação da concentração, requerer a submissão dos atos concentracionistas que não se enquadrem no disposto no art. 88 da Lei n. 12.529/2011. Se, por um lado, enfraquece-se o princípio da segurança jurídica, o que influi diretamente nos direitos de liberdade do cidadão ao fragilizar a calculabilidade (ÁVILA, 2014b, p. 604), previsibilidade (IDEM, p. 177-180) e confiança (IDEM, p. 374-381) no

273 A concentração horizontal envolve concorrentes, agentes econômicos que desempenham uma mesma atividade. Por envolver empresas que competem entre si, é a espécie que mais desperta preocupações concorrenciais. (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 125 e ss.)

274 A concentração vertical envolve a unificação de empresas que atuam em diversos estágios de uma determinada atividade econômica. (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 159 e ss.)

275 A concentração conglomerada envolve atos realizados entre empresas que não concorrem em um mesmo mercado, nem tampouco mantêm relação vertical. (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 107)

276 Nesse sentido, Calixto Salomão Filho (2013, p. 325) e Maria Cecília Andrade (2002, p. 324).

277 De acordo com o § 8º da Lei n. 12.529/2011, “as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados”.

sistema jurídico, por outro lado, há a possibilidade de se evitar problemas concorrenciais futuros, privilegiando-se o interesse público.

De acordo com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, que apresenta orientações específicas²⁷⁸ para as concentrações horizontais, consideradas mais problemáticas do que as demais, utiliza-se como critério básico para a emissão de um parecer favorável à autorização de um ato de concentração econômica que ele tenha um efeito líquido não negativo sobre o bem-estar econômico-social²⁷⁹. Conforme o Guia, o protocolo de análise dos atos de concentração econômica observa cinco etapas²⁸⁰, como demonstra a tabela que ora segue.

Tabela 1: etapas de análise observadas pelo protocolo.

Etapa	Objeto
I	definição do mercado relevante
II	determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subsequentes
III	exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na etapa IV
IV	exame das eficiências econômicas gerados pelo ato
V	avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não negativo), as secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias

278 Nos EUA, o FTC adotou as *Horizontal Merger Guidelines*. Já no direito da UE, vigoram, desde 2004, as Orientações relativas às Concentrações Horizontais.

279 Conforme o item 13 do Guia (BRASIL, MF, SEAE/SDE, 2001).

280 Conforme o item 25 do Guia (BRASIL, MF, SEAE/SDE, 2001).

No que tange à verificação do mercado relevante, a metodologia mais empregada é o “teste do monopolista hipotético”, também contida nas *Horizontal Merger Guidelines*²⁸¹ do US Department of Justice (DOJ) e *Federal Trade Commission* dos EUA de 2010.

Após a verificação do mercado relevante, a etapa seguinte de análise envolve o cálculo do poder de mercado das empresas concentracionistas, somando-se a parcela que cada uma das empresas possuía antes do ato de concentração. Destaca-se, aí, o cálculo do C_i , que envolve a soma das participações de mercado dos “ i ” maiores agentes econômicos do setor. Normalmente, utiliza-se o C_4 , ou seja, utiliza-se a soma das quatro maiores empresas do mercado relevante. Utiliza-se, igualmente, o *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI), que reflete eventuais participações de mercado não uniformes²⁸² e demarca uma espécie de “porto seguro”, pois as concentrações que envolvem um HHI inferior a 100 não seriam objeto de preocupação (e de qualquer restrição pelo DOJ), por exemplo, que utilizou o índice pioneiramente) (PFEIFFER, 2015, p. 158).

A próxima etapa analítica trata da averiguação da probabilidade de exercício de poder de mercado e consiste, basicamente, na verificação da viabilidade de importações do produto envolvido, na verificação das condições de entrada de novos agentes econômicos, destacando-se a preocupação com a existência eventual de barreiras à entrada. A partir daí, verificam-se os eventuais benefícios à economia dessas concentrações, já que há a possibilidade de apresentarem eficiências passíveis de superar restrições concorrenciais.

De acordo com a Resolução n. 15/1998 do CADE, consideram-se eficiências compensatórias aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação em análise e que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno (BRASIL, CADE, 1998).

281 Eleanor Fox aponta que não há, correntemente, *guidelines* para casos de concentrações verticais e conglomeradas nos EUA. Já a UE tem *guidelines* para casos de concentrações horizontais, verticais e conglomeradas. (FOX, 2012, p. 369)

282 Segundo Eleanor Fox (2012, p. 372-373), “HHIs are derived from market shares, which are derived from the market definition. If the market definition is wrong, the HHIs are meaningless”. Além disso, “HHI gives significance to the size-distribution of firms in the market, since firms are weighted by their market share”.

4.2.2 A proibição de atos de concentração econômica

De acordo com o § 5º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 os atos de concentração econômica 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 são proibidos, já que, como aponta Ronald Dworkin, “as leis são necessárias para proteger a igualdade e, inevitavelmente, envolvem limitações da liberdade” (DWORKIN, 2010, p. 412). Contudo, cumpridos os requisitos expostos no § 6º do art. 88, tais atos podem ser autorizados, o que se verificará a seguir.

4.2.3 A autorização de atos de concentração econômica

Como visto, quando o ato de concentração econômica preenche os requisitos presentes no § 5º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011 ele deverá ser, em regra, proibido pelo CADE. Entretanto, o § 6º do art. 88 prevê algumas condições que, uma vez atendidas, permitem que o ato seja, ao invés, autorizado, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar 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.

A partir dessas disposições, observa-se que as eficiências econômicas a serem consideradas na análise antitruste são aquelas produzidas pela concentração em si, excluindo-se da análise quaisquer outras. Com efeito, a lei concorrencial esclarece que há a necessidade de demonstração de que

a concentração ocasiona ganhos de eficiência realizáveis apenas a partir da concentração, e não de forma diversa (PFEIFFER, 2015, p. 165).

Assim, como se vê, a lei não criou uma proibição absoluta, admitindo que as empresas em processo de concentração com repercussão anticoncorrencial apresentem justificativas para legitimar a concentração desejada, entre as quais está o ganho de eficiências econômicas e o repasse ao consumidor de parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração, de forma que, somente se se comprovar efetivamente que a concentração beneficia o consumidor, o CADE poderá autorizar a operação (CARPENA, 2005, p. 231).

Trata-se, como aponta a literatura, de sistema de concessão de autorizações, sem prejuízo de eventuais isenções à lei concorrencial decorrentes de outras normas, a partir da interpretação sistemática do Direito (FORGIONI, 2012, p. 195, 210). Nas palavras de Paula Forgioni, está-se diante das “válvulas de escape”, meios técnicos, próprios da lei concorrencial, “que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas” (IDEM, p. 194), o que possibilita a inserção de elementos justificadores de determinados atos que, *a priori*, são qualificados como anticoncorrenciais (BUCHAIN, 2006, p. 39). Embora semelhante ao modelo da regra da razão, desenvolvido nos EUA, como visto, na literatura²⁸³ predomina o entendimento de que o sistema de autorizações e de isenções brasileiro, de nítida inspiração europeia, não se confunde com o sistema estadunidense da *rule of reason*.

No que tange à adoção de restrições, percebe-se que a autoridade concorrencial utiliza, em regra, duas espécies, quais sejam, restrições comportamentais e/ou estruturais, os chamados remédios compensatórios e saneadores (CASTRO, 2011, p. 49), que têm como escopo assegurar a realização das eficiências alegadas pelas requerentes, bem como seu compartilhamento com os consumidores” (BRASIL, CADE, RELATÓRIO...) ²⁸⁴.

283 Nesse sentido, citam-se as seguintes obras de Bruna (2001, p. 157), Buchain (2006, p. 39), Forgioni (2012, p. 194-195) e Pfeiffer (2015, p. 228).

284 Relatório do Conselheiro-Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe no Ato de concentração n. 08012.001297/99-34, em que cita, expressamente, o Parecer n. 243 COGSE/SEAE/MF.

Esses remédios envolvem obrigações de fazer ou não fazer, estampadas em Acordo em Controle de Concentração (ACC).

Os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre concorrência que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei (OLIVEIRA, 2011, p. 19). Eles são passíveis de adoção no âmbito do controle de atos de concentração econômica e podem ser considerados espécie de limitação administrativa²⁸⁵. Dividem-se em: (i) remédios estruturais, que “modificam a alocação dos direitos de propriedade” e incluem “alienações completas ou parciais de negócios em andamento” e (ii) remédios comportamentais, que “estabelecem restrições para os direitos de propriedade” das empresas concentradas e “consistem em compromissos das partes em fusão de não abusar de certos ativos disponíveis nem de fazer uso de específicos arranjos contratuais” (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 136). Assim, os remédios comportamentais, ao invés de implicarem a transferência de direitos reais, impõem restrições em sua fruição.

No que tange a esse tema, destaca-se a decisão adotada recentemente pelo Tribunal do CADE por ocasião da análise do Ato de concentração n. 08700.005447/2013-12 (caso Kroton-Anhanguera), considerado complexo (BRASIL, CADE, ATO...).

Em abril de 2013, Kroton e Anhanguera celebraram acordo de associação, visando à unificação das atividades de ambas mediante a incorporação de ações de emissão da Anhanguera pela Kroton. A operação, notificada ao CADE, foi conhecida, uma vez que tempestivamente apresentada e preenchido o critério do faturamento exposto no art. 88, I e II, da Lei n. 12.529/2011²⁸⁶, entendendo-se que havia fundamentos para justificar sua autorização, desde que condicionada à adoção de remédios estruturais e comportamentais estampados em ACC – o que faria face aos problemas

285 Como ensina Hely Lopes Meirelles (1999, p. 568), “limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.

286 Observa-se que o faturamento do Grupo Anhanguera, no Brasil, em 2012, totalizou R\$ 2,6 bilhões, enquanto o faturamento do Grupo Kroton, no País, em 2012, foi de R\$ 1,7 bilhão, conforme dados disponíveis na p. 3.681 da versão pública dos autos do ato de concentração 08700.005447/2013-12 (BRASIL, CADE, ATO...).

nos cenários nacional e municipal envolvendo a graduação a distância e presencial (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.064) e resguardaria o interesse do estudante/consumidor –, como se verifica: (i) alienação de ativos²⁸⁷, (ii) suspensão do uso de bandeira em alguns cursos e limitação do número de vagas ofertadas²⁸⁸, (iii) limitação da expansão nacional²⁸⁹ e, finalmente, (iv) metas de qualidade²⁹⁰. Definiu-se, ainda, que o monitoramento do ACC ocorreria, sobretudo, pela apresentação à autarquia concorrencial de relatórios semestrais contendo informações relativas às providências necessárias ao seu cumprimento, pelas partes compromissárias²⁹¹.

Ainda não se pode avaliar se os remédios estruturais e comportamentais adotados no ACC celebrado no âmbito do Ato de concentração n. 08700.005447/2013-12 terão, de fato, os efeitos esperados²⁹². Aparentemente, a peculiaridade de haver avaliações periódicas realiza-

287 A alienação da Uniasselvi para um terceiro que não faça parte, no momento da alienação, do mesmo grupo econômico que as empresas compromissárias, por exemplo, integra o ACC apresentado pela Kroton e Anhanguera perante o CADE. O intuito da medida é permitir a presença de um concorrente com escala suficiente para rivalizar no mercado de ensino à distância nacional com a empresa resultante da concentração. Além disso, estabeleceu-se a necessidade de alienação de ativos vinculados à graduação presencial nos municípios de Rondonópolis e Cuiabá. (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.067, 4.070)

288 Em relação a alguns municípios, as compromissárias se comprometeram a suspender, até 2017, a captação de novos alunos nos cursos identificados como problemáticos pelo CADE, por uma das mantenças de Ensino à distância (EAD) das compromissárias, e limitar o número de alunos que poderá ser captado pela outra manutenção de EAD das compromissárias, para determinado curso, em certo município. Nesses casos, aquela bandeira – Kroton ou Anhanguera – que detiver maior participação de mercado nos cursos em que foram detectados problemas concorrenciais ficará impedida de ofertar vagas. A outra que detiver menor participação não poderá expandir sua oferta de matrículas, de forma a limitar a expansão das requerentes e viabilizar o crescimento dos concorrentes. (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.068)

289 Relativa às operações de EAD de Unopar e Uniderp. (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.069)

290 Relativas à melhoria da qualidade do ensino de graduação, na modalidade EAD. (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.070)

291 Além disso, deve-se destacar que, pelo período de 3 anos, a partir da publicação da decisão do CADE que autorizou a operação, condicionada ao ACC, as partes compromissárias deverão notificar o CADE de qualquer aquisição de controle de instituição de ensino superior com atuação e que oferte, no momento da aquisição, cursos de graduação presenciais e a distância, no Brasil, ainda que não atendidos os requisitos dispostos no art. 88 da Lei n. 12.529/2011. A aquisição, nesse caso, está condicionada à autorização do CADE. (BRASIL, CADE, ATO..., p. 4.071)

292 Em estudo a respeito dos impactos de fusões e aquisições sobre a qualidade dos serviços ofertados pelas empresas adquiridas no setor de ensino superior brasileiro, aponta-se que vários fatores, como o “conceito preliminar de curso”, por exemplo, experimentam efeito positivo apenas decorridos, em média, dois anos da operação concentracionista. (GARCIA, 2014, p. 64)

das pelo Ministério da Educação (MEC), a fim de verificar estrutura, qualificação do corpo docente etc., das Instituições de Ensino Superior (IESs), caso da empresa resultante da concentração, é um “trunfo” fiscalizatório, constituindo uma forma complementar de a autoridade concorrencial monitorar o atendimento das metas de qualidade que devem ser alcançadas e repassadas ao estudante/consumidor.

4.2.4 O repasse ao consumidor de parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração econômica

Como visto, de acordo com o § 5º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011, os atos de concentração econômica 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 serão proibidos, ressalvando-se o disposto no § 6º do mesmo artigo. Este parágrafo, por sua vez, permite expressamente que os atos com as características expostas no § 5º do art. 88 possam ser autorizados, desde que se observem os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar 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.

Surgem, a partir daí, questões relacionadas à presença de conceitos jurídicos cujos termos são indeterminados²⁹³, uma característica do Direito Concorrencial que visa preservar a eficácia da relação entre a norma jurídica e a realidade fática (MIRAGEM, 2005, p. 147). Afinal, que efeitos tal enunciado pretende produzir? Que condutas ele impõe ou veda, já que a identificação dos efeitos pretendidos pela norma é, provavelmente, o momento mais importante na construção de sua imperatividade (ENGLISH, 2001, p. 27

293 Segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 312), há uma dialética que permeia todo o Direito e que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a necessidade de imprecisão, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador.

e ss.)? Afinal, o que seriam “benefícios decorrentes” do ato de concentração econômica autorizado? O que seria uma “parte relevante”²⁹⁴ desses benefícios? E, finalmente, como ocorreria o “repasso” aos consumidores?

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal não define o que seriam esses benefícios e tampouco os exemplifica, mas estabelece, em seu item 72, que

os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa-fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis (BRASIL, MF, SEAE/SDE, 2001).

Desse modo, as Orientações para a Avaliação das Concentrações Horizontais da UE apresentam-se como paradigma, destacando que a situação dos consumidores não pode piorar na sequência da concentração, ideia que se coaduna com o princípio da simplicidade²⁹⁵. Entre os benefícios, as orientações citam, exemplificativamente: redução de preços, desenvolvimento de produtos ou serviços melhores ou inovadores, redução de incentivos para eventual coordenação de comportamentos etc. (UNIÃO EUROPEIA. ORIENTAÇÕES..., 2004c). Já nos EUA, suas *Horizontal Merger Guidelines*, de 2010, estabelecem que

efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firms. Moreover, efficiencies projected reasonably and in good faith by the merging firms may not be realized. Therefore, it is incumbent upon the merging firms to substantiate efficiency claims so that

294 Tercio Sampaio Ferraz Junior (1997, p. 87) anota que o conceito pode ser indeterminado, mas não indeterminável.

295 Que, embora tenha origem militar e previsão expressa na Lei n. 9.099/1995, deve ter aplicação ampla.

the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm's ability and incentive to compete, and why each would be merger-specific.

*Efficiency claims will not be considered if they are vague, speculative, or otherwise cannot be verified by reasonable means. Projections of efficiencies may be viewed with skepticism, particularly when generated outside of the usual business planning process. By contrast, efficiency claims substantiated by analogous past experience are those most likely to be credited*²⁹⁶. (EUA, HORIZONTAL..., 2010b, p. 30)

Destaca-se, também, a título comparativo, a publicação, em 2014, do Livro Branco sobre as concentrações da UE, que dispõe: “o controle das concentrações da UE contribui de forma importante para o funcionamento do mercado interno”, “ao garantir que a concorrência, e por consequência os consumidores, não são prejudicados pela concentração econômica no mercado”, perspectiva que reforça a adesão do Antitruste, no espaço europeu, à defesa do consumidor (UNIÃO EUROPEIA, 2014a, p. 6).

Questão importante, ainda, é determinar o prazo²⁹⁷ em que se considerará o repasse de benefícios aos consumidores, visto que a lei brasileira e os atos normativos infralegais são lacônicos a respeito, bem como a forma e os custos de monitoramento de sua implementação, que pode ser imediata ou diferida e implicar a adoção de remédios antitruste, como visto.

Além disso, não se deve presumir que toda concentração econômica necessariamente alcance as eficiências que projetou produzir, o que torna necessário que elas sejam adequadamente comprovadas, já que não

296 Em tradução livre: eficiências são difíceis de verificar e quantificar, em parte porque muitas das informações relativas às eficiências estão exclusivamente na posse das empresas envolvidas na concentração. Além disso, a eficiência projetada razoavelmente e de boa-fé pelas partes na concentração pode não ser realizada. Portanto, cabe às empresas envolvidas na concentração fundamentar as alegações de eficiência de modo que as agências possam verificar por meio razoável a probabilidade e a magnitude de cada suposta eficiência, como e quando cada uma delas seria alcançada (e quaisquer custos para fazê-lo), como cada uma melhoraria a capacidade e o incentivo de a empresa resultante da concentração competir, e por que cada uma seria específica da concentração. Ganhos de eficiência não serão considerados se eles são vagos, especulativos, ou de outra forma não podem ser verificados por meios razoáveis. Projeções de ganhos de eficiência podem ser vistos com ceticismo, particularmente quando geradas fora do processo usual de planejamento de negócios. Por outro lado, as reivindicações de eficiência justificadas por experiências análogas do passado são aquelas com maior probabilidade de receber crédito.

297 Aponta-se, na literatura, o prazo de 5 anos. (STUYCK, 2005, p. 9)

se pode sacrificar um interesse econômico presente do consumidor em troca de um incerto e não comprovado benefício futuro (PFEIFFER, 2015, p. 186), tema que se coaduna com o princípio da defesa do consumidor e com o princípio da precaução, inicialmente aplicado ao Direito Ambiental. É também importante referir que os custos públicos associados à aplicação de remédios no âmbito do controle de atos de concentração econômica não deverão exceder os ganhos sociais deles decorrentes. A relação custo-benefício deverá considerar o objetivo final de assegurar um benefício líquido aos consumidores (SULLIVAN, 2003, p. 377-425).

Na hipótese de os benefícios decorrentes da concentração autorizada não serem alcançados, ou de haver o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas, ou, ainda, de a decisão do Tribunal do CADE basear-se em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, a autorização poderá ser revista pelo Tribunal do CADE, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, como preceitua o art. 91 da Lei n. 12.529/2011.

Finalmente, destaca-se que, pelo princípio da vedação do retrocesso, uma construção doutrinária relacionada aos princípios, particularmente àqueles relacionados aos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2011, p. 85), caso da defesa do consumidor, não se poderia admitir passar de um modelo, o modelo da Lei n. 8.884/1994, em que existia, como condição de autorização dos atos de concentração econômica passíveis de notificação ao SBDC, a necessidade imperiosa de uma distribuição equitativa dos benefícios decorrentes do ato de concentração econômica entre os seus participantes e os “consumidores ou usuários finais”, conforme a redação do art. 54, § 1º, II, daquela lei, para um modelo em que a condição de autorização do ato de concentração econômica é unicamente o repasse aos consumidores de “parte relevante dos benefícios decorrentes” sem que isso carregue consigo um efeito distributivo.

Isso porque a ideia de “repasse” sem amparo na teoria da justiça distributiva, analisada adiante, além de configurar uma abertura à subjetividade que é temerária, poderia repercutir na eleição dos critérios de análise econômica adotados pela autoridade concorrencial e significar, talvez, um compromisso menor com o bem-estar do consumidor, permitindo a autorização de atos de concentração econômica sem que os benefícios daí

derivados e entregues ao consumidor sejam equiparáveis àqueles que o seriam no âmbito da aplicação da Lei n. 8.884/1994.

4.2.5 A definição do modelo econômico aplicável

A efetivação voluntária de uma transação entre fornecedor e consumidor propicia benefícios²⁹⁸ para ambas as partes, sendo que se assim não fosse, não haveria sequer incentivo para que se realizasse. Com efeito, a avaliação dos benefícios aos consumidores deve estar baseada em evidências, em dados empíricos, considerando o caráter de supressão de um ou mais agentes econômicos que todo ato de concentração econômica apresenta.

A verificação das eficiências envolvidas em uma concentração apresenta problemas que compreendem desde a sua aferição até a viabilidade de seu efetivo estabelecimento. As dificuldades em verificá-las variam conforme as características do setor que está em análise. Por exemplo, em segmentos cuja produção é complexa, a análise das eficiências que resultam da concentração pode se tornar inviável. Em outros setores, pode simplesmente não ser possível determinar as eficiências que advirão da concentração isoladamente (SCHYMURA, 1997, p. 237).

Por isso, a análise das eficiências decorrentes da concentração tem motivado discussões e, conseqüentemente, tem recebido tratamento distinto pela legislação de diversos países.

Sob o modelo do bem-estar do consumidor (*consumer welfare model*), que Eugène Buttigieg denomina de "*consumer interest model*", há três *standards* para avaliar as eficiências: o (i) "*pure price standard*", que permite a concentração econômica apenas se ela não levar a um aumento do poder de mercado, o (ii) "*modified price standard*", que permite a concentração econômica mesmo que ela implique aumento do poder de mercado, contanto que os preços pós-concentração diminuam e, finalmente, o (iii) "*consumer surplus standard*", que não olha apenas para o fator "preço", permitindo até mesmo uma concentração econômica que resulte em preços

298 Para a avaliação dos referidos benefícios são frequentemente utilizados os conceitos de excedente do consumidor e de excedente do produtor, já verificados no tópico 3.4.2.

maiores no cenário pós-concentração, desde que existam outros benefícios compensatórios ao consumidor, como qualidade maior de produtos e/ou serviços, melhor informação, ampliação de serviços e inovação (BUTTIGIEG, 2009, p. 327-328).

Já sob o modelo do bem-estar total (*total welfare model*) há dois *standards* possíveis, quais sejam, o “*total surplus standard*” e o “*balancing weight method*”. Ambos os *standards* ignoram a transferência de renda dos consumidores para as partes envolvidas na concentração econômica ao não requerer que as eficiências sejam repassadas aos consumidores, mas no caso do método *balancing weight* o efeito é algo mitigado na medida em que este método permite uma ponderação da transferência de renda numa base casuística a fim de refletir valores sociais (IDEM, p. 328).

Nos EUA adota-se o modelo “*consumer welfare*” na forma do *modified price standard* desenvolvido pelos teóricos pós-Chicago, ao invés do modelo *total welfare* na forma do *total surplus standard* desenvolvido pela Escola de Chicago²⁹⁹. Em termos econômicos, refere-se que o modelo *total welfare* requer que as eficiências sejam suficientemente amplas para compensar a perda de peso morto (*deadweight loss*) resultante de um comportamento anticompetitivo, de forma que se permita uma concentração econômica que aumente o *total surplus*, a despeito de um aumento dos preços acima do nível competitivo (BUTTIGIEG, 2009, p. 327-328).

Oliver Williamson, que com outros membros da Escola de Chicago é o principal expoente dessa teoria, define que houve ocorrência de perda de peso morto quando preços anticompetitivos resultam em uma redução dos níveis de consumo, causando, portanto, uma perda de bem-estar absoluta. Depois do aumento do preço, os consumidores, coletivamente, consomem uma menor quantidade de um produto, por exemplo, e pagam mais pelo que efetivamente adquirem (IDEM, p. 328).

A escolha da metodologia passível de demonstrar o aspecto distributivo das eficiências obtidas com a concentração econômica, assegurando o repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorren-

299 De acordo com Silke Möller, porém, «im Verständnis der Chicago School sind die Begriffe Verbraucherwohlfahrt und Gesamtwohlfahrt oder auch Verbraucherwohlfahrt und statische Effizienz Synonyme». Em tradução livre: na compreensão da Escola de Chicago os conceitos de bem-estar do consumidor e bem-estar total ou também bem-estar do consumidor e eficiência estática são sinônimos. (MÖLLER, 2008, p. 223)

tes da concentração, implica uma adesão a ideias díspares de excedente, tema que dá azo a amplas discussões na Economia. É indiscutível, porém, que a eficiência econômica, no sistema jurídico brasileiro, não é um valor desprezado de um fim social, pois, se, por um lado, a Constituição prevê o princípio da livre-iniciativa, o direito de propriedade e o princípio da livre concorrência, por outro, apresenta preocupações claras com a justiça social, a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 175), considerada, neste trabalho, sob a perspectiva do consumidor.

Enquanto o modelo de Williamson centra-se apenas no excedente total, o modelo *price standard* privilegia somente o excedente do consumidor (POSSAS, 2009, p. 245) – embora, como visto, existam variações deste modelo. Este foi, aliás, o modelo escolhido pelo Tribunal do CADE em decisão paradigmática, qual seja, a adotada na apreciação do Ato de concentração n. 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto) (BRASIL, CADE, APRECIÇÃO AC n. 08012.001697/2002-89, 2004). Aí, o tema da escolha do método que melhor demonstrasse a preservação do excedente do consumidor foi amplamente discutido, demonstrando-se, ao final, que a interpretação mais adequada da Lei n. 8.884/1994 levaria à aplicação do citado modelo.

Tal posicionamento coaduna-se com o caráter abrangente do princípio da defesa do consumidor, que confere validade à inclusão do bem-estar do consumidor entre os objetivos da política de defesa da concorrência. Com efeito, justifica-se o estabelecimento da preservação do excedente do consumidor entre os critérios de análise dos atos de concentração econômica (PFEIFFER, 2015, p. 49).

Portanto, a arquitetura do controle dos atos de concentração econômica, conforme prevista pela Lei n. 12.529/2011, ao prever o repasse de parte substancial dos benefícios inerentes ao ato de concentração econômica autorizado aos consumidores, demonstra que o ato que apresente restrições concorrenciais poderá ser autorizado se e somente se a Administração puder assegurar que haverá a partilha de benefícios, sob pena de haver uma interpretação *contra legem* – o que reafirma a adoção do *price standard* e suas variações e sugere a adoção, também, do *consumer surplus standard* na ausência de modelo mais abrangente e que permita pensar

o bem-estar do consumidor na perspectiva de um *well-being*, o que demanda uma abordagem que considere critérios para além do preço.

4.2.6 O viés distributivo do controle de estruturas ao impôr a necessidade de compartilhar

Segundo Calixto Salomão Filho, ao tratar do controle das concentrações, o legislador apresenta claramente o princípio redistributivo após expor o requisito relacionado à eficiência, no art. 88, § 6º, I, da Lei n. 12.529/2011. Assim, resulta da aplicação dessa noção redistributiva de eficiência a garantia da prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 241), o que também ocorre na UE, como se observa da leitura do item 3 do art. 101 do TFUE, que permite a realização de práticas concertadas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores³⁰⁰ se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante.

Com efeito, a teoria subjacente a essa perspectiva é a da justiça distributiva³⁰¹, uma vez que há, no controle dos atos de concentração econômica, uma concepção distributiva clara dos benefícios resultantes da eficiência conquistada pelos agentes econômicos que desejam de alguma forma se concentrar (fusão, aquisição etc.). Além disso, há, na literatura, quem identifique na redistribuição a grande função do Estado contemporâneo, acrescentando que o objetivo redistributivo é, também, uma forma de dar eficiência ao Estado (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 42) e ao próprio capitalismo.

Não se está, aqui, sustentando que obrigações desarrazoadas sejam impostas aos particulares em função da intenção, legítima, de obter o aval da autoridade concorrencial para a realização de uma concentração econômica. O valor social da livre iniciativa exerce um papel importante no sistema jurídico, é fundamento da República e fundamento da ordem eco-

300 Entre os quais estão os consumidores, como se depreende da leitura das “Orientações relativas à aplicação do n. 3 do art. 101º do TFUE” (UNIÃO EUROPEIA, 2004b).

301 Há, ainda, a justiça comutativa, em que «o igual é tomado segundo a proporção aritmética, e essa é uma afirmativa comprovada pelo fato de que, nesse tipo de justiça, a diferença de proporções entre as pessoas não é considerada relevante». (AQUINO, 2012, p. 53)

nômica, assim como o direito de propriedade, que é direito fundamental. Ocorre, porém, que o requisito distributivo está implicitamente previsto na lei concorrencial e demonstra a preocupação do legislador com o consumidor, sujeito reconhecidamente vulnerável, atendendo ao preceito constitucional que tornou a defesa do consumidor um direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Essa preocupação não ocorre gratuitamente. Ela encerra um cuidado que não é demasiado, como demonstra o fato de o legislador não ter mencionado expressamente diversas razões de interesse público possíveis – embora o art. 170, *caput*, da CRFB/88 estabeleça, como visto, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social – determinando, por exemplo, que fossem impostas obrigações compensatórias de ordem trabalhista (ÁFRICA DO SUL, 1998, p. 238), a fim de diminuir o número de demissões de empregados, como faz o legislador na África do Sul, cuja lei concorrencial considera “*the interests of workers, owners and consumers*” (IDEM, p. 2) e determina que os efeitos de uma concentração sobre os empregados envolvidos, entre outros, sejam considerados ao se autorizar, ou não, a concentração, tendo em vista razões de interesse público (IDEM, p. 31).

Assim, o fenômeno da concentração econômica não pode ser obstaculizado, devendo em regra ser permitido, como prevê a lei brasileira. Entretanto, considerando as particularidades de alguns casos, e a concentração histórica que caracteriza diversos setores produtivos da indústria nacional, como visto, faz-se necessário compensar o consumidor pela diminuição imediata do número de fornecedores/concorrentes – embora se deva reconhecer que, a partir da concentração, diversos benefícios podem reverter para o consumidor, ainda que em um prazo longo e que não sejam facilmente estimáveis, caso do incentivo à pesquisa e inovação –, o que ocorre pelo repasse de parte substancial dos benefícios decorrentes da concentração econômica ao consumidor.

A justiça distributiva, em seu sentido atual³⁰², invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída para toda a sociedade de modo que todos possam se suprir com um certo nível de recursos materiais (FLEISCHACKER, 2006, p. 8). Assim, as discussões sobre justiça distributiva envolvem principalmente a quantidade de recursos que se deve garantir e o grau de interferência estatal³⁰³ necessário para que esses recursos sejam distribuídos. Se a quantidade de bens que os sujeitos devem ter for baixa, é possível que o mercado possa garantir uma distribuição adequada; se todos devem ter uma proteção relativamente ampla, que assegure um mínimo de bem-estar, o Estado poderá ter de redistribuir bens para corrigir as imperfeições do mercado (IDEM).

Essa perspectiva liga-se à ideia do mínimo existencial e decorre de uma interpretação sistemática³⁰⁴: como o superprincípio da dignidade da pessoa humana determina que todos devem ter condições de existência compatíveis com a dignidade que lhes é intrínseca, a todos devem ser asseguradas condições materiais que os afaste da indignidade. E assim deve ser não apenas porque é desejável, justo e bom, mas, simplesmente, porque a Constituição determina (BARCELLOS, 2011, p. 32).

Além disso, é necessário reconhecer que a discussão envolvendo o tema da conquista de eficiência, por parte dos agentes econômicos interessados em ter seu ato de concentração econômica autorizado, e da consequente necessidade *ex vi lege* de repasse de benefícios ao consumidor traz em seu bojo uma discussão que envolve os paradigmas da eficiência e da justiça. Por isso, faz-se a seguir uma breve digressão para trazer mais subsídios ao tema, já visto, parcialmente, no terceiro capítulo deste trabalho.

302 Em seu sentido aristotélico, a justiça distributiva exigia que pessoas merecedoras fossem recompensadas de acordo com seus méritos. Implicava primariamente a distribuição de *status* político, sem relacionar-se ao direito de propriedade. Então, os significados contemporâneo e antigo da expressão são muito diferentes. (FLEISCHACKER, 2006, p. 9)

303 Para Samuel Fleischacker (2006, p. 8), “a justiça distributiva é entendida como necessária a qualquer justificação de direitos de propriedade, e de tal forma que pode até mesmo implicar a rejeição da propriedade privada”.

304 Como observa Juarez Freitas (2010, p. 175), “o intérprete – quando bem assimila o processo da exegese sistemática – enxerga na racionalidade uma espécie de libertação do fragmentarismo, isto é, percebe que deve preferir soluções integradoras no bojo do sistema, gerando Direito e não violação dele”.

Há um exemplo interessante que demonstra um dilema hipotético envolvendo a escolha entre a vida e a arte, que é economicamente apreciável, apesar de ser, talvez, a manifestação humana mais elevada. O exemplo está em uma frase atribuída ao escultor suíço Alberto Giacometti, que disse: *“dans un incendie, entre un Rembrandt et un chat, je sauverais le chat”* (BRENSON, 2004, p. 222)³⁰⁵. Poder-se-ia argumentar que, com a venda de um Rembrandt, muitos hospitais veterinários poderiam ser construídos, por exemplo, em benefício dos animais (IDEM, p. 224). Mas a vida perdida, a vida de um animal, que, na perspectiva de alguns³⁰⁶ é sujeito de direitos, jamais seria recuperada.

O exemplo talvez não seja o melhor, mas demonstra os limites éticos do pragmatismo, do utilitarismo³⁰⁷ etc. e a impossibilidade de se comparar qualquer coisa (mesmo uma obra de arte, expressão maior da sensibilidade humana) à vida. Segundo Ronald Dworkin, crítico da utilização do paradigma da eficiência pelo Direito,

as teorias baseadas em metas dizem respeito ao bem-estar de um determinado indivíduo apenas, na medida em que isso contribua para algum estado de coisas estipulado como bom, deixando totalmente de lado sua escolha desse estado de coisas. Isso também é verdadeiro no contexto das teorias totalitárias baseadas em metas, como o fascismo, que considera fundamental o interesse de uma organização política. É igualmente verdadeiro no caso das diferentes formas de utilitarismo porque, embora levem em conta os impactos das decisões políticas sobre os indivíduos, e desse modo digam respeito ao bem-estar individual, misturam esses impactos de modo que os tornam totalidades gerais ou médias, e consideram desejável a melhora dessas totalidades e médias, desconsiderando por completo a decisão de qualquer indivíduo (DWORKIN, 2010, p. 267).

305 Em tradução livre: em um incêndio, se tivesse que escolher entre salvar um Rembrandt e um gato, eu salvaria o gato.

306 Como defende Peter Singer, em sua obra pioneira *“Animal liberation”*, e Gary Francione, para quem “a teoria dos direitos animais requer que desistamos da ideia de que é moralmente aceitável tratar os outros seres sencientes como meios para os nossos fins”. (FRANCIONE, 2013, p. 270)

307 Definido por Rawls, por exemplo, como “a visão segundo a qual o princípio de utilidade é o princípio correto da concepção pública de justiça da sociedade”. (RAWLS, 2008, p. 223)

Então, diante dos paradigmas da eficiência e da justiça, no contexto de um sistema jurídico em cujo cerne está a dignidade da pessoa humana, deve-se privilegiar a justiça em primeiro lugar. Essa é a determinação constitucional, que definiu como objetivos fundamentais da República, no art. 3º, I, II, III e IV, da CRFB/88, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos”. Além disso, a Constituição preconiza uma ordem econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo estabelece o art. 170, *caput*, da CRFB/88. Ao mesmo tempo, percebe-se que não há nenhuma menção ao paradigma da eficiência no texto constitucional.

Diz-se que, enquanto a eficiência é um paradigma que pode ser avaliado objetivamente, a justiça (e a equidade³⁰⁸) demanda juízos que vão além da Economia e entram no campo da Filosofia Política (ISMODES, 2009, p. 17). Contudo, mesmo a avaliação da eficiência pode ser complexa e trazer problemas jurídicos (além de dilemas éticos) que terão repercussão sobre o paradigma da justiça (e da equidade). Sabe-se, por exemplo, que, na indústria da moda, há empresas que chegam a destruir peças de vestuário que não foram vendidas em determinada estação simplesmente porque manter estoques em alguns endereços cobiçados seria um custo mais elevado do que o eventual lucro obtido com a venda das peças após a mudança de estação. Isso sem falar na utilização de mão de obra escrava por alguns grandes *players* desse *métier*, que, assim, têm lucros supracompetitivos, altamente eficientes sob um prisma exclusivamente econômico, mas... Aceitáveis, sustentáveis, inclusivos, enfim, justos?

Portanto, a justiça distributiva é uma teoria necessária ao jurista na esfera concorrencial, que traz, no âmbito do controle de estruturas, uma função redistributiva clara, embora pouco discutida. Contudo,

308 E, segundo John Rawls, que desenvolve uma teoria da justiça, a justiça como equidade, pensar a justiça como equidade só é possível desde que se afastem as diferenças individuais e o apego de cada um. Além disso, a força da justiça como equidade parece provir de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade. (RAWLS, 2008, p. 4 e ss., p. 310)

isso não significa que se esteja desprezando o paradigma da eficiência, como já se verificou. Ao contrário, apenas a adoção de um diálogo que considere a importância relativa da eficiência e da justiça e as repercussões decisivas que a sua ponderação conjunta têm poderá atender efetivamente ao imperativo da defesa do consumidor na esfera concorrencial. É necessário haver uma conciliação dos paradigmas da eficiência e da justiça – e não uma exclusão recíproca. Afinal, a eficiência pode ser justa e a justiça, eficiente.

Subjacente à diversidade de resultados obtidos ao se privilegiar os paradigmas da eficiência e da justiça (que carregam, intrinsecamente, paradigmas outros como liberdade, igualdade, bem-estar, que são, enfim, paradigmas que envolvem a realização da vida boa dos clássicos) está um conjunto de concepções diferentes e, por vezes, conflitantes, sobre quais seriam os “fins socialmente relevantes” a serem perseguidos pelo Estado. Implícitas estão as diversas concepções do que é e de como satisfazer o interesse público. E, perscrutando esses resultados, torna-se necessário refletir sobre o que é a justiça e o que ela exige, de nós, na prática (BADIN, 2011, p. 12).

Segundo Rawls, a justiça não é egoísmo e tampouco altruísmo. O autor, que desenvolve uma teoria da justiça baseando-se na equidade (*fairness*), neocontratualista, parte de uma concepção individualista e liberal (que se aproxima das ideias hobbesianas) e propõe um novo contrato social, em que cada um se coloque no lugar de qualquer outro ao desconhecer sua posição original e seu projeto individual de vida. Esse “véu da ignorância”, segundo a construção elegante (FREITAS, 2010, p. 136) de Rawls, significa que cada um, ignorando quem é e será, só pode procurar seu interesse no interesse de todos e de cada um³⁰⁹. Esse procedimento equitativo conduz a um resultado senão justo, pelo menos não injusto (RAWLS, 2008, p. 165 e ss.).

O autor, porém, não desconhece a necessidade de existência de condições materiais mínimas para assegurar a dignidade humana, tornando o “mínimo social” (expressão que tem o mesmo sentido de “mínimo exis-

309 É impossível não ver a semelhança, ironicamente, da ideia de Rawls com o dilema do prisioneiro, um problema da teoria dos jogos, em que se supõe que cada jogador, de modo independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem lhe importar o resultado do outro jogador.

tencial” [BARCELLOS, 2011, p. 146]) o pressuposto lógico de sua construção teórica, classificada, então, como espécie de “liberalismo igualitário”, de que se extraem dois princípios de justiça: o princípio que requer iguais liberdades individuais para todos, bem como uma igualdade equitativa de oportunidades e uma divisão igualitária de riqueza, e o princípio “de diferença”, já que a estrutura básica deve permitir a diversidade inerente aos indivíduos, contanto que melhore a situação de todos, inclusive a do menos favorecido, e desde que seja compatível com a liberdade igual e a igualdade de oportunidades (RAWLS, 2008, p. 182-184).

Retomando-se a discussão que envolve o tema da justiça e da eficiência, percebe-se que, para além de eventuais motivações extratextuais que influenciem percepções em sentido contrário, parece claro que o sistema jurídico brasileiro, em que a Constituição de 1988 tem papel proeminente, não é um sistema axiologicamente neutro. Ao contrário, se podem existir variadas concepções sobre o Direito, o constituinte originário expressou sua opção por uma delas, sobretudo na forma dos princípios fundamentais que escolheu, o que, por evidente, tem repercussão na interpretação dos enunciados normativos em geral (BARCELLOS, 2011, p. 100-101). Desse modo, é necessário algum tipo de balizamento para que a realização dos valores constitucionais não reste frustrada pela substituição da concepção de Estado e de Direito escolhida pelo constituinte por alguma outra concepção escolhida a seu bel-prazer pelo intérprete – a despeito de sua consagração em texto positivo (caso do parâmetro da eficiência, que está positivado na lei concorrencial) e de todas as técnicas de interpretação. Conclui-se, assim, que os princípios constitucionais devem funcionar como essas balizas, considerando a modalidade interpretativa da eficácia jurídica que se lhes atribui (IDEM, p. 101).

Com isso, pensa-se que é necessário reconhecer que o Direito da Concorrência tem uma função distributiva clara, o que não se confunde com qualquer “assistencialismo”. O perfil distributivo é, em síntese, manifestação clara do caráter funcional da concorrência, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (FORGIONI, 2012, p. 186).

4.3 A repressão das infrações da ordem econômica

A Lei n. 12.529/2011 define no art. 36, *caput* e incisos, infrações administrativas da ordem econômica. O controle de condutas, ou de comportamentos, cuida dessas hipóteses de infrações da ordem econômica e envolve, *grosso modo*, a repressão dos acordos restritivos da concorrência e dos abusos de posição dominante.

Como visto, o conflito de interesse é parte essencial, formadora da relação entre consumidor e fornecedor. É esse conflito que dá significado ao próprio conceito de relação de mercado. A função do Direito Concorrencial, na parte do controle das condutas, não é eliminá-lo, mas estabelecer regras para que esse conflito se desenvolva dentro de padrões éticos e equitativos (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 539).

Assim, considerando a celeuma doutrinária sobre o reconhecimento de uma proteção direta do consumidor no âmbito concorrencial, na próxima etapa deste estudo verificar-se-ão as principais características da infração da ordem econômica e, particularmente, as hipóteses de abuso de posição dominante, aumento arbitrário de lucros e concorrência desleal, as hipóteses em que se percebe a possível titularização de direitos pelo consumidor.

4.3.1 A infração da ordem econômica

O art. 36 da Lei n. 12.529/2011 define, de forma genérica, os atos que constituem infração da ordem econômica, como se percebe:

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.

Verificam-se, aí, informações importantes: a lei concorrencial oferece um conceito amplo de infração da ordem econômica, que, para ocorrer, requer: a realização de um ato, independentemente de culpa e de sua forma, que objetive ou possa produzir algum dos efeitos a seguir verificados, ainda que esses efeitos não sejam produzidos: (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.

Segundo Roberto Pfeiffer, para que ocorra uma infração da ordem econômica, é imprescindível que a conduta tenha o potencial³¹⁰ de produzir os efeitos mencionados nos quatro (PFEIFFER, 2015, p. 222) incisos do art. 36, *caput*, da Lei n. 12.529/2011, não sendo necessária a comprovação de que foram gerados efeitos concretos. Já Paula Forgioni entende que, para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (independe se acordo, abuso, concentração) tenha por objeto ou produza um (FORGIONI, 2012, p. 131) dentre os quatro efeitos supracitados.

Entende-se, como a autora referida, que a incidência de apenas um dos incisos do art. 36, *caput*, é suficiente para caracterizar determinada prática como uma infração da ordem econômica, pois, aqui, a palavra “e” aparece como conjunção coordenativa, e não aditiva. Desse modo, entende-se que cada uma das hipóteses previstas nos quatro incisos do art. 36,

310 Assim, conforme aponta Calixto Salomão Filho (2013, p. 400), pretende-se verificar a existência de um objetivo estratégico de atingir o bem “concorrência”, dominando o mercado, limitando a própria concorrência etc. Reconhece-se a importância da persecução do comportamento oportunístico, estratégico, intencionalmente voltado a transferir artificialmente os custos das transações para os concorrentes.

caput, tem condição de deflagrar a consequência antijurídica consistente na configuração de infração da ordem econômica. Cada uma das hipóteses revela-se por si só um comportamento contrário ao Direito, sem que seja necessário conjugar-se com as demais, de forma que é indiferente se se trata de (i) limite, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, de (ii) domínio de mercado relevante de bens ou serviços, de (iii) aumento arbitrário dos lucros ou, finalmente, de (iv) exercício abusivo de posição dominante.

Além disso, de acordo com o § 1º do art. 36, 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 inc. II do *caput* daquele artigo, que trata da hipótese de “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Assim, se o agente econômico dominar algum mercado relevante de bens ou de serviços como resultado de uma vantagem competitiva baseada em uma eficiência maior (*competition on the merits*), não há falar em ilícito.

Já o art. 36, § 3º, da Lei n. 12.529/2011 apresenta um rol exemplificativo de práticas que podem configurar infração da ordem econômica, sem prejuízo de outras não contempladas expressamente pelo texto legal. São elas:

§ 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:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

- III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI – exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI – reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII – cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Como se percebe, o art. 36, § 3º, da Lei n. 12.529/2011 apresenta diversos exemplos (*numerus apertus*, portanto) de condutas que, se configurarem hipótese prevista no art. 36, *caput* e incisos, caracterizam infração da ordem econômica. Essa opção do legislador vincula-se à necessidade de oferecer algum grau de segurança jurídica ao agente econômico, já que, para além de oferecer um tipo aberto, há a declaração, expressa, de um certo número ilustrativo de infrações puníveis (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 407).

Contudo, ao definir que as condutas enumeradas no art. 36, § 3º, caracterizam infração da ordem econômica desde que “configurem hipótese” prevista no art. 36, *caput*, que prevê quatro³¹¹ espécies de ilícitos em seus incisos, quais sejam, concorrência desleal (inc. I), dominação de mercado (inc. II), aumento arbitrário de lucros (inc. III) e abuso de posição dominante (inc. IV), a classificação das condutas enumeradas no § 3º torna-se problemática, visto que é possível, por exemplo, considerar todos os incisos do art. 36, § 3º, como hipóteses de concorrência desleal (IDEM, p. 409).

Considerando que, ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais (BARROSO, 2015, p. 402), aponta-se que os parâmetros para o balizamento da interpretação sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da conduta são dados, em primeiro lugar, pelos princípios constitucionais, especialmente pelos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da repressão ao abuso do poder econômico. Em segundo lugar, pela disposição do art. 36, § 1º, da Lei n. 12.529/2011 e, em terceiro lugar, pela disposição do art. 88, § 6º (sobre o qual já se falou, linhas atrás), que estipula condi-

311 Destaque-se que, na classificação adotada por Calixto Salomão Filho (2013, p. 408), o art. 36 prevê apenas três ilícitos em seus incisos.

ções cumulativas que tornam atos de concentração econômica limitativos da concorrência passíveis de autorização pela autoridade antitruste: eficiências compensatórias, repartição dos benefícios com os consumidores e inexistência de meio menos restritivo à concorrência para alcançar os objetivos visados. Dessa forma, percebe-se que o bem-estar do consumidor é um fator importante ao se realizar um juízo de ponderação sobre o caráter ilícito de uma conduta que restringe a concorrência (PFEIFFER, 2015, p. 228-229).

Ainda, deve-se referir que, no Brasil, a lei não exige que se caracterize o ato como abuso de posição dominante para que ele seja vedado: basta a existência de determinados objetivos ou a produção dos efeitos previstos no art. 36, *caput*, da Lei n. 12.529/2011. Assim, a lei brasileira (FORGIONI, 2012, p. 132) não exige que o agente detenha posição dominante para que infrinja a ordem econômica, embora se identifiquem posições diversas, como a sustentada por parte da doutrina, para quem uma particularidade das infrações da ordem econômica é a necessidade de demonstração de que “a empresa investigada possui poder de mercado” (PFEIFFER, , 2015, p. 222), destacando-se que a lei brasileira adota, com idêntico sentido, o conceito de posição dominante. A doutrina também aponta reiteradas decisões do CADE nesse sentido e refere que existem exceções a tal regra (IDEM, p. 223).

Enfim, entre as condutas que são passíveis de repressão pelo SBDC, pode-se notar, como apontado por parcela da doutrina, que algumas se relacionam com a proteção do consumidor de uma forma direta. Essas condutas envolvem as infrações da ordem econômica que caracterizam, como apontado, aumento arbitrário de lucros, exercício abusivo de posição dominante e concorrência desleal. A seguir, analisam-se individualmente as características dessas condutas que perfazem infrações da ordem econômica passíveis de atingir diretamente o *status* jurídico do consumidor, tornando-o, portanto, titular de direitos.

4.3.2 O abuso de posição dominante

Como visto, a CRFB/88 tornou o princípio da livre concorrência, ao lado de outros, princípio da ordem econômica, submetendo a ordem eco-

nômica aos ditames da justiça social. Assim, é nesses termos que deve ser entendido o poder econômico: enquanto um poder jurídico que é a base do direito de concorrer, enquanto um poder constitucionalmente legítimo (FERRAZ JUNIOR, 1995, p. 23-30) e que deve ser utilizado para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (MEIRELLES, 1999, p. 578).

O estabelecimento de limitações ao exercício da atividade econômica não só perante os consumidores, mas perante os próprios concorrentes, desenvolveu o conceito de poder de mercado. Para caracterizar poder de mercado, o agente deve deter poder econômico, o que lhe confere a capacidade de influir na dinâmica concorrencial e a possibilidade de não se submeter às regras da ordem econômica (FERRAZ JUNIOR, 1995, p. 23-30). Nesse sentido, a empresa que assume uma posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, caracterizado pelo aumento de preços, pelo desprezo pela qualidade de seus produtos e serviços e, ainda, pela imposição de práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência (FORGIONI, 2012, p. 257).

Enquanto a Economia considera que há posição dominante quando o agente econômico pode impor preços muito acima de seu custo marginal, para o Direito, conforme a síntese de Paula Forgioni, a posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos (IDEM, p. 259).

De fato, a análise do abuso de posição dominante e, mais especificamente, das práticas exclusionárias unilaterais, causa grande controvérsia no Direito Concorrencial, pois muitas condutas exclusionárias também implicam redução de custos, melhoria de produto e/ou serviço etc. Assim, há diversos testes³¹² para determinar a legalidade da conduta e divergentes opiniões quanto à aptidão de remédios comportamentais para restaurar o ambiente concorrencial.

312 Sobre os diversos testes aplicáveis às condutas unilaterais, recomenda-se a leitura do seguinte documento: *Unilateral conduct workbook*. (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2012)

Para traçar os contornos da esfera de liberdade do agente econômico e distinguir inovação de conduta anticompetitiva, o CADE analisa três fatores combinados: (i) o fato de o agente deter posição dominante, (ii) o fato de a conduta ser capaz de prejudicar substancialmente a concorrência com potenciais danos aos consumidores e (iii) o fato de a conduta ser objetivamente justificável, gerando “reais benefícios à empresa ou aos consumidores”, ou, ao invés, o fato de ser preponderantemente orientada pela premissa de causar danos à concorrência (BRASIL, CADE, VOTO ... PA 08012.006439/2009-65, p. 4).

Para analisar a conduta de abuso de posição dominante, traz-se à colação, novamente, o art. 36, *caput* e incisos, da Lei n. 12.529/2011:

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.

Como se percebe, para a lei brasileira, na trilha do brocardo latino “*abusus non tollit usum*”, o fato de um agente econômico apresentar posição dominante não constitui ilícito, afinal, as empresas eficientes têm condições de conquistar os mercados a ponto de se tornarem por vezes dominantes, o que também ocorre pela ausência de agentes econômicos interessados em explorar determinada atividade empresarial (de forma que não é apenas a eficiência que pode levar a uma situação de posição dominante). Se, pelo contrário, as empresas aproveitam o seu poder para

impedir a concorrência, está-se perante uma prática anticoncorrencial considerada abusiva. Portanto, o que é condenável é o abuso da posição dominante, que constitui infração da ordem econômica, como prevê, também, o art. 102 do TFUE, que não proíbe a existência de posição dominante, mas tão somente o seu abuso (PEREIRA, 2009, p. 98-99).

Mas, afinal, em que consiste a posição dominante? E qual a diferença entre o uso e o abuso da posição dominante? O primeiro passo para que se possa determinar a existência, ou não, de posição dominante consiste em delimitar o mercado relevante por ela supostamente afetado. Além disso, presume-se que, quando a empresa detém parcela substancial de um dado mercado relevante (*market share*), ela possui poder econômico que lhe permite atuar de forma independente e indiferente (*market power*) (FORGIONI, 2012, p. 270).

Por isso, o legislador brasileiro adota uma concepção objetiva (e conservadora) ao dispor que se presume a 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. Essa possibilidade assegurada à autarquia concorrencial reconhece a variabilidade e a incerteza dos resultados econômicos, pois a identificação da presença de dominação de mercados requer uma análise elaborada (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 428-429).

No entanto, considera-se que a posição dominante é contestável, exigindo-se a presença de outras evidências para que ela seja confirmada. Assim, a fração prevista no texto legal significa uma presunção relativa (*juris tantum*), de forma que, comprovando-se que o agente econômico detém e abusa de sua posição dominante, ainda que não tenha o controle de 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, seu comportamento poderá ser sancionado (FORGIONI, 2012, p. 271). Por conseguinte, verifica-se que a empresa que atinge uma posição dominante deverá permanecer sob avaliação rigorosa da autoridade concorrencial. De acordo com Richard Whish e David Bailey, que comentam o tema sob a perspectiva europeia, aplicável à brasileira:

*it is not unlawful for a firm to have a dominant position; what is prohibited is the abuse of a dominant position. However the Court of Justice in Michelin v Commission stated that a firm in a dominant position has a 'special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition' on the internal market*³¹³. (WHISH; BAILEY, 2015, p. 202)

Desse modo, verifica-se que o fato de um agente econômico simplesmente apresentar posição dominante já lhe traz algumas responsabilidades.

A capacidade de impor práticas e cláusulas abusivas de forma sistemática a um número elevado de consumidores (e não de maneira isolada a um ou outro consumidor) é um indício da existência de posição dominante que, para confirmar-se, requer a presença de outros elementos (PFEIFFER, 2015, p. 145), além da parcela de participação no mercado, como a ausência de concorrência potencial, o nível de rivalidade, a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos (impermeabilidade), o nível de dependência dos consumidores e/ou dos fornecedores (elasticidade cruzada), a existência de uma rede de distribuição própria, o acesso privilegiado a matérias-primas etc.

Roberto Pfeiffer nota que a vulnerabilidade do consumidor é particularmente agravada nas hipóteses em que ele se defronta com fornecedores que detêm posição dominante em mercados concentrados, sobretudo em se tratando de oligopólios ou monopólios naturais³¹⁴. Nesses casos, o consumidor tem possibilidades de escolha restritas (ou nenhuma, caso se trate de monopólio) e, por isso, está mais propenso a práticas ou a cláusulas abusivas. Já o fornecedor, por sua vez, ao perceber-se com menor pressão competitiva, possui incentivos maiores para praticar abusos contra o consumidor, visto que este terá menor resistência a tais condutas,

313 Em tradução livre: o fato de uma firma ter uma posição dominante não constitui um ilícito; o que se proíbe é o abuso de posição dominante. Contudo, a Corte de Justiça no caso Michelin v Commission afirmou que uma firma em posição dominante tem a responsabilidade especial de não permitir que sua conduta impeça a concorrência não falseada (distorcida) no mercado comum.

314 Nesse contexto, Roberto Pfeiffer observa que o Decreto n. 6.523/2008, estabeleceu regras rigorosas disciplinadoras do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) das empresas fornecedoras de serviços regulados pelo Poder Público Federal. Para o autor, trata-se de “setores majoritariamente marcados por forte concentração econômica e que apresentam os maiores índices de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor”. (PFEIFFER, 2015, p. 143, 145)

diante da reduzida (ou ausência de) alternativa para a eventual troca de fornecedor (IDEM, p. 143-144).

Segundo Paula Forgioni, desde a promulgação das primeiras leis de cunho concorrencial, no Brasil, havia a preocupação de controlar o abuso de posição dominante, dado que a estrutura industrial brasileira caracteriza-se historicamente pela presença de agentes econômicos detentores de grande poder de mercado (FORGIONI, 2012, p. 266). Assim, constituem infrações da ordem econômica que envolvem hipótese de abuso de posição dominante (desde que seu objeto ou efeito apresente qualquer das hipóteses previstas nos incisos do *caput* do art. 36), sem prejuízo de outras condutas, a imposição de preços abaixo do custo (art. 36, § 3º, XV), tipicamente exemplificada pela prática de preços predatórios, e a venda casada³¹⁵ (art. 36, § 3º, XVIII).

Percebe-se, enfim, que práticas como venda casada, abuso e discriminação de preços que podem resultar do exercício abusivo de posição dominante causam lesão direta ao consumidor (MARTINEZ, 2004, p. 78) porque ele (i) tem sua liberdade de escolha tolhida pela imposição de aquisição de um produto ou serviço indesejado, (ii) tem de pagar um preço injustificadamente excessivo por um produto ou serviço e (iii) tem o direito à isonomia desrespeitado.

4.3.3 O aumento arbitrário de lucros

Um certo atavismo marca os estudos relacionados ao aumento arbitrário de lucros, hipótese de infração da ordem econômica prevista no art. 36, III, da Lei n. 12.529/2011. Afinal, os atos sob qualquer forma manifes-

315 Que se divide em duas espécies, a saber, venda casada estática e venda casada dinâmica, como observou o ex-conselheiro do CADE, Luiz Carlos Delorme Prado: “a venda casada estática é realizada através de acordos de exclusividade realizados através de contratos ou via compatibilidade tecnológica. Ocorre quando o consumidor, ao comprar o produto A por ele desejado, é obrigado também a comprar simultaneamente o produto B que, eventualmente, poderia ser obtido de outra fonte. Por exemplo, um consumidor ao comprar um aparelho televisor também é obrigado a comprar simultaneamente uma antena parabólica. A venda casada dinâmica ocorre quando, ao comprar o produto A, o consumidor é obrigado a adquirir produtos complementares ou de manutenção exclusivamente do fornecedor do produto A. Por exemplo, a obrigatoriedade de aquisição de cartuchos de tinta exclusivamente do fornecedor de máquina fotocopadora. Outra diferença entre a venda casada estática e a venda casada dinâmica é que nesta a compra do bem acessório é indispensável para o usufruto do bem fundamental. Por exemplo, a compra de uma impressora requer a compra de papel”. (BRASIL, CADE, VOTO ... AC 08012.002172/2004-22)

tados, que tenham por objeto ou possam produzir um aumento arbitrário de lucros, ainda que não alcançado, convivem com a máxima segundo a qual o correspondente preço abusivo dele derivado seria uma espécie de “cabeça de bacalhau”, já que não há registro, no Brasil, de condenação por prática de preço excessivo, muito embora várias representações, envolvendo diversos setores econômicos, já tenham sido apresentadas ao SBDC (RAGAZZO, 2011, p. 21).

Da redação do art. 36, III, da Lei n. 12.529/2011 percebe-se que o ilícito consistente em aumento arbitrário de lucros não faz qualquer referência à existência de eventual posição dominante pelo agente econômico que o pratica, segundo Paula Forgioni (2012, p. 139). Contudo, para Calixto Salomão Filho, o fato de a lei concorrencial brasileira, semelhantemente à CRFB/88, conter disposições próprias, relativamente ao aumento arbitrário de lucros (art. 36, III) e ao abuso de posição dominante (art. 36, II), não significa que o aumento arbitrário de lucros possa ter configuração independente, pois “arbitrário” seria apenas o aumento que decorre de abuso de posição dominante. Assim, se esse não se verificar, ou o aumento de lucros decorrer da própria eficiência econômica, não será, então, arbitrário, ou, então, sequer ocorrerá. Assim, na perspectiva do autor, o agente econômico que, sem dominar o mercado, procurar elevar seus lucros por meio de aumento de preços ou estratégia equivalente, perderá mercado sem conseguir aumentar seus lucros (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 521).

De qualquer forma, percebe-se que o ilícito consistente em “abuso de posição dominante” não prescinde da existência, ao menos potencial, de um resultado econômico. O aumento arbitrário de lucros é esse resultado, embora esse resultado não precise ser efetivamente produzido. Assim, por exemplo, a redução da quantidade ofertada de um produto ou serviço no mercado é ilícita quando injustificada e quando capaz, em tese, de levar ao aumento do lucro monopolista, independentemente da produção efetiva desse resultado (IDEM, p. 522).

De acordo com Paula Forgioni, a disposição do art. 36, III, da Lei n. 12.529/2011 “visa, precipuamente, à proteção do consumidor, ou daqueles explorados pelos agentes econômicos” (FORGIONI, 2012, p. 139). A propósito, percebe-se que, desde a edição do Decreto-lei n. 7.666/1945, a

repressão ao abuso do poder econômico liga-se à ideia de repressão ao aumento arbitrário de lucros, ideia que a Constituição de 1946³¹⁶ adotou e que permanece presente na CRFB/88.

A repressão à obtenção de lucros altos, em princípio, não traz incentivo à concorrência ou à livre iniciativa, pois a possibilidade de auferi-los é um estímulo à entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante. Na síntese de Paula Forgioni: “onde há lucros, se não houver elevadas barreiras à entrada, a concorrência potencial tende a transformar-se em efetiva” (FORGIONI, 2012, p. 139). Essa visão, que é compartilhada pela UE (art. 102 do TFUE), destoa, porém, da perspectiva dos EUA, cujas normas não têm disposição semelhante. Para Paula Forgioni, como, nos EUA, protege-se,

em um primeiro momento (de forma direta), a livre concorrência, não há qualquer interesse jurídico na repressão ao lucro abusivo. Dessa constatação não deriva a conclusão de que a Lei Antitruste norte-americana não protege o consumidor. Fá-lo, porém, mediante a proteção da livre concorrência.

Essa diferença entre a lei brasileira (*também de repressão ao abuso do poder econômico, além da proteção da livre concorrência*) e lei americana (*de tutela da livre concorrência*) é absolutamente fundamental e deve ser considerada no processo de interpretação do art. 36, sob pena de transpormos, daquela realidade, princípio que não faz parte de nosso sistema jurídico e que com ele não é compatível. (FORGIONI, 2012, p. 141, grifos no original)

Ainda assim, reconhece-se que o art. 36, III, da Lei n. 12.529/2011 também protege a livre concorrência e a livre iniciativa na medida em que o aumento arbitrário de lucros é passível de configurar atentado a esses bens juridicamente protegidos, caso do franqueador que auferir lucros excessivos pela imposição de cláusulas restritivas de concorrência a seus franqueados³¹⁷.

316 Assim o texto constitucional de 1946: “art 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. (BRASIL, 1946)

317 O exemplo é de Paula Forgioni (2012, p. 139).

Então, além de proteger a livre iniciativa e a livre concorrência, a hipótese prevista no art. 36, III, protege de forma imediata, ou seja, direta, o consumidor, impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário de lucros, o que é intuitivamente compreensível, já que, nessa hipótese, pode-se presumir que o consumidor seja expoliado, já que sua renda lhe é subtraída indevidamente. A imposição de preços excessivos também é coibida no âmbito da UE, onde se reconhece, igualmente, sua relação direta com o consumidor, pelos motivos há pouco apontados, como aponta Eugène Buttigieg (2009, p. 162):

*one form of abuse which in most cases is solely and directly exploitative of the consumer (rather than anticompetitive) involving as it does a clear wealth transfer to the detriment of consumers is the charging of excessive prices by the undertaking in a dominant position. Given its dominance on the market, it can obtain monopoly profits through its supra-competitive prices because it need not fear losing customers to its rivals*³¹⁸.

Entretanto, deve-se recordar que não há uma definição jurídica sobre o conceito de “aumento arbitrário de lucros” e de “preço excessivo”, que se tratam, pois, de conceitos jurídicos cujos termos são indeterminados (BRUNA, 2001, p. 148) – quando não, também, de um conceito econômico indeterminado, dado que o problema mais antigo da Economia é o da determinação dos preços³¹⁹. Assim, observa-se que ainda não há um critério jurídico-econômico para definir a abusividade de preços, o que não impede, todavia, a apreciação desses casos pelas autoridades concorrenciais³²⁰. Por fim, refere-se que a relação da infração da ordem econômica

318 Em tradução livre: uma forma de abuso que, na maioria dos casos, é única e diretamente exploradora do consumidor (em vez de anticompetitiva), envolvendo, como de fato o faz, uma transferência de riqueza clara em detrimento dos consumidores, é a cobrança de preços excessivos pela empresa em posição dominante. Dada a sua posição dominante no mercado, ela pode obter lucros de monopólio através de seus preços supracompetitivos porque ela não precisa temer perder clientes para seus rivais.

319 Conforme Galbraith (1987, p. 118, 120), “nada se comprovou tão problemático na explicação dos preços (i.e., valores de troca) quanto o fato indigerível de que algumas das coisas mais úteis possuem o menor valor de troca e de que algumas das mais inúteis têm o maior valor”. Assim, “o conceito de utilidade marginal decrescente era, e ainda é, uma das ideias indispensáveis da economia”.

320 Carlos Ragazzo defende a ineficácia dos dispositivos relacionados aos preços excessivos. (RAGAZZO, 2011, p. 21)

consubstanciada no aumento arbitrário de lucros com a carestia é inequívoca, o que também pode levar à inflação.

4.3.4 A concorrência desleal

O ilícito consistente em concorrência desleal está previsto no art. 36, I, da Lei n. 12.529/2011:

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.

Como visto, a atual redação do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 permite classificar todos os seus incisos como hipóteses de concorrência desleal, visto que, em todos esses casos, há a possibilidade de se “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 409). Mesmo assim, um exemplo evidente de concorrência desleal é a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, hipótese prevista no inc. VII do § 3º do art. 36 (IDEM).

Assim, nota-se que o termo “concorrência desleal” pode ser aplicado a diversos contextos, podendo estar associado inclusive à entrada de produtos estrangeiros no mercado nacional, mediante, por exemplo, a prática de *dumping*, que ocorre quando o produto é exportado a um preço inferior ao chamado “valor normal” (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 104). Este, por sua vez, é definido como o montante pelo qual o bem é comercializado no mercado doméstico do país exportador. Tais casos, que envolvem discriminação de preços entre mercados diferentes, são passíveis de punição pela Organização Mundial do Comércio (OMC), e não pelo CADE, como informa o art. 119 da Lei n. 12.529/2011.

Contudo, a prática de concorrência desleal se relaciona, em regra, a práticas de concorrentes domésticos de forma a caracterizar preço predatório, sendo, nesta hipótese, caso da competência do CADE. E, segundo

Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, em contraste com o *antidumping*, que visa primordialmente defender a indústria nacional, a preocupação da ação contra o preço predatório é o bem-estar do consumidor (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 104).

Como a concorrência desleal se trata de um tema cuja construção teórica perpassa diversos campos do Direito, parece útil buscar o auxílio de outras disposições legais que a preveem, caso da Lei n. 9.279/1996³²¹ (Código de Propriedade Industrial), que em seu art. 195 dispõe sobre as condutas que caracterizam o crime de concorrência desleal.

Outro viés interessante para abordar o tema envolve o fato de que a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais constitui direito básico do consumidor, como determina o art. 6º, IV, do CDC: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Um exemplo recorrente de concorrência desleal em sentido *lato* envolve os cartéis, que, como de resto as outras condutas, não seriam ilícitos *per se* na lei brasileira³²², que, diferentemente de outros ordenamentos, não admite (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 564) a *per se condemnationen*, exigindo a apreciação, caso a caso, dos efeitos potenciais da conduta (NUSDEO, 2013, p. 1202). Exemplo clássico de acordo, o cartel é, também, a espécie mais temida de conduta horizontal, estando tipificado como ilícito autônomo no art. 36, § 3º, I e II, da Lei n. 12.529/2011. Ele decorre de um acordo explícito ou tácito entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante em torno de fatores como preços, cotas de produção e de distribuição e divisão territorial e, em geral,

321 Conforme o art. 2º da Lei 9.279/1996: Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II – concessão de registro de desenho industrial;
- III – concessão de registro de marca;
- IV – repressão às falsas indicações geográficas; e
- V – repressão à concorrência desleal.

322 A realização de acordos entre agentes econômicos somente será sancionada pela lei concorrencial brasileira na medida em que houver, como visto, potencial para produzir os efeitos proibidos pelo art. 36, *caput* e incisos da Lei n. 12.529/2011.

traduz-se, para o consumidor, em um aumento dos preços praticados no mercado, em uma redução das escolhas etc.

Ana Paula Martinez lembra, nesse contexto, a fala de um empresário que confessou ter participado do conhecido cartel das lisinas³²³: “*our competitors are our friends; our customers are the enemy*”³²⁴. A frase, simbólica, transmite com fidelidade o espírito do cartel: o consumidor, ou a empresa que, em uma cadeia, seja a “cliente” de outra empresa, são vistos como o inimigo, como aquele que pode forçar as empresas a competir e, com isso, diminuir seus preços ou aumentar a qualidade de seus produtos e serviços e, em consequência, diminuir suas margens de lucro (MARTINEZ, 2013, p. 36).

O objetivo precípua do cartel consiste em obter lucros supracompetitivos, por meio da redução da oferta e do conseqüente aumento de preços. Pode ser definido como “um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro” (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 54). Além disso, sua principal característica é a simulação³²⁵ que lhe é inerente, dado que os agentes econômicos dos quais se espera um comportamento de rivalidade, de competição efetiva, passam, de repente, a agir de forma cooperativa e uniforme, estabelecendo conjuntamente elementos-chave para o funcionamento do mercado em que atuam, como preço e quantidade ofertada, em busca da obtenção de lucros extraordinários, os lucros de monopólio (FGV, 2008, p. 133) – o que permite considerá-lo como exemplo do tipo “concorrência desleal” que traz repercussões claras ao consumidor que, lesado, pode buscar a indenização devida, como faculta o art. 47 da Lei n. 12.529/2011.

323 Um cartel global de fixação de preços da lisina, que é o mais importante aminoácido utilizado nos alimentos para animais para fins nutricionais. Os aminoácidos são os elementos constituintes das proteínas. Podem ser de origem vegetal ou animal (por exemplo, farinha de soja ou farinha de peixe). Podem igualmente ser transformados. Os cinco participantes no cartel fabricavam e vendiam aminoácidos sintéticos. A disponibilidade de aminoácidos sintéticos permite aos nutricionistas definirem os regimes de proteínas que melhor se adaptam às necessidades alimentares dos animais. O caso, punido pelas autoridades concorrenciais dos EUA e da UE, tornou-se tão conhecido que resultou inclusive em um filme, *The informant*, de 2009, dirigido por Steven Soderbergh. Mais informações podem ser obtidas no site da Comissão Europeia (2009).

324 Ana Paula Martinez a traduz assim: “nossos concorrentes são nossos amigos, o consumidor é o inimigo”. (MARTINEZ, 2013, p. 36)

325 Pesquisar no livro do Pontes sobre simulação.

Um outro exemplo sobre o tema envolve a utilização do aplicativo Uber, que, para seus críticos, poderia “desviar” passageiros dos táxis, mas que, para seus defensores, poderia oferecer um transporte em carros melhores e com alguns serviços agregados, aumentando a qualidade, em última análise, dos serviços oferecidos ao consumidor e, também, fortalecendo seu direito à escolha, por meio da oferta de serviços diferenciados que tendem, naturalmente, a acirrar a competição e, com isso, elevar a qualidade do serviço prestado e diminuir os preços praticados (que, no caso dos táxis, se tratam de tarifa, espécie de preço público).

Contudo, fazendo-se um exercício argumentativo, deve-se recordar que há uma sociedade anônima bilionária³²⁶ por trás do aplicativo que o consumidor acessa de seu *smartphone* e, em um primeiro momento, imagina se tratar de mais uma espécie de “consumo colaborativo”, a “carona paga”³²⁷. Assim, poder-se-ia questionar: imaginando-se que a utilização do Uber torne inviável a continuidade da prestação do serviço de transporte de passageiros que hoje é realizado por táxis (em muitas cidades, pessoas físicas são as permissionárias do serviço), o consumidor não seria acaso prejudicado, seja pela diminuição das opções de escolha, seja pelo possível aumento de preços? Os serviços oferecidos pelo Uber não configurariam o ilícito de concorrência desleal, já que os fornecedores do serviço não suportam os mesmos ônus fiscais e econômicos necessários para manter um táxi, que se trata de uma atividade regulada?

Essas questões demonstram a ampla gama de situações cotidianas que podem ser facilmente consideradas concorrência desleal. Apesar das especulações, estudo elaborado em 2015 pelo DEE do CADE demonstrou que o Uber é um aplicativo que não oferece preocupações concorrenciais (ESTEVES, 2015), porque “as evidências observadas sugerem a criação de um novo mercado”. Além disso, no futuro, é possível que “a rivalidade entre os serviços de caronas pagas e de corridas de táxis cresça ao longo do tempo, fomentando a competição entres os agentes econômicos e possibilitando mais opções aos consumidores” (IDEM).

326 Especula-se que seu valor de mercado seja de cerca de US\$ 50 bilhões. (HIGSON, 2015)

327 Uma acrobacia semântica que dispensa maiores explicações.

Outro exemplo sobre esse tema³²⁸ envolve a concorrência desleal baseada na violação de normas de Direitos Humanos, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Ambiental, Direito do Trabalho etc., uma vez que a “ordem natural da economia”, com suas leis em busca da eficiência econômica, frequentemente pode conflitar com outros valores humanos, como solidariedade, justiça distributiva, proteção de crianças, idosos e enfermos (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 4). Afinal, como competir com produtos e serviços que nascem de relações³²⁹ de escravidão³³⁰ ou subemprego³³¹, muitas vezes? E como competir com métodos de produção “eficientes”, que envolvem custos menores, mas que provocam passivos ambientais cujos efeitos sobre a saúde humana são incalculáveis, em evidente desacordo com o princípio da defesa do meio ambiente, princípio da ordem econômica previsto no art. 170, VI, da CRFB/88?

Há níveis mínimos de atenção ao (e de proteção do) homem, sejam ou não eficientes, em proporção ao desenvolvimento de cada país, que não podem ser desconsiderados (IDEM, p. 5).

Na VII Conferência da ONU para revisar o “UN SET”, realizada em 2015, por exemplo, Eleanor Fox (2015) discutiu os impactos concorrenciais

328 Além disso, esse tema fala, também, da responsabilidade do consumidor como sujeito que pode afastar do mercado fornecedores de produtos e serviços que desprezam o Direito sob argumentos econômicos. Afinal, consumir é um ato individual que tem impactos coletivos não apenas no momento da escolha do produto e da formalização do consumo, mas também, após, impondo os deveres de cuidado quando da manutenção e do descarte do produto, por exemplo.

329 A propósito, Marilena Chaui afirma: “é verdade que as lutas populares nos países de capitalismo avançado ampliaram os direitos dos cidadãos e que a exploração dos trabalhadores diminuiu muito, sobretudo com o Estado do Bem-Estar Social. No entanto, houve um preço a pagar: a exploração mais violenta do trabalho pelo capital recaiu nas costas dos trabalhadores dos países do então chamado Terceiro Mundo”. (CHAUÍ, 2012, p. 506)

330 Como notícia artigo recente a respeito de gigante da indústria de alimentos: (KELLY, 2016)

331 A psicanalista Diana Corso traz um exemplo contundente acerca da questão, contextualizando-a com a onda atual de exibicionismo das redes sociais, ao narrar a experiência promovida por um *reality show* norueguês: “promovido por um jornal norueguês, o Reality Show: Sweatshop – Deadly Fashion levou três jovens blogueiros de moda até o Camboja. Frida, Ludvig e Anniken trabalharam por um mês, 12 horas por dia, numa fábrica onde são costuradas as roupas que eles usam e promovem, em troca de uma quantia de dinheiro que eles costumam gastar no lanche. É claro que a maior parte da série é dedicada às lágrimas, ao choque com a precariedade da vida daqueles trabalhadores. O impacto foi ainda pior já que eles se perceberam parte da engrenagem que escraviza aquelas pessoas. No capitalismo selvagem não existe luxo e desperdício sem produzir, na outra ponta, sofrimento e miséria. Essa é a realidade de uma multidão invisível aos olhos dos que não a partilham”. (CORSO, 2015, p. 23)

de práticas empresariais que utilizam técnicas de produção que comprometem o bem-estar e a saúde integral dos animais e do próprio ser humano, como é o caso da indústria alimentícia que cria galinhas, porcos e bois, entre outros, em ambientes confinados e superlotados, com luz artificial, rações, hormônios e antibióticos, para que eles cresçam em tempo recorde (*factory farming*) e sejam comercializados a preços “competitivos”. Preços “competitivos” a que preço? O sacrifício³³², já em vida, de animais destinados ao sacrifício maior, a morte? Longe dos tempos bíblicos, o sacrifício de animais na Pós-modernidade é um sacrifício ao capital, o deus da religião monoteísta da contemporaneidade.

Desse modo, verifica-se que são inúmeras as formas de se abordar o tema da concorrência desleal, infração da ordem econômica que afeta o consumidor indiretamente, ao corromper a dinâmica concorrencial, e que poderá, também, afetá-lo diretamente, contanto que seja por meio dele, consumidor, que ela se realize, como visto.

4.4 O fundamento do reconhecimento da proteção direta do consumidor pela Lei n. 12.529/2011

Considerando que esta tese pretende propor o reconhecimento do direito à concorrência ao consumidor é importante saber, entre outras questões, por que motivo, afinal, há uma proteção direta do consumidor na esfera concorrencial, conforme parte da doutrina aponta, podendo-se falar em “direitos concorrenciais” a partir da realização de três hipóteses de infrações da ordem econômica, que podem, inclusive, não apresentar um *discrimen nítido*? Qual é o liame jurídico que permite reconhecer “direitos concorrenciais” ao consumidor, ainda que não explicitamente positivados, no que tange às hipóteses de infração da ordem econômica derivadas de (i) aumento arbitrário de lucros, (ii) exercício abusivo de posição dominante e (iii) concorrência desleal?

Afinal, qual a diferença substancial entre aumento arbitrário de lucros, concorrência desleal e exercício abusivo de posição dominante?

332 Segundo Horkheimer e Adorno (1985, p. 59), “a instituição do sacrifício é ela própria a marca de uma catástrofe histórica, um ato de violência que atinge os homens e a natureza igualmente”.

Não se poderia afirmar que todo exercício abusivo de posição dominante encerra um ato de concorrência desleal? E quanto à hipótese de aumento arbitrário de lucros, cuja definição é complexa? Acaso não seria, como apontado, “arbitrário” apenas o aumento que decorre de abuso de posição dominante (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 521)? Como defini-lo?

O laço comum entre as três hipóteses de infração da ordem econômica, para além da configuração de um ato ilícito, previsto no art. 927³³³ do CC e no art. 47 da Lei n. 12.529/2011, passível de reparação, é a inobservância do princípio da boa-fé e o abuso de direito³³⁴, estampado no art. 187 do Código Civil (CC), que prevê: “art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

É interessante observar que, na Argentina, o *Código Civil y Comercial de la Nación*, o chamado “Código Lorenzetti”, estabelece o princípio da boa-fé e veda o exercício abusivo de direitos, prevendo expressamente que se aplicam o princípio da boa-fé e a vedação ao exercício abusivo de direitos ao abuso de posição dominante no mercado, sem prejuízo da aplicação de leis especiais, em demonstração clara do diálogo das fontes entre as disposições de cunho cível, comercial e concorrencial³³⁵:

ARTICULO 9º.– *Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*

ARTICULO 10.– *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la

333 Que dispõe: “art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

334 Para informações detalhadas, remete-se o leitor à obra de Bruno Miragem (2012).

335 Estabelece a lei concorrencial argentina: “ARTICULO 1º — *Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*”. Em tradução livre: Art. 1º – estão proibidos e serão sancionados de acordo com as normas da presente lei, os atos ou condutas, de qualquer forma manifestados, relacionados com a produção e o intercâmbio de bens ou serviços, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de uma posição dominante em um mercado, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral. (ARGENTINA, 1999)

moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indenización.

ARTICULO 11.– *Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*³³⁶. (ARGENTINA, 2014)

Contudo, Sergio Varella Bruna entende não ser adequado transportar os conceitos de abuso de direito e de desvio de poder para a esfera concorrencial, já que

o exercício de poder econômico não estará tão intimamente ligado ao interesse público, como ocorre com a atividade da Administração; mas também não se admite ser ele o exercício de um mero direito subjetivo, de cunho privado – não há, com efeito, direito ao poder econômico, que, se existisse, deveria contemplar a todos. Modernamente, apenas ocorre que o poder econômico já não mais é tido como uma anomalia – não sendo ilícito em si – mas sim como um dado estrutural, que contracena com outras forças sociais com vistas à consecução de determinadas finalidades. Mas a idéia de desvio de função, comum aos institutos de abuso do direito e de desvio de poder, parece ser muito útil no campo da conceituação do abuso do poder econômico, eis que opera com grande eficiência, seja em clima de liberdade ou de autoridade, não havendo razões para crer que também assim não o será, onde liberdade e autoridade se interpenetrem, como é comum no campo do Direito Econômico (BRUNA, 2001, p. 167).

336 Em tradução livre: ARTIGO 9º. O princípio da boa fé. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé. ARTIGO 10. Abuso de direito. O exercício regular de um direito ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir nenhum ato ilegal.

A lei não protege o abuso de direitos. Considera-se como tal o ato que contraria os propósitos do ordenamento jurídico ou o que excede o limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes.

O juiz deve ordenar o necessário para evitar os efeitos do exercício abusivo ou da situação jurídica abusiva e, se for o caso, procurar a reposição ao estado anterior e fixar uma indenização.

ARTIGO 11. Abuso de posição dominante. As disposições dos arts. 9º e 10 são aplicadas quando se abuse de uma posição dominante no mercado, sem prejuízo das disposições específicas contidas nas leis especiais.

No que tange ao tema da diferença entre o uso e o abuso da posição dominante, Paula Forgioni aponta que é útil a utilização do art. 187 do CC. Contudo, segundo a autora, tal utilização, tipicamente privada, não é pertinente, pois “não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do mercado” (FORGIONI, 2012, p. 265). Assim, caberia entender a repressão ao abuso do poder econômico como coibição ao abuso dos direitos de liberdade econômica, visando à implementação de políticas públicas (IDEM, p. 266).

Essa perspectiva, com a devida vênia, não parece ter sido a adotada pelo legislador, que, no art. 47 da Lei n. 12.529/2011, previu a possibilidade de os sujeitos prejudicados ingressarem em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

Além disso, o exame do ato abusivo não se limita apenas ao Direito Civil, mas abrange outros ramos do Direito Privado, como é o caso expresso, no Direito brasileiro, por exemplo, do Direito da Concorrência³³⁷ e do Direito do Consumidor, segundo aponta Bruno Miragem (2013), embora neste trabalho se considere que o Direito da Concorrência se trata de ramo do Direito Público³³⁸, visto que predomina o interesse institucional e público, da sociedade como um todo (BARROSO, 2015, p. 79), materializado na instituição da concorrência. Nesse sentido, Miragem considera que o Direito Concorrencial tem por fim permitir que o mercado funcione ou funcione melhor (NUSDEO, 2013, p. 1197-1198), de forma que “as normas jurídicas de defesa da concorrência possuem uma característica marcadamente intervencionista”. Sua própria existência “supõe a incapacidade de os agentes econômicos regularem a si mesmos, e, neste sentido, tem um nítido caráter restritivo da liberdade de atuação desses mesmos sujeitos” (MIRAGEM, 2005, p. 148).

337 De forma diversa posiciona-se Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem o Direito Antitruste não se qualifica facilmente como Direito Público e tampouco como Direito Privado. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 17)

338 Nesse sentido, também Ricardo Lorenzetti (2011, p. 322).

Na UE identifica-se posição semelhante, como aponta Eugène Buttigieg ao se referir ao dispositivo do então art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que, hoje, renumerado, está no art. 102 do TFUE:

*generally speaking one may say that through the application of Article 82 EC the consumer is **indirectly** protected as this provision curbs the abusive conduct of undertakings in a dominant position which inevitably leads to lesser consumer choice and higher prices and generally a loss in consumer well-being. But some practices may even target **directly** and solely consumers rather than competitors or have a more direct effect on their interests*³³⁹. (BUTTIGIEG, 2009, p. 159, grifos do original).

Desde a década de 1970 há esse entendimento, desenvolvido no âmbito do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como demonstra o caso *Europemballage e Continental Can*³⁴⁰, cuja decisão também confirma a relevância do renumerado art. 102 do TFUE como um instrumento direto para a proteção do consumidor não apenas na hipótese prevista no art. 102, item b³⁴¹, mas também

339 Em tradução livre: de um modo geral pode-se dizer que, através da aplicação do art. 82º CE o consumidor está protegido indiretamente na medida em que esta disposição restringe a conduta abusiva de empresas em posição dominante, o que leva inevitavelmente a menos opções de consumo e a preços mais elevados e, geralmente, a uma perda de bem-estar do consumidor. Mas algumas práticas podem até mesmo atingir os consumidores diretamente ao invés de os concorrentes ou ter um efeito mais direto sobre os seus interesses.

340 Assim decidiu o Tribunal de Justiça, em acórdão: “trata-se de saber se, com a expressão «exploração de forma abusiva», o art. 86.º se refere apenas aos comportamentos das empresas susceptíveis de afectar directamente o mercado, prejudiciais à produção e à distribuição, aos utilizadores ou aos consumidores, ou se se refere também às modificações estruturais da empresa que tenham por efeito alterar gravemente a concorrência numa parte substancial do mercado. [...] É à luz destas considerações que deve ser interpretada a condição imposta pelo art. 86 segundo a qual, para ser proibida, a exploração de uma posição dominante deve ter sido exercida de forma abusiva. Esta disposição enuncia um determinado número das práticas abusivas que proíbe. Trata-se de uma enumeração a título exemplificativo, que não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo Tratado. Além disso, como resulta das alíneas c) e d) do n. 2, esta disposição não se refere apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efetiva, tal como se infere no art. 3º, alínea f do Tratado. [...] Com efeito, para além de, independentemente de qualquer infracção, poder ser considerada abusiva, a detenção de uma posição dominante levada a um ponto tal que os objectivos do Tratado sejam prejudicados por uma modificação tão substancial da estrutura da oferta que a liberdade de comportamento do consumidor no mercado seja gravemente comprometida, a eliminação prática de qualquer concorrência entra necessariamente nesse quadro”. (UNIÃO EUROPEIA, 1973)

341 Que dispõe: “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”.

genericamente como um princípio subjacente (BUTTIGIEG, 2009, p. 160). Com efeito, durante a Copa do Mundo de futebol, que ocorreu na França, em 1998, o *Comité français d'organisation de la Coupe du Monde de football de 1998* (CFO) realizou acordos relativos à venda ao público de bilhetes para os jogos da fase final do campeonato. Ao adotar meios restritivos disponibilizados ao público de fora da França para reservar bilhetes, o CFO abusou da sua posição dominante nos mercados relevantes, uma vez que o seu comportamento teve o efeito de impor condições comerciais injustas aos residentes comunitários de fora da França, que deram origem a uma limitação do mercado em prejuízo desses consumidores. Assim, a Comissão asseverou que:

embora a aplicação do artigo 82 exija frequentemente uma avaliação do efeito de um comportamento da empresa na estrutura da concorrência num determinado mercado, a sua aplicação na ausência de tal efeito não pode ser excluída. Com efeito, os interesses dos consumidores são protegidos pelo artigo 82, sendo tal proteção alcançada proibindo o comportamento de empresas em posição dominante, que prejudica uma concorrência livre e não falseada e que seja diretamente prejudicial para os consumidores. Assim, e tal como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça, o artigo 82 pode ser devidamente aplicado, se for caso disso, a situações em que o comportamento da empresa em posição dominante prejudica diretamente os interesses dos consumidores apesar da ausência de qualquer efeito na estrutura da concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2000b, ITEM 100).

Desse modo, percebe-se claramente que já há reconhecimento jurisprudencial, no âmbito europeu, de uma proteção direta dos interesses dos consumidores no plano concorrencial, proteção esta que pode alcançar mesmo situações em que o comportamento de uma determinada empresa em posição dominante prejudique diretamente os interesses dos consumidores – e não apresente qualquer efeito na estrutura da concorrência.

4.5 O diálogo entre a infração da ordem econômica e a prática abusiva e o fundamento do *ne bis in idem*

A partir da confirmação da possibilidade de a Lei n. 12.529/2011 proteger diretamente o consumidor, faz-se necessário verificar o diálogo entre a infração da ordem econômica e a prática abusiva a fim de identificar as características comuns e díspares entre elas, bem como o fundamento do *ne bis in idem* apontado pela doutrina.

Como visto, o diálogo das fontes é uma manifestação do multiculturalismo que caracteriza a contemporaneidade e da convivência com o “diferente”. A presença do diálogo das fontes permite reduzir eventuais antinomias não apenas para tornar o sistema jurídico coerente, não apenas para confirmar a autoridade do Direito, mas para realizar os fins da norma, os fins do Direito, enfim³⁴². O diálogo das fontes permite, portanto, uma atitude de abertura do jurista que analisa duas normas (*in casu* a Lei n. 8.078/1990 e a Lei n. 12.529/2011), para que uma possa completar a outra, por meio da compreensão, recíproca, de suas lógicas próprias.

A análise da Lei n. 12.529/2011 e do CDC permite observar que algumas condutas configuram, ao mesmo tempo, práticas abusivas (objeto de repressão pelo SNDC) e infrações da ordem econômica (objeto de repressão pelo SBDC), podendo-se falar em dupla capitulação dessas condutas³⁴³, o que também é reconhecido pela jurisprudência, como demonstra o seguinte acórdão, da lavra do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. INDENIZAÇÃO. 1. O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação

342 Algumas ideias aqui expostas basearam-se na palestra proferida pelo Professor Doutor Bruno Miragem no *Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor*, realizado em setembro de 2015 na *Universidad Nacional del Litoral*, em Santa Fe, na Argentina (MIRAGEM, 2015).

343 Para mais informações sobre o tema, remete-se o leitor à dissertação de Daniela Cravo (2013, p. 95).

“dos pedidos”. Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão *citra*, *ultra* ou *extra* petita. Precedente STJ. 2. A prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás agiam de forma concertada, em conluio, por meio da “Área Operacional Metropolitana (na região de Porto Alegre/Canoas), enquadrando-se nos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. 3. Determinada a vedação de práticas cartelizantes às rés a fim de permitir a livre concorrência no setor. 4. Com a cartelização e a adoção de métodos comerciais uniformes restou caracterizada a prática comercial abusiva, vedada ao fornecedor nos termos do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. 5. A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados. 6. Mantida a indenização arbitrada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E), acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença. 7. Apelações improvidas (BRASIL, TRF4, AC 5021730-87.2011.404.7100).

Assim, uma mesma conduta pode ser considerada tanto prática abusiva quanto infração da ordem econômica, o que leva à pergunta: haveria aí *bis in idem*? Para responder à questão, passa-se a analisar as disposições legais e os estudos doutrinários dedicados ao tema.

A prática abusiva

O art. 6º, IV, do CDC dispõe que é direito básico do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Sobre o tema, aliás, anota Ricardo Lorenzetti que a análise da cláusula abusiva não deve estar desvinculada do Direito da Concorrência. Mais ainda, a “eficácia na prevenção do uso de cláusulas abusivas radica em uma adequada regulamentação do sistema concorrencial, de maneira que não se produzam concentrações econômicas, e exista sempre liberdade de opção” (LORENZETTI, 1998, p. 238).

Embora o CDC não defina a prática abusiva, seu conceito, fluido e flexível, envolve a ideia de desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. Ela é um gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie (BENJAMIN, 2011, p. 374-375).

No art. 39, o CDC apresenta exemplos de práticas abusivas vedadas ao fornecedor de produtos ou de serviços, como se infere:

art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI – executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII – repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII – aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Portanto, verifica-se que o CDC prevê um rol exemplificativo³⁴⁴ de práticas abusivas, admitindo o reconhecimento de diversos comportamentos que, por sua natureza, ou pelo fato de ocorrerem no curso de uma relação de consumo, caracterizam-se como violadores da boa-fé e da confiança dos consumidores. Nesse sentido, a natureza da abusividade da conduta dos fornecedores observa-se tanto pelo exercício de uma posição dominante na relação jurídica, quanto pela contrariedade da conduta aos preceitos de proteção da confiança e da boa-fé (MIRAGEM, 2014, p. 203).

É importante, aqui, destacar que é na proibição das práticas abusivas, igualmente, que a intersecção entre os interesses individuais dos consumidores, os interesses de todos os consumidores e, mesmo, do próprio mercado, se estabelece (IDEM). Isso porque, quando se examina o rol do art. 39 do CDC, que enumera práticas abusivas vedadas aos fornecedores, percebe-se que em muitas delas há o objetivo de regular relação de consumo individualmente considerada, assim como assegurar ao mercado de consumo confiança, tendo em vista a repercussão geral que a conduta abusiva vedada pode alcançar (IDEM).

Esse é o caso da proibição de venda casada (art. 39, I do CDC), da recusa de venda de bens ou prestação de serviços mediante pronto pagamento (art. 39, IX, do CDC) e da elevação de preços sem justa causa (art. 39, X, do CDC), cuja repercussão sobre as relações de consumo ultrapassa o interesse individual dos consumidores para alcançar o interesse geral de eficiência do mercado de consumo, com intersecções em outros setores como é o caso do Direito da Concorrência, em que essas disposições são qualificadas como infrações da ordem econômica (MIRAGEM, 2014, p. 203).

344 Em adição à lista exemplificativa do art. 39 do CDC, também são reputados abusivos todos os métodos comerciais coercitivos (art. 6º, IV), assim como todas as tentativas de acionar o consumidor em jurisdições longínquas. (BENJAMIN, 2011, p. 376).

A partir disso, observa-se que a efetivação de uma prática abusiva por parte do fornecedor é um ato ilícito e nulo, sujeitando-o às sanções e indenizações cabíveis (PFEIFFER, 2015, p. 220). Administrativamente, o fornecedor sujeita-se à aplicação das sanções previstas no art. 56³⁴⁵ do CDC. No campo cível, deverá indenizar o consumidor pelos danos morais e materiais praticados (art. 6º, VII, do CDC). Finalmente, observa-se que algumas práticas estão, também, tipificadas criminalmente, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 8.137/1990, que trata dos crimes contra as relações de consumo.

Segundo Roberto Pfeiffer, para a configuração da prática abusiva, é necessário que ela tenha sido realizada no âmbito de uma relação de consumo, que pressupõe a presença de um consumidor e de um fornecedor. A realização de uma prática abusiva requer, ainda, a imposição de uma desvantagem ao consumidor pelo fornecedor, não sendo, porém, necessária a concretização de um dano concreto ao consumidor e tampouco a demonstração de efeitos limitadores da concorrência. Basta, assim, a potencialidade do dano, sendo desnecessária sua consumação (PFEIFFER, 2015, p. 220).

A infração da ordem econômica

Para efeitos de caracterização da infração da ordem econômica, o art. 36, *caput*, da Lei n. 12.529/2011 inclui toda e qualquer conduta que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência, sem distinção entre acordos, abusos ou concentrações (FORGIONI, 2012, p. 129). Assim, faz-se necessária a realização de um ato, independentemente de culpa e de sua forma,

345 Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

que objetivo ou possa produzir algum dos seguintes efeitos, ainda que esses efeitos não sejam produzidos: (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.

As práticas consideradas abusivas pelo CDC não se confundem com as infrações da ordem econômica previstas na Lei n. 12.529/2011. Enquanto a prática abusiva pressupõe uma conduta contrária às prescrições do CDC e a imposição de uma desvantagem ao consumidor, sem a exigência de produção de efeitos sobre o mercado, a infração da ordem econômica é um tipo aberto, que demanda a análise de sua capacidade de produzir efeitos e de sua “razoabilidade” (PFEIFFER, 2015, p. 229). Assim, condutas que prejudicam os consumidores sem impactar a concorrência não configuram infração da ordem econômica, podendo, porém, ser enquadradas como práticas abusivas, o que enseja a utilização da legislação consumerista para sua repressão (IDEM, p. 217-218).

Observa-se, nesse contexto, que tanto o CDC quanto a lei concorrencial estabelecem um rol de condutas exemplificativas que, tendo em vista seu objetivo ou efeito, ainda que potencial, de gerar prejuízos ao consumidor e ao mercado, são capituladas como ilícitos administrativos, cíveis e criminais (CRAVO, 2013, p. 95). Com efeito, uma mesma conduta pode ser considerada infração da ordem econômica e prática abusiva caso os pressupostos específicos de cada uma estejam presentes, uma vez que são distintos os subsistemas jurídicos e as esferas protetivas e diversos os fundamentos para lastrear a tipificação. A título exemplificativo, a partir do momento em que a venda casada (tipificada no inc. XVIII do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011) implique a incidência de um dos incisos do art. 36, *caput* e incisos, será considerada contrária à ordem econômica (FORGIONI, 2012, p. 131), sem prejuízo de ser considerada, também, prática abusiva, conforme estipula o art. 39, I, do CDC.

O fundamento do *ne bis in idem*

Embora o princípio *ne bis in idem* não esteja expressamente previsto na CRFB/88, é pacífico na doutrina e na jurisprudência a sua incorporação ao sistema jurídico nacional (MARTINEZ, 2013, p. 249). Mesmo assim, per-

cebe-se que a Constituição de 1988 autoriza a cumulação de sanções impostas por diferentes sistemas às mesmas pessoas ao prever, por exemplo, no art. 225, § 3º, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Já o art. 173, § 5º, da CRFB/88, segundo o qual “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” não é tão claro ao estabelecer a possibilidade de cumular sanções contra as mesmas pessoas, já que apenas prevê que pessoas jurídicas também serão responsabilizadas por tais atos, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica (IDEM).

Essa é, também, a posição do CADE (IDEM), exemplificada pelo voto do Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques nos autos do Processo administrativo n. 8012.003208/99-85:

a Lei n. 7.347/85 disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados, entre outros, ao consumidor, visando a resguardar, de maneira imediata, direitos causados aos consumidores, *v.g.*, resultantes de infração à ordem econômica. Visa, de forma mediata, a proteção à ordem econômica na medida em que, em última análise, implica proteção ao consumidor, um dos principais beneficiários da tutela por essa via de ação.

A Lei 8.884/94, a seu turno, tem por escopo banir as práticas cerceadoras da livre concorrência, que infrinjam a ordem econômica, pela ótica, em um primeiro momento, da defesa da concorrência. Visa, *v.g.*, coibir acordos entre empresas concorrentes na medida em que eles sejam prejudiciais ao pleno funcionamento do mercado.

Por sua vez, a Lei 8.137/90, vem a resguardar a ordem econômica sob o ponto de vista penal, considerando infrações as condutas que venham a prejudicar a ordem tributária, econômica e as relações de consumo.

As três disposições têm pontos em comum, porquanto abraçam parcelas fáticas relevantes pertencentes a um mesmo conjunto de fatos sociais, seu objeto, representado em geral pela relação entre as empresas num mercado de livre concorrência.

Todavia, em incursão mais acurada na questão, temos que, como dito, há três diplomas legais distintos que recaem sobre um mesmo fenômeno fático, porém, que lhe tocam faces distintas vislumbrando finalidades distintas, de modo que, seria precipitado assentir a derrogação de uns pelos outros, sobretudo por travarem uma relação de complementaridade e não de contradição (BRASIL, CADE, PA 8012.003208/99-85).

No que tange ao tema da infração da ordem econômica e da prática abusiva, como visto, segundo Roberto Pfeiffer, há a necessidade de existência de poder de mercado para definir um ato como infração da ordem econômica. Dessa forma, em sua perspectiva, para que a venda casada, por exemplo, possa ser considerada uma infração da ordem econômica, é necessária a presença de poder de mercado. Assim, para o autor, a venda casada praticada por um agente econômico com poder de mercado é um ato ilícito que infringe, concomitantemente, o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência e pode, enfim, ser apurada de forma paralela pelas respectivas autoridades competentes (SNDC e SBDC) (PFEIFFER, 2010, p. 138, 145).

Entende-se, porém, que a venda casada, como, de resto, qualquer outra conduta, constitui infração da ordem econômica contanto que implique a incidência de um dos incisos do art. 36, *caput* e incisos, como visto. Nessa hipótese, ela será passível de repressão pelo SBDC, sem prejuízo da repressão, concomitante, pelo SNDC.

Verifica-se, portanto, a ausência de *bis in idem*, visto que os subsistemas jurídicos são distintos e que há uma diversidade de fundamentos para lastrear a tipificação (PFEIFFER, 2015, p. 230) da prática abusiva e da infração da ordem econômica. Nesse contexto, colaciona-se entendimento similar do STJ, de 2011, exarado quando do julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1.181.643/RS, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, que em seu voto apontou:

não haveria qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p. ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis (BRASIL, STJ, REsp n. 1.181.643/RS, grifos do original)

Assim, é absolutamente possível que existam ações judiciais, paralelas, baseadas em hipóteses em que uma conduta esteja coincidentemente tipificada como infração da ordem econômica e como prática abusiva: o consumidor, lesado, pode demandar contra o agente econômico que tenha realizado, por exemplo, uma venda casada enquanto prática abusiva e enquanto infração da ordem econômica (se presentes os requisitos para tanto), como prevê o art. 47 da Lei n. 12.529/2011. Está-se diante, portanto, de duas “vias” com vista à proteção do consumidor, não havendo nenhum obstáculo que o impeça de defender-se, concomitantemente, da infração da ordem econômica, quando ela prejudique “seus interesses individuais ou individuais homogêneos” (enfim, violando seus direitos), e da prática abusiva.

Por fim, é necessário referir a disposição do art. 35 da Lei n. 12.529/2011, que dispõe que a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Essa possibilidade, que não foi uma opção gratuita do legislador e que amplia os instrumentos de implementação da Lei n. 12.529/2011, atende, entre outros, à defesa do consumidor e é necessária simplesmente porque há situações em que o consumidor (assim como outros eventuais prejudicados) é lesado pela prática de uma infração da ordem econômica que não constitua, simultaneamente, prática abusiva, tema analisado a seguir.

A proteção do consumidor em face da infração da ordem econômica, para além da proteção em face da prática abusiva

Como se verificou no tópico anterior, em que o diálogo entre a infração da ordem econômica e a prática abusiva foi analisado, há condutas que podem configurar, ao mesmo tempo, infrações da ordem econômica, previstas na Lei n. 12.529/2011, e práticas abusivas, previstas no CDC. Como existem requisitos distintos para caracterizá-las e os subsistemas e as esferas jurídicas são diversos, havendo diversidade de fundamentos para justificar sua tipificação, não há falar em *bis in idem* (PFEIFFER, 2015, p. 229-230).

Há, porém, condutas que, apesar de tipificadas como infração da ordem econômica, não constituem prática abusiva. Esse é o caso, por exem-

plo, da prática de preço predatório, conduta tipificada como infração da ordem econômica no art. 36, XV, da Lei n. 12.529/2011 e que objetiva lesar o consumidor a longo prazo – quem pratica preço predatório não o faz por altruísmo –, mas que não constitui prática abusiva.

Outros exemplos de infração da ordem econômica que não constituem prática abusiva envolvem os acordos entre agentes econômicos, como o cartel, previsto no art. 36, § 3º, I, a identidade de atuação comercial, prevista no art. 36, § 3º, II, a imposição de barreiras à entrada, prevista no art. 36, § 3º, III, a obstaculização da atuação de concorrentes e afins, prevista no art. 36, § 3º, IV, o impedimento de acesso de concorrentes a insumos e afins, previsto no art. 36, § 3º, V, a restrição de publicidade, prevista no art. 36, § 3º, VI, a regulação de mercados, prevista no art. 36, § 3º, VIII, o dano a matérias-primas e afins, previsto no art. 36, § 3º, XIII, a conturbação da exploração de direitos de propriedade industrial ou afins, prevista no art. 36, § 3º, XIV, a cessação injustificada das atividades empresariais, prevista no art. 36, § 3º, XVII, o exercício ou exploração abusivos de direito de propriedade industrial ou afins, previsto no art. 36, § 3º, XIX etc.

Assim, como se percebe, há casos que, inobstante o fato de não configurarem prática abusiva, prejudicam o consumidor. E, se tais casos configurarem infração da ordem econômica, abre-se a possibilidade de os prejudicados, entre os quais está o consumidor, utilizarem-se do direito de ação previsto no art. 47 da Lei n. 12.529/2011.

Além disso, recorda-se, mais uma vez, que, na UE, onde se reconhece que “a proteção dos interesses dos consumidores e, por conseguinte, dos cidadãos europeus, é a trave-mestra da política de concorrência”³⁴⁶, há uma interpretação interessante, por parte da Comissão Europeia, sobre o conceito de abuso de posição dominante. Assim, para esta, o art. 102 do TFUE não visa apenas a proibição de comportamentos de empresas em posição dominante que incidam sobre a estrutura da concorrência, mas também de comportamentos de exploração sobre consumidores (BUTTIGIEG, 2009, p. 159-160), definidos sumariamente como comportamentos tendentes a extrair vantagens que não poderiam ter sido auferi-

346 Prefácio do professor Mario Monti ao XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência. (UNIÃO EUROPEIA, 2000a, p. 5-6)

das na ausência de uma posição dominante (SILVA, 2012, p. 2), de onde se extrai que, para tanto, não é necessária a presença do abuso de posição dominante. Além disso, o art. 102 do TFUE pode ser aplicado ainda que o comportamento de uma determinada empresa, em posição dominante, embora não cause qualquer efeito na estrutura da concorrência, prejudique diretamente os interesses dos consumidores (UNIÃO EUROPEIA, 2000b, ITEM 100).

4.6 Conclusão parcial

A hierarquia constitucional da defesa do consumidor projeta-se na legislação infraconstitucional, especialmente no CDC (PASQUALOTTO, 2009, p. 82), mas não apenas. Ela se estende sobre a Lei n. 12.529/2011 com especial vigor, considerando que a concorrência se trata de uma instituição que se vincula fortemente ao ato de consumo. Então, a partir de uma interpretação das normas concorrenciais com o sentido e o alcance dos valores, princípios, regras e postulados constitucionais, tendo em vista a unidade do sistema jurídico, observa-se que, para além de uma proteção indireta, há uma proteção direta do consumidor por tais normas, o que permite verificar que, em determinados casos, o consumidor é passível de titularizar direitos concorrenciais.

Além disso, percebeu-se, neste capítulo, que:

a. a Lei n. 12.529/2011 apresenta controles preventivo e repressivo das infrações da ordem econômica,

b. há uma celeuma marcante na doutrina nacional e que destoa da aproximação que o Direito da Concorrência e do Consumidor e suas respectivas políticas vêm apresentando,

c. a lei concorrential, na medida em que é, também, uma lei voltada à defesa do consumidor, poderá ser utilizada caso a conduta do agente econômico (fornecedor-concorrente), ao configurar infração da ordem econômica, prejudique o consumidor, hipótese em que a defesa do consumidor será reforçada, como estabelece o art. 47 da Lei n. 12.529/2011,

d. a Lei n. 12.529/2011, uma lei de repressão ao abuso do poder econômico, é reconhecidamente uma lei que oferece proteção a diversos interesses, destacando-se (i) que a coletividade é a titular dos bens jurídi-

cos protegidos pela Lei n. 12.529/2011, conforme dispõe o art. 1º, (ii) que o art. 36, *caput*, trata da livre concorrência, da livre iniciativa e da proteção “daqueles que se encontram em posição de sujeição em relação ao titular de poder econômico ou de posição dominante” e (iii) que o art. 88, § 6º, prevê a possibilidade de autorização de atos de concentração econômica restritivos da concorrência, desde que, entre outros critérios, sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes desses atos, disposição que tem amparo na teoria da justiça distributiva,

e. para além da tradicional proteção indireta do consumidor, percebem-se evidências de um reconhecimento parcial, na literatura, de uma proteção direta do consumidor, em três situações específicas, no âmbito das infrações da ordem econômica. Na literatura, identificam-se alguns doutrinadores que sustentam essa posição, cada um à sua maneira. Eles são Calixto Calomão Filho, Paula Forgioni e Ana Paula Martinez,

f. o consumidor é protegido pela Lei n. 12.529/2011 de formas diversas: (i) indiretamente, pela proteção da concorrência, uma instituição e um bem jurídico, (ii) diretamente, pela presença de interesses seus, no âmbito da autorização de atos de concentração econômica com efeitos restritivos à concorrência, conforme estabelece o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011 e (iii) diretamente, pela presença de interesses e direitos seus, se, de uma infração da ordem econômica, resultar-lhe prejuízo,

g. tal posição é compartilhada pelo Direito Concorrencial europeu, que a aprofundou ao aplicar o art. 102 do TFUE a situações em que o comportamento da empresa em posição dominante prejudique diretamente os interesses dos consumidores apesar da ausência de qualquer efeito na estrutura da concorrência,

h. a arquitetura do controle dos atos de concentração econômica, conforme prevista pela Lei n. 12.529/2011, ao prever o repasse de parte substancial dos benefícios inerentes ao ato de concentração econômica autorizado aos consumidores, demonstra que o ato que apresente restrições concorrenciais poderá ser autorizado se e somente se a Administração puder assegurar que haverá a partilha de benefícios, sob pena de haver uma interpretação *contra legem* – o que reafirma a adoção do *price standard* e suas variações e sugere a adoção, também, do *consumer surplus standard* na ausência de modelo mais abrangente e que permita pensar o bem-estar

do consumidor na perspectiva de um *well-being*, o que demanda uma abordagem que considere critérios para além do preço e

i. qualquer conduta que constitua prática abusiva e, também, infração da ordem econômica é passível de repressão pelo SBDC, sem prejuízo da repressão, concomitante, pelo SNDC, havendo aí *ne bis in idem*, posto que os subsistemas jurídicos concorrencial e consumerista são distintos e que há uma diversidade de fundamentos para lastrear a tipificação da prática abusiva e da infração da ordem econômica.

5 O DIREITO À CONCORRÊNCIA: O RECONHECIMENTO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo, o último do presente trabalho, impende analisar a possibilidade de extrair-se, a partir da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária realizada até o momento, o reconhecimento de um direito à concorrência, derivado das normas constitucionais, concorrenciais e consumeristas, sob a perspectiva da defesa do consumidor. Verificar-se-ão, assim, a seguir, as características dos direitos humanos e fundamentais para que se possa compreender a natureza e o significado daquilo que, supõe-se, seja o direito à concorrência, na hipótese de se confirmar seu reconhecimento, além de suas consequências pragmáticas no sistema jurídico, entre elas a efetividade de tal direito.

5.1 Os direitos humanos e fundamentais

Os direitos humanos

A ideia de “direito humano” está carregada de subjetivismo. Ela é inerente ao homem (LORENZETTI, 1998, p. 160) e, em sua concepção contemporânea, dada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e

pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, caracteriza-se pela universalidade e pela indivisibilidade (PIOVESAN, 2010, p. 96).

Segundo Hannah Arendt, os direitos humanos, identificados com os valores mais importantes da convivência humana (COMPARATO, 2010, p. 38), não são um dado, mas um construído³⁴⁷ da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. E, nesse sentido, é o direito de pertencer a uma comunidade política que permite a construção de um mundo comum por meio de um processo de reconhecimento dos direitos humanos, que estão, assim como o homem, em constante processo de construção e reconstrução (ARENDR, 1989). Por isso, a ideia de “gerações de direitos”, como se houvesse uma sucessão, não é adequada.

Há, sim, uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos (TRINDADE, 1995, p. 33), de modo que a ideia de existência de várias dimensões de direitos é mais apropriada, já que reflete a própria natureza humana: as necessidades do homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano (TAVARES, 2012, p. 500), que apresenta a característica singular de um permanente inacabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*)³⁴⁸.

A discussão sobre os direitos do homem tem suas bases na Filosofia jusnaturalista, como visto no terceiro capítulo deste trabalho, a partir da hipótese da existência de um estado de natureza em que os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, o direito à propriedade, o direito à liberdade, enfim, direitos passíveis de pôr limites aos comportamentos opressivos (cujo marco histórico pode ser considerado a Magna Carta³⁴⁹, de 1215). Para a teoria kantiana, que pode

347 Assim Riobaldo, em “Grande Sertão: Veredas”: “mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”. (GUIMARÃES ROSA, 2001, p. 39)

348 Como aponta Fábio Konder Comparato, ao citar a obra heideggeriana *Sein und Zeit*. (COMPARATO, 2010, p. 42)

349 Refere-se que, “na realidade, não se pode dizer que as normas da Magna Carta constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, essa afirmação de direitos, feita em caráter geral

ser considerada como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras declarações que reconheceram direitos do e ao homem e que serviram de premissa às Constituições nacionais a partir do final do século XVIII – com a distinção clássica entre direitos naturais (*moral rights*) e direitos positivos (*legal rights*), surgidos pela primeira vez na Inglaterra, em 1689, no *Bill of Rights* –, não mais enunciadas por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores do poder estatal, e portanto, *cum imperio*, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, esta entendida como a “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estariam compreendidos nele (BOBBIO, 1992, p. 73-75, 78, 82).

Aponta-se, tradicionalmente, que os direitos humanos desenvolveram-se em ondas. A primeira dimensão contém direitos civis e políticos e inclui os direitos desenvolvidos na Inglaterra e na França durante os séculos XVII e XVIII. Esses direitos, atrelados ao ideário característico do Estado liberal (TAVARES, 2012, p. 501), são categorizados como direitos negativos (omissivos), já que requerem a abstenção de comportamentos estatais, em oposição aos direitos positivos (comissivos), que requerem que determinados bens, serviços ou oportunidades sejam providos pelo Estado (BENÖHR, 2013, p. 46-47). Nesse primeiro conjunto de direitos encontram-se, por exemplo, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade³⁵⁰, a igualdade formal (perante a lei), a inviolabilidade do domicílio, o devido processo legal e o segredo de correspondência. Além disso, pertencem à primeira dimensão as liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão etc. (TAVARES, 2012, p. 502)

e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal”. (DALLARI, 1995, p. 174)

350 Segundo Fábio Konder Comparato, “no embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza –, com algumas concessões em benefício do ‘Terceiro Estado’, o povo”. (COMPARATO, 2010, p. 58)

Já a segunda dimensão de direitos, que foi influenciada pelas revoluções do século XIX e do início do século XX e consolidada após a Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se pela natureza econômica, social e cultural. Esses direitos humanos eram vistos como um instrumento ou uma condição necessária para preservar a liberdade e a autonomia privada no mercado. Direitos tipicamente socioeconômicos, como a garantia de um *standard* mínimo de vida, que inclui acesso à educação, saúde e previdência social, passaram a ser vistos como prerequisites para uma vida autônoma. Esses direitos caracterizam-se pela intervenção, e não pela abstenção do Estado (BENÖHR, 2013, p. 47). Com essa dimensão, não há a pretensão de os indivíduos se protegerem do Estado. Há, sim, a elaboração de um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer esses direitos (TAVARES, 2012, p. 503).

A terceira dimensão de direitos consiste em direitos que ainda não foram reconhecidos como direitos humanos, mas que foram, apesar disso, aprovados por várias organizações da ONU (BENÖHR, 2013, p. 47). Eles incluem por ora o direito ao desenvolvimento e à paz, além de direitos ambientais e culturais (IDEM) e costumam ser denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade (TAVARES, 2012, p. 503). Os direitos de terceira dimensão caracterizam-se pelo fato de se desprenderem do sujeito enquanto indivíduo singular, destinando-se à proteção de indivíduos que compartilham laços comuns, como ocorre quando se reúnem em família, compõem minorias étnicas, religiosas etc. Sua titularidade é, pois, muitas vezes indefinida e indeterminável.

Mas, seria, afinal, o direito do consumidor um direito humano?

Embora o tema seja controverso, segundo Sinai Deutch, ele teria potencial para tornar-se direito humano por conter características próprias dos direitos humanos. Em primeiro lugar, o crescente reconhecimento internacional dos direitos do consumidor e *standards* de segurança em *guidelines* internacionais ou mesmo em tratados demonstraria a aceitação universal (o consumidor é um conceito de validade universal [PASQUALOTTO, 2009, p. 80]) dos direitos que envolvem a proteção da pessoa humana enquanto consumidora. Além disso, os direitos do consumidor também seriam aplicáveis a todos os indivíduos, já que toda pessoa é, em algum momento, consumidora. Em segundo lugar, os direitos

do consumidor a produtos e serviços seguros e ao acesso à justiça seriam garantidos para manter a existência e a dignidade humana. Em terceiro lugar, esses direitos protegeriam contra violações realizadas por agentes públicos ou privados (DEUTCH, 1994, p. 537-578).

O autor argumenta, ainda, que o consumidor, principalmente quando considerado individualmente, sem qualquer apoio institucional, merece uma proteção eficaz em face de grandes organizações empresariais, monopólios, cartéis e corporações multinacionais. Enfatiza-se, assim, a disparidade de armas existente entre consumidor e fornecedor, a ausência de condições negociais equivalentes, paritárias, algo que fulmina a autonomia do consumidor e deve, portanto, ser corrigido pelo Direito (DEUTCH, 1994, p. 552-553), por meio, sobretudo, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Além disso, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos demonstra o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo (MIRAGEM, 2014, p. 54). E, na sociedade de consumo contemporânea, em que a população transferiu-se massivamente do campo para a cidade, o consumo, pelo menos o consumo de alimentos, mais do que uma necessidade, transforma-se em condição de sobrevivência³⁵¹ (segurança alimentar), já que os alimentos de que o homem precisa para sobreviver, pelo menos nos centros urbanos, somente são acessíveis mediante um ato de consumo.

Essa consideração, assim, reforça, sob um viés pragmático, a necessidade de se reconhecer a natureza de direito humano ao direito do consumidor.

Os direitos fundamentais

Há uma questão terminológica essencial relacionada ao tema dos direitos, na perspectiva dos direitos fundamentais, visto que ocorre o emprego indiscriminado de diversos vocábulos: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais,

351 „Im modernen Wirtschaftssystem ist der Bürger Käufer auf dem Markt für Konsum- und Existenzgüter. Der Bürger als Verbraucher erwirbt diverse Waren und Dienstleistungen, um sein Dasein zu sichern und zu entfalten“. Em tradução livre: no sistema econômico moderno o cidadão é comprador de bens de consumo existenciais. O cidadão como consumidor adquire diversos produtos e serviços a fim de garantir a sua existência e desenvolvimento. (AKIRA, p. 10)

liberdades públicas, entre outros (TAVARES, 2012, p. 492). Assim, parte da doutrina tem utilizado a expressão “direitos fundamentais” para referir-se aos direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional, ao passo que a expressão “direitos humanos” tem sido empregada para identificar posições jurídicas decorrentes de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal (SARLET, 2009, p. 214), embora se refira que os direitos humanos prescindem de um fundamento em uma norma jurídica positivada, estando ancorados em princípios universais e necessários da razão (BARZOTTO, 2005, p. 85). Há, porém, quem considere que direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política (COMPARATO, 2010, p. 74). De forma concreta, considera-se que os direitos fundamentais são formados pelas seguintes categorias de direitos: direitos individuais, direitos políticos, sociais, econômicos e culturais (BARROSO, 2006, p. 97 e ss.).

Como visto, os direitos fundamentais caracterizam-se por apresentar uma dimensão dupla, na condição de normas objetivas e de direitos subjetivos (SARLET, 2009, p. 141). No que tange à primeira dimensão, aponta-se a decisão paradigmática, proferida em 1958, pelo Tribunal constitucional federal alemão ao julgar o caso Lüth³⁵², em que se asseverou que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo (IDEM, p. 143).

Com efeito, refere-se que um desdobramento dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a sua eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*), já que fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito infraconstitucional, o que também significa a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais (IDEM, p. 147).

352 BVerfGE 7, 198, 1958. Trata-se de um caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão que envolveu conflito relacionado à liberdade de manifestação de pensamento entre particular e dos danos daí decorrentes. Informações detalhadas sobre o tema estão presentes na seguinte obra de Duque, (2013, p. 66 e ss.)

Associada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, desenvolveu-se, ainda na década de 1950, também na Alemanha, a teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Drittwirkung der Grundrechte*) (DUQUE, 2014, p. 63-64), que envolve a interpretação do Direito Privado condicionada pela aplicação dos direitos fundamentais, que não seriam oponíveis, portanto, apenas aos Poderes Públicos, mas, também, aos particulares. Seu principal mérito é, assim, demonstrar que nenhum âmbito jurídico pode ficar imune à incidência dos direitos fundamentais (DUQUE, 2013, p. 71).

Desse modo, do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e a interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles (SARLET, 2009, p. 150).

No que tange à segunda dimensão, que é a subjetiva, entende-se que os direitos fundamentais são fonte de direitos subjetivos para o particular, oponíveis contra o Poder Público e os particulares (DUQUE, 2014, p. 121-122), como visto, porque perfazem direitos individuais constitucionalmente protegidos, o que ocorre sob a forma de direito subjetivo (CANOTILHO, 2004).

Todavia, recorda-se que um direito fundamental na forma de um direito subjetivo nem sempre está visível no texto constitucional, tendo em vista que muitas vezes ele deve ser derivado no caminho da interpretação (DUQUE, 2014, p. 122).

Além disso, observa-se que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais baseia-se no valor outorgado à autonomia individual enquanto expressão da dignidade da pessoa humana – o que não exclui, todavia, a possibilidade, inclusive reconhecida pela CRFB/88, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos (SARLET, 2009, p. 155).

Desse modo, percebe-se que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é ampla, havendo diversidade no que tange ao objeto, concreto, do direito subjetivo fundamental, que se vincula aos seguintes fatores: (i) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de ma-

neira uniforme, (ii) a existência de inequívocas distinções concernentes ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais e (iii) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e, mesmo, pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários (SARLET, 2009, p. 152-153).

Tecidas essas considerações, passa-se à análise das características do direito à concorrência, que o presente trabalho pretende reconhecer.

5.2 O direito à concorrência, uma proposta de conceito

Já no Preâmbulo³⁵³ da CRFB/88 – que, embora não apresente força normativa autônoma, pode ser empregado como reforço argumentativo ou diretriz hermenêutica (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 367) – o constituinte fala em instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Além disso, a liberdade que o texto constitucional garante ao consumidor é objetivo da República, conforme prevê o art. 3º, I, da CRFB/88, que apresenta o comprometimento com a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. Desse modo, “concretamente, no meio social, dentre as várias ações possíveis, a da pessoa designada como consumidora

353 O STF, ao julgar ADI envolvendo discussão sobre o preâmbulo da Constituição, entendeu que ele não constitui norma central. Segundo o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política. A seguir, a ementa do referido julgamento: EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218). Mais tarde, ao julgar recurso em mandado de segurança, o preâmbulo constitucional foi invocado pelo Relator, Ministro Carlos Britto, como reforço argumentativo para consolidar a proteção de direitos fundamentais. (BRASIL, STF, RMS 26.071/DF)

deve ser livre” (NUNES, 2012, p. 67), ideia subjacente ao próprio reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e, portanto, da necessidade de um tratamento protetivo capaz de corrigir tal fragilidade.

No capítulo dos direitos e das garantias individuais, a CRFB/88 garante a todos a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*) para, em seguida, instituir uma série de direitos mais específicos (liberdade de manifestação de pensamento, de consciência e de crença, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de associação para fins lícitos) e de garantias destinadas à efetivação da liberdade (recebimento de informações dos órgãos públicos, impetração de mandado de segurança ou de *habeas corpus*) (ÁVILA, 2014b, p. 233). Segundo Humberto Ávila (2014b, p. 234),

liberdade jurídica significa, pois, o poder de escolha entre alternativas comportamentais que evitem ou que amenizem riscos jurídicos, isto é, consequências jurídicas, capazes de prognóstico e de controle, que afetam decisões individuais. Liberdade envolve, assim, autonomia, e esta última opõe-se a uma vida de escolhas forçadas ou sem escolha.

O tema se vincula claramente à teoria da escolha do consumidor (*consumer choice*), que considera a relação entre o Direito da Concorrência e do Consumidor, proposta por Neil Averitt e Robert Lande (1998, p. 44-63). Segundo os autores, a escolha do consumidor, “o estado de coisas em que o consumidor é verdadeiramente soberano, no sentido de ter o poder para definir seus próprios quereres e a habilidade de satisfazê-los a preços não muito superiores aos custos suportados pelos fornecedores de produtos e serviços relevantes”, existe quando duas condições fundamentais estão presentes, quais sejam, (i) existência de uma gama de opções disponíveis para o consumidor, possibilitada pela concorrência, e (ii) existência da possibilidade de os consumidores selecionarem livremente entre essas opções (AVERITT; LANDE, 1998, p. 46).

A partir disso, surgem questões importantes: quão variáveis devem ser as opções disponíveis no mercado? E quão livres de influências externas devem ser os consumidores, constantemente alvo de estratégias

publicitárias que se reinventam³⁵⁴? Os autores não propõem a presença de um número pré-determinado de opções, mas recordam o império do Antitruste para proibir condutas empresariais que artificialmente limitem a gama natural de opções disponíveis no mercado (até porque as leis concorrenciais em geral permitem reduções artificiais do número de opções, como é o caso do controle das concentrações econômicas) (AVERITT; LANDE, 1998, p. 46).

Ademais, o Antitruste deveria considerar com atenção o papel da competição naqueles segmentos em que ela não se vincula unicamente ao fator preço (*non-price competition*), caso, por exemplo, dos setores de alta tecnologia ou de mídia, em que a diversidade de opções pode interessar muito mais ao consumidor do que o fator preço (IDEM, p. 45). Afinal, a proteção da liberdade de escolha pressupõe a existência de um mercado suficientemente competitivo que reflita a rivalidade entre os fornecedores-concorrentes. Não se pode saber com antecedência o que os consumidores querem. O que se sabe, porém, é que os consumidores não querem sempre mais e mais do mesmo a preços mais baixos, mas, também, alternativas consistentes. É preciso, em síntese, oferecer ao consumidor a chance de decidir por si mesmo (BEHRENS, 2014, p. 33), corrigindo, ainda que parcialmente, a vulnerabilidade que lhe é inata.

É inevitável, por fim, não notar a proximidade da teoria da escolha do consumidor com os postulados da Escola de Freiburg, vista anteriormente, já que fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta (lembre-se que a concorrência é um processo de descoberta, como visto) das melhores opções presentes no mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que portanto represente a utilidade marginal do produto ou do serviço (como querem os neoclássicos), mas, também, a existência de uma efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos e serviços, com base em preço, qualidade, preferências regionais etc. (SALOMÃO FILHO, 1999, p. 265)

354 E inclusive se utilizam de redes sociais, dos *digital influencers*, para dissimular propagandas de produtos e serviços.

Assim, percebe-se que a proteção da liberdade de escolha dos consumidores é da essência do Direito da Concorrência e do Consumidor, porque um “escudo” para infirmar a vulnerabilidade própria do sujeito enquanto consumidor.

Enfim, pensa-se, como Averitt e Lande (2007, p. 175-264) e, ainda, como Behrens (2014, p. 33-34), que *the consumer choice approach is fundamentally superior to the price and efficiency paradigms because it asks the right question*³⁵⁵.

Uma possível resposta a essa questão envolve o fato de que concorrência e eficiência não são a mesma coisa (POSNER, 1977, p. 1-20), tanto que

*a merger that gives the acquiring firm a monopoly but in so doing reduces the costs of serving the market to the extent that the monopoly price after the merger is lower than the competitive market price was before the merger would be blocked by a competition authority that considers simply whether or not competition was reduced and ignores the efficiency gains – this would not be in the interest of consumer well-being*³⁵⁶. (BUTTIGIEG, 2009, p. 79)

Desse modo, Richard Posner, por exemplo, aponta que há casos em que

*social welfare would be greater if the monopoly were permitted than if it were forbidden, and since, in an economic analysis, we value competition because it promotes efficiency – that is, as a means rather than as an end – it would seem that whenever monopoly would increase efficiency it should be tolerated, indeed encouraged. On this view of antitrust, competition is viewed “as a state in which consumer interests are well served rather than as a process of rivalry that is diminished by the elimination of even one tiny rival”*³⁵⁷. (POSNER, 2001a, p. 28-29)

355 Em tradução livre: a abordagem da escolha do consumidor é fundamentalmente superior aos paradigmas do preço e da eficiência porque propõe a questão correta.

356 Em tradução livre: uma concentração que dá à empresa aquisidora um monopólio, mas ao fazê-lo reduz os custos de atendimento ao mercado na medida em que o preço de monopólio depois da fusão é inferior ao preço de mercado competitivo antes da concentração seria bloqueada por uma autoridade da concorrência que considerasse simplesmente se ou não a competição foi reduzida e ignorasse os ganhos de eficiência – isso não seria no interesse do bem-estar do consumidor.

357 Em tradução livre: o bem-estar social seria maior se o monopólio fosse permitido ao invés de ser proibido, e uma vez que, em uma análise econômica, valorizamos a competição porque promove a eficiência – ou seja, como um meio e não como um fim – parece que sempre que o monopólio aumentasse a eficiência ele deveria ser tolerado, de fato encorajada. Deste ponto de vista

O problema dessa visão, que privilegia a eficiência, e não a concorrência, é que ela vê o ganho de eficiência e o correspondente benefício ao consumidor (que eventualmente poderia sequer se confirmar, o que faz com que as autoridades concorrenciais tenham de monitorar com zelo a transferência das eficiências ao consumidor, tema complexo, como visto) em uma perspectiva imediata. Ocorre que, ao aplicá-la, aceita-se *in extremis* uma redução da concorrência que, a longo prazo, prejudica o consumidor em aspectos multifatoriais, como a diminuição ou ausência de opção de escolha, a redução do estímulo ao desenvolvimento de novos produtos e serviços e o aumento dos preços que, em um primeiro momento, foram reduzidos. Em sentido contrário, como visto, posiciona-se Eugène Buttigieg (2009, p. 79-80):

*wether analysing collusive behaviour or merger activity or indeed even the allegedly abusive practices of a firm enjoying market power a competition authority should always consider that a reduction of competition could bring about efficiency gains – if efficiencies are ignored and the assessment focuses solely on competition, the consumer well-being that competition law is designed to achieve will not be achieved*³⁵⁸.

Pensa-se que, em uma perspectiva imediata, é possível que a redução de concorrência colabore, de fato, para a conquista de eficiência. Ocorre que, disso, não se pode extrair que, de fato, a eficiência será transferida, distribuída ao consumidor no futuro.

É evidente que desconsiderar totalmente o ganho de eficiência não é, sequer, uma opção. Os ganhos de eficiência deverão ser sempre considerados na análise antitruste, sob pena de não cumprimento de seu perfil distributivo. No entanto, não se pode concluir, daí, que a concorrência

de defesa da concorrência, a concorrência é vista “como um estado em que os interesses dos consumidores são bem servidos e não como um processo de rivalidade que é diminuído pela eliminação de até mesmo uma pequena empresa rival”.

358 Em tradução livre: tanto analisando-se o comportamento de conluio ou a atividade de concentrações ou mesmo até as práticas alegadamente abusivas de uma empresa com poder de mercado uma autoridade de concorrência deveria sempre considerar que uma redução da concorrência pode trazer ganhos de eficiência – se as eficiências são ignorados e a avaliação se concentra exclusivamente na concorrência, o bem-estar do consumidor que o direito da concorrência é projetado para alcançar não será alcançado.

deverá ser, sempre, afastada em prol de uma eficiência que poderá beneficiar o consumidor, ou não.

Não se pode esquecer que a “concorrência é a melhor aliada do consumidor” e que, em primeiro lugar, é a concorrência que deve ser priorizada para, em um segundo momento, considerarem-se os ganhos de eficiência. Trata-se de uma perspectiva de longo prazo, jamais imediatista.

Além disso, a vulnerabilidade do consumidor é exacerbada em situações em que ele, por exemplo, sequer sabe da inexistência de concorrência entre produtos e serviços de fornecedores que ele, consumidor, pressupõe sejam concorrentes – quando, no entanto, são apenas marcas com identidades diversas e contraditoriamente detidas por um mesmo grupo econômico.

Essa situação, por exemplo, pode ser verificada por qualquer consumidor que se disponha a consultar as informações do fabricante em rótulos de produtos³⁵⁹ disponíveis em gôndolas de supermercados brasileiros, onde não é incomum encontrarem-se várias marcas de creme dental, por exemplo, o que faz com que o consumidor tenha a percepção de que há inúmeros produtos «diferentes» e «concorrentes». Esses produtos, contudo, pertencem a pouquíssimas grandes empresas que detêm um grande número de marcas, o que transmite a sensação, falsa, de existência de uma concorrência que, em verdade, é inexistente. Outro exemplo diz respeito às *holdings* que detêm diversas empresas³⁶⁰ que, aos olhos do consumidor, parecem concorrentes.

Um aspecto a ser considerado, nesse contexto, envolve a falsa aparência de concorrência. Trata-se de uma suposta liberdade de escolha, de um direito *pro forma* à escolha que definitivamente não atende à defesa do consumidor – que pressupõe o acesso ao consumo³⁶¹ e a liberdade de es-

359 Por exemplo, os produtos para limpeza de roupas Ace e Ariel, os produtos para limpeza capilar Head&Shoulders, Pantene e Wella, do grupo Procter & Gamble, que, apesar de aparentarem ser concorrentes na verdade não o são, conforme se verifica no site (P&G). Outro exemplo são as cervejas do grupo Ambev, que aparentam ser concorrentes, apesar de não o serem. Cita-se, por exemplo, as marcas Brahma, Antarctica e Skol, conforme se verifica no site da Ambev.

360 Caso de *holdings* que atuam no varejo de moda, como, por exemplo, o grupo Restoque, proprietário de diversas marcas, como Le Lis Blanc, Bo.Bô, John John, Rosa Chá e Dudalina. (RESTOQUE S/A)

361 É interessante, a propósito, a observação de Geraldo Vidigal (1977, p. 118): “o ideal clássico da liberdade econômica envolveria naturalmente em seu quadro a idéia da liberdade de consumo.

colha. Afinal, já Aristóteles verificou que a escolha “pertence ao gênero da ação voluntária, mas nem todo ato voluntário é escolhido” (ARISTÓTELES, 2002, p. 89). Pode-se falar, também, em um “mito da concorrência”, como propõe Daniel Glória, para quem mesmo em uma situação na qual existam possibilidades de opção, tal circunstância não significa liberdade fática de escolha do consumidor, face a uma certa “semelhança”, “homogeneidade” dos produtos, serviços e cláusulas contratuais oferecidas no mercado (GLÓRIA, 2003, p. 116).

Outro aspecto que indica a vulnerabilidade exacerbada do consumidor diz respeito à eventual ausência de produtos e serviços disponíveis ao consumo (fato que se relaciona com o “*mito de la igualdad*”³⁶² en el acceso a los bienes y servicios” [ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 90]). Se hoje, por exemplo, um consumidor brasileiro desejar comprar alimentos orgânicos³⁶³, ou pelo menos não transgênicos, e, para tanto, dirigir-se ao supermercado, verificará que tal possibilidade é restrita e que, em relação a diversos alimentos, ela inexistente – enquanto ainda for possível identificar a presença de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) em alimentos, no Brasil, considerando a aprovação na Câmara dos Deputados do Projeto de lei n. 4.148/2008 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015), que dispensa a identificação de elementos transgênicos em rótulos de alimentos, apesar da conhecida incerteza científica sobre os efeitos deletérios dos OGMs na saúde humana e em todo o ecossistema (ZANONI; FERMENT, 2011). Do mesmo modo, tal restrição atinge especialmente os celíacos, os diabéticos, enfim, consumidores com necessidades especiais e, portanto, hipervulneráveis, já que se situam em uma posição de dependência agravada em relação ao fornecedor, o que torna imperioso colocar sua necessidade especial de proteção no primeiro plano³⁶⁴.

Para as classes de menor poder de compra, no entanto, seria a liberdade de consumo um falso direito: não há liberdade real no consumo inviável”.

362 Sobre o mito da igualdade, fala Jean Baudrillard ao comentar a ideologia igualitária do bem-estar. (BAUDRILLARD, 2003, p. 47)

363 Chama a atenção a escassez de estudos doutrinários *de lege lata et de lege ferenda* sobre o marco regulatório dos agrotóxicos, com seus diversos impactos sabidamente nocivos à saúde humana e ambiental.

364 As ideias da autora sobre o *rollensoziologisches Modell* do consumidor foram adaptadas ao contexto deste trabalho. (MÖLLER, 2008, p. 59)

Ocorre que, inúmeras vezes, essa questão, que se liga à segurança alimentar³⁶⁵, envolvendo a própria saúde do consumidor e o direito à vida, não se trata de uma escolha voluntariosa, de uma escolha supérflua³⁶⁶, mas, ao invés, de uma necessidade. Se o consumidor tem restrições alimentares (e hoje as alergias alimentares se tornaram epidêmicas³⁶⁷, por exemplo) e não encontra no mercado opções mínimas de consumo (e por opção mínima pretende-se a oferta de pelo menos uma opção de escolha de produto ou serviço, com preço razoável), pode-se sustentar que o Estado intervenha e ele próprio garanta o suprimento do produto, seja pela imposição ao agente econômico da obrigatoriedade de oferta do produto, seja pela assunção dessa obrigação pelo próprio Estado, sob pena de responsabilidade. Então, em uma situação de vulnerabilidade exacerbada, não é aceitável que o consumidor conviva com o ônus da ausência de oferta de produtos e serviços que tenham caráter essencial, como é o caso, exemplificativamente, dos produtos alimentícios. Pergunta-se: não se poderia postular um mínimo de oferta de produtos que têm, como é o caso dos alimentos, função essencial à saúde humana, principalmente considerando-se o problema iminente da transformação das sementes de diversas plantas alimentícias, que desde sempre pertenceram ao domínio público, em domínio privado³⁶⁸, pela concessão de patentes, algumas delas inclusive propositalmente estéreis, as chamadas sementes *terminator*³⁶⁹?

Não se está aqui questionando o direito de propriedade (previsto no art. 5º, XXII, da CRFB/88) e a proteção à invenção industrial, que atende ao interesse público e serve ao estímulo criativo, impedindo o *free-riding*, ou

365 Que se liga, por sua vez, ao direito fundamental à informação, segundo estudo de Caroline Vaz (2015).

366 E ainda que fosse esse o caso, tratar-se-ia de escolha legitimamente defensável.

367 Segundo estudos, em decorrência do consumo de alimentos transgênicos, ou produzidos com agrotóxicos. Para maiores informações, recomenda-se a leitura da obra de Vaz (2006). Para uma visão do sistema rigoroso de autorização e comercialização dos organismos geneticamente modificados adotado pela UE, recomenda-se a leitura da publicação da União Europeia (2014b).

368 Sobretudo de um duopólio, envolvendo Monsanto e DuPont, como noticia artigo do jornal *The Guardian* (SHEMKUS, 2014).

369 Como noticia a imprensa em artigo recente (BRANFORD, 2015).

seja, o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa a fim de obter os resultados dela advindos, além de estimular a pesquisa e o desenvolvimento individual (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 14). O que se questiona são as eventuais consequências, para o consumidor, da ausência, potencial, de pluralidade de oferta, de opções, da ausência de escolha no que tange a um tema sensível como é o caso da segurança alimentar, o que torna evidente a premência do reconhecimento do direito à concorrência, cujo exercício deve estar na *agenda* do consumidor. Afinal, como visto, no Brasil, a concorrência é instrumental, meio para a realização da dignidade da pessoa humana em todas as situações, complexas, que caracterizam a Pós-modernidade.

Reforça essa perspectiva, ainda, a aplicação da ideia do mínimo existencial às relações de consumo, como propõe Adalberto Pasqualotto, podendo-se falar em um consumo básico como direito fundamental, o que inclui não apenas o direito à alimentação como pressuposto de saúde e sustento físico, mas também o acesso a outros bens que atualizam o significado de direitos fundamentais de primeira geração (PASQUALOTTO, 2009, p. 69).

Consequência disso é que o Estado poderá intervir quer na produção, quer na distribuição de produtos e serviços, não só para garantir essa liberdade mas também para regular aqueles produtos e serviços que, essenciais às pessoas, não possam ser adquiridos por algum problema envolvendo a oferta. Aplicado o conceito à realidade social, o que se tem é o fato de que o objetivo constitucional da construção de uma sociedade livre significa que, sendo a situação real de necessidade, o Estado pode e deve intervir para garantir a dignidade humana (NUNES, 2012, p. 67), dada a gravidade de quaisquer violações³⁷⁰ à dignidade da pessoa humana. Assim, de uma ou outra forma, esse ônus, decorrente do bônus relativo à possibilidade de exploração da atividade econômica, deve ser distribuído a algum sujeito, seja ele privado ou público.

Ademais, pode-se arguir a necessidade de eventual intervenção para que se possibilite o exercício da escolha que o direito à concorrência per-

370 Uma violação à dignidade da pessoa humana é algo de extrema gravidade e não pode ser objeto de banalização (FOLLONI, 2012, p. 23).

mite sob o fundamento de que a livre iniciativa baseia-se na solidariedade social, que *“es la consecuencia de la naturaleza social del hombre, que debe llevar a éste a una firme y perseverante actitud de contribución al logro del bien común”*³⁷¹ (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 120), já que é objetivo fundamental da República, como estabelece o art. 3º, I, da CRFB/88, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Também cabe referir o princípio da função social da propriedade, previsto no art. 5º, XXIII, e no art. 170, III, da CRFB/88, e da empresa, como fundamento dessa visão sobre a possível intervenção estatal, ainda que ela seja pragmaticamente muito mais um argumento do que propriamente um critério de ordenação econômica ou de exigência jurídica (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 121).

Um exemplo pragmático de aplicação do direito à escolha e do direito à concorrência é a portabilidade de crédito, que permite que o consumidor migre de uma instituição financeira para outra que lhe ofereça uma taxa de juros menor e sem custos adicionais, por exemplo, fato que tem repercussões concorrenciais evidentes, *vis-à-vis* o estímulo à concorrência mesmo em segmentos que envolvem contratos cativos de consumo, caso do setor financeiro e de telecomunicações.

Então, a partir do reconhecimento do caráter fundamental do direito à concorrência, que é, em essência, um direito à diversidade, vinculado à liberdade individual de escolha e de satisfação de desejos e de necessidades (autodeterminação), além de uma garantia institucional, pode-se conceituá-lo da seguinte forma: o direito à concorrência decorre dos dispositivos constitucionais referentes à cidadania (art. 1º, II), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao pluralismo político (art. 1º, V), à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), à defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V), à livre concorrência (art. 170, IV), à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e à repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), cuja contrapartida estatal (eficácia vertical) e de terceiros (eficácia horizontal) é que seja assegurada ao consumidor uma tal diversidade de oferta de produtos e de serviços que possa de fato refletir a pluralidade que caracteriza a democracia, permitindo o exercício do direito à escolha

371 Em tradução livre: que é a consequência da natureza social do homem que deve levá-lo a uma atitude firme e perseverante de contribuição para a realização do bem comum.

e do ato de consumo, um ato político por natureza, em sua maior amplitude possível e, igualmente, atendendo à diversidade de necessidades especiais dos consumidores, caso dos consumidores hipervulneráveis.

Além disso, sustenta-se que o direito fundamental à concorrência está estruturado na forma de um princípio³⁷² que integra, ainda que implicitamente, o sistema jurídico brasileiro, pois sobressai o seu caráter eminentemente finalístico em detrimento do prescritivo. O estado de coisas buscado por esse princípio não prevê, assim, as condutas expressamente devidas à promoção deste, que devem, todavia, ser extraídas da interpretação/aplicação dessa norma-princípio à luz do caso concreto (ÁVILA, 2014b, p. 102).

Percebe-se, assim, que o direito à livre concorrência integra os direitos do consumidor, que, como visto, configuram, segundo a classificação proposta por Robert Alexy (2012, p. 393), direitos prestacionais (em sentido amplo), típicos do Estado social, e, especificamente, direitos de proteção.

Além disso, ele se manifesta de formas diversas e, por isso, são diversas as formas de sua defesa no âmbito processual, tema analisado adiante.

5.3 A classificação do direito à concorrência: direito difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo

A literatura³⁷³ nacional usualmente refere a concorrência como um interesse difuso³⁷⁴, que, segundo o conceito proposto por Rodolfo Mancuso, envolve

372 Segundo Karl Larenz (1997, p. 682-683), “se bem que os princípios jurídicos tenham, em regra, também o carácter de ideias jurídicas directivas, das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude da sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem também princípios que, condensados numa regra imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas em si próprios, *lex*. Denomino-os de ‘princípios com forma de proposição jurídica’”.

373 Cita-se, entre outros, os posicionamentos de Forgioni (2012, p. 125) e de Ferraz Junior (2013, p. 18).

374 E, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 26), “interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do

interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v. g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v. g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa, litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço (MANCUSO, 2013a, p. 153).

Inobstante isso, já se apontou, há mais de uma década, que «o direito à livre concorrência possui expressa previsão na Constituição Federal” (PFEIFFER, 2004, p. 11), que elevou a sua defesa ao *status* de princípio geral da ordem econômica (art. 170, IV, da CRFB/88) e determinou que a lei reprimisse o poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CRFB/88).

Desse modo, Roberto Pfeiffer, reconhecendo a existência do “direito à livre concorrência”, afirma que ele possui as características de um direito difuso (PFEIFFER, 2004, p. 14), o que é demonstrado pelo fato de que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” pela lei concorrencial, conforme estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011.

Subsidia esse entendimento, também, a disposição do art. 219 da CRFB/88, em que o constituinte considera o mercado interno parte do patrimônio nacional ao explicitar que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Desse modo, se o mercado interno integra o patrimônio nacional, quaisquer lesões a ele – o que passa pela dinâmica concorrencial – constituem lesões à concorrência como direito difuso, já que o mercado interno integra o “patrimônio nacional”, que pertence a todos os brasileiros.

consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar sua correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.

Nesse sentido, refere-se que a preocupação primordial do legislador, ao inserir a expressão “coletividade” na lei concorrencial, foi demarcar o caráter difuso do direito (PFEIFFER, 2004, p. 14). E, da análise do art. 81, I, do CDC, observa-se que os “interesses ou direitos difusos” são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Mesmo sabendo que a pluralência semântica do vocábulo “direito” comporta numerosas manifestações conceituais (PEREIRA, 1998, p. 4), a utilização da expressão combinada “interesses ou direitos” para designar as espécies passíveis de proteção coletivamente, o que envolve também os “interesses ou direitos coletivos” *stricto sensu* (art. 81, II, do CDC) e os “interesses ou direitos individuais homogêneos” (art. 81, III, do CDC) chama a atenção, dado que o acesso à justiça³⁷⁵ não é só franqueado a quem afirme possuir a titularidade de um direito subjetivo resistido ou insatisfeito, podendo ser judicializado um interesse, desde que legítimo (posições ou situações reflexamente protegidas) (MANCUSO, 2013b, p. 61).

Assim, se o critério para se caracterizar o interesse como jurisdicionável antes se limitava à titularidade, que conduzia ao regime de coincidência ou de correspondência entre a pessoa titular do direito e o autor da ação (legitimação ordinária), hoje, considerando o impacto da judicialização das macrolides, utiliza-se o critério da relevância social, acoplado à idoneidade da representação em juízo, binômio suficiente para que um interesse metaindividual (sujeitos indeterminados, objeto indivisível) possa merecer um tratamento judicial coletivo, sob a configuração de interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos (IDEM, p. 63).

Dessa forma, adotou-se uma solução salomônica (MIRAGEM, 2014, p. 664): tanto direitos quanto interesses são passíveis de defesa em juízo porque pode haver situações em que exista

375 E, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 11-12), “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

dificuldade na definição de um determinado bem jurídico passível de proteção como direito subjetivo, em acordo com o significado que tradicionalmente lhe vem sendo indicado pela doutrina. A proteção dos consumidores não se conforma apenas em relação àqueles que tenham sido sujeitos de relações de consumo, senão a toda a coletividade, que envolve tanto quem tenha celebrado contratos de consumo, quanto esteja simplesmente exposto às práticas do mercado, sem necessariamente possuir vínculo jurídico formal com fornecedores ou quem tenha violado as normas previstas no CDC. (MIRAGEM, 2014, p. 664)

Portanto, não importa se se trata de direito ou interesse, há sempre uma ação para instrumentalizar os efeitos previstos pela norma. Em resumo, a nomeação distinta de algo não afeta sua essência, afinal, “*what's in a name? That which we call a rose by any other word would smell as sweet*”³⁷⁶ (SHAKESPEARE, 2003, p. 107).

Assim, retomando-se a disposição do art. 1º, parágrafo único, da Lei Concorrencial, que estabelece que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” por ela, surge a necessidade de observar que a concorrência, enquanto direito/interesse difuso, não é passível de ter como titulares grupos sociais definidos *a priori*, já que, sob o aspecto subjetivo, os direitos difusos são transindividuais e há uma indeterminação absoluta³⁷⁷ dos seus titulares, ligados não por uma base jurídica, mas tão somente fática.

Sob o aspecto objetivo, os direitos difusos são indivisíveis, ou seja, não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma que se afete a todos os possíveis titulares. Em decorrência de sua natureza, são insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, de renúncia ou de transação. Ainda, destaca-se que sua defesa em juízo se dá sempre por substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de Direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acor-

376 Em tradução livre: o que existe em um nome? Aquilo que chamamos de rosa por qualquer outra palavra teria o mesmo perfume.

377 Exemplo clássico de direito difuso é o direito ao meio ambiente, cuja titularidade pertence a todos, algo evidente na música de Tom Jobim (1974): “olha, está chovendo na roseira/ que só dá rosa, mas não cheira/ a frescura das gotas úmidas/ que é de Luísa/ que é de Paulinho/ que é de João/ que é de ninguém”.

do, nem renunciar, nem confessar e tampouco assumir ônus probatório não fixado na lei. Por fim, eventual mutação dos titulares ativos difusos da relação de Direito material se dá com absoluta informalidade jurídica, bastando alteração nas circunstâncias de fato (ZAVASCKI, 2014, p. 36-37).

A partir de um exemplo hipotético, baseado em uma situação em que uma empresa que possuísse dois concorrentes em um determinado mercado relevante praticasse a conduta de preço predatório e, a partir disso, eliminasse-os do mercado, Roberto Pfeiffer afirma:

o direito difuso foi lesado, pois a sociedade viu restringida a concorrência, o que, em longo prazo deverá redundar em aumento de preço, diminuição da quantidade e da qualidade dos produtos. Haverá ainda piora na alocação dos recursos produtivos, já que, provavelmente a empresa, agora monopolista, não terá incentivos para reaplicar grande parcela do lucro na melhora do processo produtivo, em virtude da ausência de concorrência. Haverá ainda, muito provavelmente, a diminuição do nível de emprego, entre outras consequências. (PFEIFFER, 2004, p. 15)

Desse modo, observa-se que a lesão à concorrência, a partir das características do caso hipotético acima, implica prejuízos à sociedade como um todo, motivo que justifica a titularidade indeterminada e o caráter indivisível do, neste caso, direito difuso à livre concorrência (IDEM). Nesse sentido, colaciona-se decisão prolatada pelo TRF4, em que se entendeu ter havido infração da ordem econômica e consequentes danos difusos aos consumidores, como se infere:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. INDENIZAÇÃO. 1. O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação “dos pedidos”. Devem ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateuve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão citra, ultra ou extra petita. Precedente STJ. 2. A prova dos autos revela que as empresas distribuidoras de gás

agiam de forma concertada, em conluio, por meio da “Área Operacional Metropolitana (na região de Porto Alegre/Canoas), enquadrando-se nos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. 3. Determinada a vedação de práticas cartelizantes às rés a fim de permitir a livre concorrência no setor. 4. Com a cartelização e a adoção de métodos comerciais uniformes restou caracterizada a prática comercial abusiva, vedada ao fornecedor nos termos do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. 5. A responsabilidade civil das distribuidoras decorre do prejuízo causado aos consumidores, difusamente considerados. 6. Mantida a indenização arbitrada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), atualizado desde a propositura da ação (2 de outubro de 1997) pelos índices normalmente admitidos na Justiça Federal (UFIR e, a partir de 1º de janeiro de 2001, IPCA-E), acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença. 7. Apelações improvidas (BRASIL, TRF4, AC 5021730-87.2011.404.7100).

A literatura aponta, porém, que uma mesma causa pode dar ensejo a lesões a direitos de ordem individual, coletiva e difusa, o que se aplica à concorrência, já que uma mesma conduta pode causar lesão à livre concorrência tanto em sua dimensão difusa, coletiva *stricto sensu* como individual (PFEIFFER, 2004, p. 17).

Exemplificando: imagine-se a prática de uma infração da ordem econômica por meio da qual a empresa-autora impede o acesso de suas concorrentes à matéria-prima necessária à fabricação de um dado produto, a fim de impedir que suas concorrentes tenham acesso a ela. A partir disso, “dificultará a existência de um mercado competitivo, prejudicando a coletividade, que provavelmente terá menor quantidade de produtos, de inferior qualidade e a maior preço” (IDEM, p. 18).

Nessa hipótese, há violação do direito à livre concorrência enquanto direito difuso, sob a perspectiva da existência de um dano à concorrência, uma instituição jurídica cuja titularidade pertence à coletividade. Mas também é possível identificar prejuízos individuais, principalmente os causados às empresas que eventualmente faliram (ou retraíram suas participações de mercado, ou até mesmo não conseguiram entrar no mercado) ou aos consumidores que comprovem que pagaram preços mais altos do que pagariam se houvesse efetiva concorrência (PFEIFFER, 2004, p. 18). Para atender a esta hipótese, recorda-se que a Lei n. 12.529/2011

prevê em seu art. 47 a possibilidade de os prejudicados poderem ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como, por conta dela, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

Por fim, é importante referir que o direito à concorrência pode, igualmente, ser considerado um direito coletivo *stricto sensu* quando houver casos em que há uma relação jurídica base e a possibilidade de determinação relativa dos seus titulares (ZAVASCKI, 2014, p. 36). Tal situação pode ser exemplificada pela existência de determinada violação do direito à concorrência por meio da realização de um contrato de adesão, contrato de massa (relação jurídica base) que atinja um número de consumidores que, em tese, pode ser determinado. Do mesmo modo, também é possível que o direito à concorrência apresente-se como direito individual homogêneo, direito que, embora substancialmente individual, comporta defesa coletiva, o que pode ser ilustrado pela eventual proposição de demanda indenizatória por dano concorrencial.

Portanto, verifica-se que o direito à concorrência pode apresentar-se como direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, o que se coaduna com a disposição do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011. Inobstante isso, verifica-se que o direito à concorrência apresenta-se majoritariamente como direito difuso, o que não impede que se revista das demais formas, a partir das características do caso concreto.

5.4 A cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais a outros direitos

A força normativa da Constituição está condicionada pela possibilidade de realização pragmática dos seus conteúdos e pela disposição dos participantes da vida constitucional de realizá-los (HESSE, 1998, p. 48-49).

Na Constituição brasileira, os direitos fundamentais estão arrolados de forma não taxativa (SARLET, 2014, p. 517) no título II, que trata dos “direitos e garantias fundamentais”. Identificam-se, porém, no próprio texto constitucional, direitos fundamentais que ultrapassam aquele rol, caso do direito à saúde, previsto no art. 196, do direito à educação, previsto nos

arts. 205 a 208, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, *caput*, entre outros, da CRFB/88.

Desse modo, admite-se que não há uma lista imutável de direitos fundamentais, até mesmo porque as regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas (HESSE, 1998, p. 38). A lista varia no tempo (TAVARES, 2012, p. 499). Afinal, uma característica de que o Direito não pode prescindir é a habilidade de adaptação, pois a permanência das normas e, em especial, de uma Constituição, depende de sua habilidade de adaptar-se às transformações econômicas, políticas, sociais etc., possibilitando que os cidadãos se protejam de novas formas de poder que surgem na sociedade (HÄBERLE, 1978, p. 67).

A Constituição não é uma unidade já concluída; seus elementos dependem um do outro e repercutem um sobre o outro. Somente o concerto de todos produz o todo da configuração concreta da coletividade pela Constituição. Isso não significa que esse concerto seja livre de tensões e de contradições, mas, ao invés, que a Constituição somente pode ser compreendida e interpretada se ela for entendida como unidade (HESSE, 1998, p. 38-39). Segundo Konrad Hesse:

a Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática.

Mas também pode ser importante para a Constituição isto, não submeter um âmbito de vida à normalização jurídica ou somente em relações individuais; ela deixa determinadas questões, por exemplo, tais da “constituição econômica”, **conscientemente abertas**, para aqui deixar espaço à livre discussão, decisão e configuração. (IDEM, p. 39, grifos do original)

A continuidade da Constituição, então, só é possível se, nela, “o passado e o futuro se vincularem” (HÄBERLE, 1978, p. 61-62). Afinal, o Direito é uma consequência direta da evolução do comportamento humano, das necessidades e desejos do sujeito.

Como visto, os direitos fundamentais, cujas normas definidoras têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), não são determinados de forma taxativa pela CRFB/88, conforme dispõe o art. 5º, § 2º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Este parágrafo trata da cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais a outros direitos, visto que existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo o assim chamado “bloco de constitucionalidade”, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou conjunto de textos constitucionais e ultrapassa a concepção puramente formal de Constituição e de direitos fundamentais (SARLET, 2014, p. 517). Essa perspectiva também se coaduna com a chamada teoria dos direitos “à meia luz”, em “penumbra” (*penumbral rights*), do Direito estadunidense, pela qual se pode extrair um interesse a partir de outro que esteja expressamente tutelado, quando eles se pressupõem, sejam conexos ou venham previstos em norma internacional (MANCUSO, 2013a, p. 119).

Com efeito, identificam-se dois grandes grupos de direitos e garantias fundamentais: (i) os expressamente positivados, com assento direto em texto normativo, que, por sua vez, abrangem os direitos e garantias fundamentais do título II, os direitos dispersos pelo texto constitucional, situados em outras partes da Constituição, bem como os direitos expressamente reconhecidos e protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e (ii) os direitos decorrentes do regime e dos princípios ou direitos implícitos, aqui compreendidos, em sentido amplo, como todos aqueles direitos e garantias não diretamente (explicitamente) positivados (SARLET, 2014, p. 517), como o princípio da segurança jurídica, que deflui de diversos dispositivos constitucionais conjugados (ÁVILA, 2014b, p. 215 e ss.).

É esta última espécie de direitos fundamentais que interessa, ao fim e ao cabo, a este trabalho, que sustenta a existência de um direito fundamental à concorrência, na trilha da teoria do beneficiário ou do interesse, que, ensina Canotilho, justifica a existência de direitos sob a forma de reconhecimento de bens que não se deveriam recusar a qualquer membro de uma certa classe (CANOTILHO, 2004, p. 47-48), o que inclui a classe dos consumidores, mas não apenas.

Muitas vezes, as disposições não trazem a referência explícita daquilo que autorizam exigir do Poder Judiciário, e nem sempre se pode

encontrar em seu comando a afirmação expressa de que conferem direito subjetivo a “a” ou a “b” (e, logo, informações sobre o conteúdo e o objeto do direito). Isso não significa, entretanto, que a norma examinada não possa dispor de eficácia positiva ou simétrica ou que não gere direito subjetivo a exigir judicialmente o bem da vida em questão (BARCELLOS, 2011, p. 180). Sobre esse tema desenvolveu-se a ideia de “densidade” ou “consistência” normativa, pela qual é possível identificar com razoável precisão, a partir do dispositivo constitucional, os efeitos que ele pretende produzir e “a posição jurídica em que investe os jurisdicionados”, o que corresponde à eficácia jurídica a ele atribuída: o conjunto de pretensões exigíveis (IDEM).

A partir de uma interpretação sistemática e teleológica pode-se identificar a eficácia jurídica das disposições constitucionais. Desse modo, a dignidade da pessoa humana, cerne do sistema jurídico brasileiro, é um dos fundamentos da República, conforme dispõe o art. 1º, III. Superprincípio, a dignidade da pessoa humana, para se perfectibilizar, demanda a possibilidade de o sujeito realizar uma série de atos, entre os quais está o consumo, que caracteriza, inclusive, a sociedade contemporânea. Daí a consideração da defesa do consumidor como direito fundamental (além de princípio da ordem econômica). Nessa esteira, é a partir de uma compreensão dinâmica da Constituição, considerada como um processo inacabado e sujeito a alterações interpretativas que refletem um processo de aprendizagem falível (MENDES, 2014, p. 170), que se deve interpretar o direito fundamental à defesa do consumidor.

O valor da livre iniciativa, que também é um dos fundamentos da República, conforme dispõe o art. 1º, IV, ao falar dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, além de fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) conecta-se, indiscutivelmente, à dignidade da pessoa humana por meio do consumo, uma vez que, ausente a disposição do agente econômico de produzir um produto ou oferecer um serviço, não se poderia falar em consumo.

Nesse contexto, como visto no terceiro capítulo deste trabalho, a livre concorrência, princípio da ordem econômica (art. 170, IV), também é um princípio relacionado à dignidade da pessoa humana, já que atua como garante desta ao permitir que a disputa entre os agentes econômi-

cos paute-se pela igualdade de condições a fim de que a “vitória” resulte do esforço próprio, do mérito (*competition on the merits*), assegurando que a renda do consumidor lhe seja tomada de forma justa a bem da erradicação da pobreza e da marginalização, como prevê o art. 3º, III, da CRFB/88.

Além disso, são princípios constitucionais, como já se referiu, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, conforme dispõe o art. 173, § 4º, da CRFB/88.

Com efeito, deriva do superprincípio da dignidade da pessoa humana a defesa do consumidor, que representa um dos estados³⁷⁸ de vulnerabilidade da pessoa humana. E, do superprincípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental e princípio da defesa do consumidor deriva a necessidade de reconhecimento de um novo direito fundamental, o direito à concorrência, o que é reforçado pelo fato de a ordem econômica pretender assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

5.5 O direito fundamental à concorrência

Aproxima-se o presente trabalho do núcleo da tese que ele pretende sustentar.

Como visto na introdução, a tese aqui sustentada é a seguinte: para além do “Direito da Concorrência”³⁷⁹ (*jus est norma agendi*) é necessário reconhecer a existência de um “direito à concorrência” (*jus est facultas agendi*), sob a perspectiva desta tese, ao consumidor, dado que o direito ao consumo e o direito à escolha estão fortemente relacionados à existência de concorrência. Afinal, se não houver uma oferta mínima de produtos e serviços assegurada ao consumidor, que sentido teria a manutenção de um direito à escolha, por exemplo?

378 Exemplos de outros estados de vulnerabilidade da pessoa humana podem ser identificados na condição de idoso, criança, incapaz etc., como demonstram Marques e Miragem (2014).

379 E, como ensina Pontes de Miranda (2013, p. 292), “o direito objetivo, regrando distribuição de bens da vida, cria poderes. Mas poder, aí, não é mais do que faculdade, que se faz conteúdo do direito subjetivo”.

É certo que a concorrência apresenta importância não só como garantia de honestidade e de lealdade na conduta dos agentes econômicos, mas também na defesa dos direitos do consumidor. Dessa forma, a concorrência que o constituinte pretende “livre” de obstáculos desarrastados pode transformar-se, quando objeto de uma política econômica coerente, em instrumento garantidor do direito ao consumo (VAZ, 1993, p. 11, 358).

O direito à escolha, como é intuitivo, demanda uma pluralidade de produtos e de serviços, um tema de certa forma tabu no Brasil, que tem estruturas produtivas reconhecidamente concentradas. Ademais, o direito à escolha está ínsito na ideia de pluralismo político³⁸⁰, que constitui fundamento da República, conforme dispõe o art. 1º, V, da CRFB/88, já que consumir pode ser entendido como um ato político *lato sensu*.

É fato que tudo aquilo que a pessoa consome determina a alocação de recursos produtivos e financeiros, bem como pode impactar políticas de Estado. Pense-se no exemplo de o consumidor reformular sua alimentação no sentido de priorizar o consumo de produtos orgânicos. É evidente que tal comportamento, pautado por uma ideologia, terá reflexos no faturamento de empresas que respeitem ou não essa vontade do consumidor e que serão impactadas por qualquer eventual mudança nas tendências de consumo em nível individual quando estas atingirem um espectro largo da sociedade.

Um olhar “*hinter der Sache*”³⁸¹ demonstra uma conexão entre vários direitos e liberdades, já que o direito ao consumo pressupõe o direito à escolha, que por sua vez pressupõe o direito à informação, “capaz de possibilitar uma decisão liberal, consciente e responsável” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 781), e o direito à concorrência. Não há falar em liberdade se não houver liberdade de escolha e, anteriormente, liberdade de concorrência.

380 Que não se confunde com pluripartidarismo. O pluralismo político constitucionalmente positivo no Brasil alcança, hoje, as diversas esferas da vida política e social do País. (LIMA, 2014, p. 136)

381 Em tradução livre: atrás da coisa, ou seja, que a desvele, que procure sua essência, para além de seus propósitos evidentes. Segundo o Professor Doutor Marcelo Schenk Duque, ao pronunciar-se no Encontro anual da Associação Luso-alemã de Juristas realizado em novembro de 2015 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, a expressão é utilizada com frequência pelo eminente jurista Erik Jayme.

A análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária realizada até o momento demonstra que o consumidor é protegido pelo Direito da Concorrência, que a defesa do consumidor é um dos objetivos da lei concorrencial, que a livre concorrência é um pressuposto da defesa do consumidor, que a proteção da concorrência, enquanto instituição jurídica, também protege o consumidor e que, além de a lei concorrencial proteger indiretamente o consumidor, ele também é titular de direitos concorrenciais, de forma autônoma.

A partir disso, entende-se que é possível reconhecer um direito fundamental à concorrência, ao consumidor, a partir do superprincípio da dignidade da pessoa humana, como uma dimensão da defesa do consumidor, direito fundamental nos termos da CRFB/88. Contribui para essa percepção, ainda que por um viés diverso, o fato de a concorrência configurar, também, uma liberdade econômica fundamental (JAEGER JUNIOR, 2006, p. 198, 731) de um processo de integração que preveja a etapa de mercado comum, o que já se reconhece no âmbito da UE, como visto.

Mesmo sabendo da crítica ao suposto excesso de direitos na sociedade pós-moderna (hiperjuridificação) e da proposta legítima de reduzir consideravelmente sua quantidade (desjuridificação) (GIORGI, 2011, p. 176), pensa-se que o reconhecimento de um direito fundamental à concorrência é significativo para a implementação da defesa do consumidor, em sua perspectiva de direito fundamental, visto que a concorrência liga-se fortemente ao direito ao consumo e à escolha, imperativos para o agir, digno, da pessoa humana na sociedade de consumo. Além disso, não se pode aceitar uma seletividade do acesso ao Direito (GIORGI, 2011, p. 176), como se o Direito da Concorrência interessasse tão somente ao fornecedor-concorrente.

Em que pese ainda não haver qualquer menção expressa ao direito fundamental à concorrência no sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de um assim direito subjetivo titularizável pelo consumidor não é impossível. Basta recordar a disposição do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e a do art. 7º do CDC:

art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Além disso, é fato que a proteção jurídica de maior efetividade dá-se pela concessão de direitos subjetivos (MIRAGEM, 2014, p. 57). E, por direito subjetivo, entende-se o poder de ação, assente no Direito objetivo, que é destinado à satisfação de um interesse. As características essenciais dos direitos subjetivos são: (i) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; (ii) ele é violável, de forma que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação ou manifestar sua vontade em determinado sentido (direito potestativo), não o faz; (iii) violado o dever jurídico, nasce para seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivo, sansionatório e substitutivo do Estado, notadamente por meio de uma ação judicial (BARROSO, 2015, p. 256).

Com efeito, o legislador brasileiro, para realizar o direito fundamental expresso na defesa do consumidor, optou por constituir novos direitos ou referir os já existentes por meio da criação, pela lei, dos chamados direitos básicos do consumidor. Esses direitos básicos, estabelecidos no art. 6º do CDC, são normas que derivam de um sem número de diplomas legais e disciplinas tradicionais da ciência e da dogmática jurídicas (MIRAGEM, 2014, p. 57).

Essa positivação (*ius conditum*), porém, não significa que o rol de direitos conferidos ao consumidor seja imutável. Pode-se, sim, pensar a ampliação de direitos passíveis de titularização pelo consumidor, especialmente quando a realidade assim o exige. Afinal,

*non è detto che il giurista debba sentirsi limitato da quanto costituisce ius conditum, tipicamente i precetti di legge o le decisioni giurisprudenziali. Il giurista, come qualunque altro libero pensatore, può svolgere creativamente il proprio compito proponendo soluzioni innovative*³⁸². (MATTEI, 1998, p. 165)

382 Em tradução livre: diz-se que o jurista deve ser limitado ao que constitui *ius conditum*, normalmente, os preceitos legislativos ou as decisões judiciais. O jurista, como qualquer pensador livre, pode realizar criativamente sua tarefa, oferecendo soluções inovadoras.

Percebe-se facilmente que o constituinte não tornou *expressis verbis* a concorrência um direito fundamental. No entanto, do superprincípio da dignidade da pessoa humana e da condição de direito fundamental atribuída à defesa do consumidor decorre a conclusão inevitável de que também a concorrência, ou a livre concorrência, que é a expressão consagradamente adotada no sistema jurídico brasileiro, perfaz um direito fundamental. Essa perspectiva decorre da verificação de que a defesa do consumidor realiza-se se e somente se a existência de concorrência estiver assegurada, excetuando-se os casos que envolvem falhas de mercado, em que é necessária a atuação do Direito Regulatório. Tanto que, nos casos em que a concorrência não se mostra factível, é necessária a presença do Estado (intervenção, portanto) para que não se produzam as intercorrências próprias de situações monopolísticas, conhecidas pelo potencial risco aos mais fracos, sejam os demais agentes econômicos, direta ou indiretamente envolvidos no setor econômico afetado, sejam os consumidores.

Além disso, como já se verificou, a literatura usualmente classifica os direitos fundamentais em dois grupos, a partir da classificação proposta por Robert Alexy: (i) direitos fundamentais como direitos de defesa e (ii) direitos fundamentais como direitos a prestações. Este último grupo, por sua vez, divide-se em duas espécies: (i) direitos a prestações em sentido amplo e (ii) direitos a prestações em sentido estrito, sendo que a espécie “direitos a prestações em sentido amplo” subdivide-se em duas subespécies, quais sejam: (i) direitos à proteção e (ii) direitos a organização e procedimento (ALEXY, 2015, p. 432).

Os direitos fundamentais de defesa impõem uma abstenção por parte dos Poderes Públicos, que têm, então, o dever de respeitar determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob determinadas condições (SARLET, 2009, p. 168).

Ingo Sarlet nota que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos presentes no art. 5º da CRFB/88 integra a categoria dos direitos garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo

(IDEM, p. 179-180). Nesse sentido uma visão interessante é a de Calixto Salomão Filho, para quem “do ponto de vista do direito positivo não há dúvida de que a ordem concorrencial constitui um interesse institucional” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 98). O autor baseia-se em entendimento prevalente na Alemanha, onde se percebe a concorrência como uma instituição, e entende, assim, que há uma positivação do direito que a concorrência expressa por meio da consagração constitucional de garantias institucionais (*institutionelle Garantien*) que obriga o legislador a proteger a essência de certas instituições (como é o caso da concorrência) e a adotar medidas conexas com o “valor social eminente” dessas instituições (CANOTILHO, 2004, p. 38).

A compreensão do fato de uma instituição jurídica poder ser titular de proteção remete às assim chamadas normas de proteção (*Schutznormen*) ou à chamada teoria da finalidade da norma (*Normzwecktheorie*) desenvolvidas na Alemanha, cujo Código Civil, o BGB, prevê, no § 823³⁸³ item 2, que a violação de provisões legislativas, incluindo-se aí o Direito da UE, gerará direito à indenização para o prejudicado, tendo em vista que a pretensão da norma era a proteção de interesses individuais (REICH, 2005, p. 39). Assim, o mero descumprimento da lei, que representa um dano à coletividade, ganha expressão concreta, passando a representar uma garantia para cada indivíduo (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 86) – perspectiva que se associa ao fato de que o Direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica. De outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do Direito prometem a legitimidade das ex-

383 Que dispõe: “§ 823 *Schadensersatzpflicht*

(1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

(2) *Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein“.*

Em tradução livre: § 823 Responsabilidade por danos

(1) Uma pessoa que, intencionalmente ou por negligência, ilegalmente, fere a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é obrigada a indenizar a outra parte pelo dano daí resultante.

(2) O mesmo dever é atribuído àquele que comete uma violação de uma lei que se destina a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o seu dispositivo legal, for possível uma violação contra ela, sem a existência de culpa, a responsabilidade pela indenização só existe no caso de culpa.

pectativas de comportamento assim estabilizadas, de forma que as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento (HABERMAS, 2012, p. 245-246).

Para que as normas se qualifiquem como *Schutznorm* é necessário que exista uma lesão individual ou coletiva, visto que, a partir dessa qualificação, nasce o direito à indenização sem necessidade de demonstração de qualquer nexos causal ou elemento subjetivo relacionado ao dano. Assim, reconhece-se o caráter de *Schutznorm* às normas ambientais e concorrenciais, em que a proteção do interesse coletivo e individual convivem (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 86).

No Brasil, percebe-se que a CRFB/88 apresenta, no catálogo de direitos fundamentais, algumas garantias institucionais típicas, habitualmente consideradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, pelo menos no Brasil, um tratamento autônomo e sistemático (SARLET, 2009, p. 179-180). Ingo Sarlet destaca, ainda, a concepção abrangente de garantias institucionais no País, englobando tanto as garantias constitucionais de instituições de Direito Público (garantias institucionais em sentido estrito) quanto as garantias constitucionais de institutos de Direito Privado, de forma que a expressão “garantias institucionais”, em sentido amplo, corresponde ao termo alemão *Einrichtungsgarantien*, que abrange, nesse mesmo sentido, as chamadas *Institutionelle Garantien* e *Institutsgarantien* (SARLET, 2009, p. 180).

Sob essa perspectiva, é interessante observar que, no Brasil, criou-se um fundo, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD) para a recuperação do bem lesado, previsto no art. 13, *caput*, da Lei n. 7.347/1985, o que ilustra o próprio conceito de interesses institucionais e a sua ligação com as garantias institucionais: o ressarcimento não é direcionado nem ao Estado, nem aos particulares, mas a um fundo destinado a recuperar e proteger o interesse institucional (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 95).

Com efeito, os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais *stricto sensu*), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas. A propósito, refere-se que as garantias ins-

titucionais apenas existem em função dos direitos subjetivos que elas representam, e não diretamente em função da instituição considerada em si mesma (SARLET, 2009, p. 181-183) – perspectiva que comprova o caráter instrumental da concorrência, sobre o qual se falou no terceiro capítulo deste trabalho, e contribui para reconhecer o direito à concorrência como um direito fundamental.

Finalmente, aponta-se que, na configuração constitucional brasileira, as garantias institucionais podem ser consideradas espécie do gênero das garantias fundamentais que, em sua maioria, assumem o caráter de direitos-garantia. Além disso, as garantias fundamentais não possuem regime jurídico distinto do regime dos direitos fundamentais propriamente ditos, apresentando, por conseguinte, “a mesma dignidade em nossa ordem constitucional” (IDEM, p. 183).

Dessa forma, como garantia institucional, a concorrência constitui o objeto de um direito subjetivo, abrangendo o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado (PEREIRA, 1998, p. 10). Ela perfaz sobretudo um direito-garantia, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa, destinada, portanto, a bloquear ingerências dos Poderes Públicos. Tal dimensão pode ser exemplificada pela proteção contra a “ação erosiva do legislador” (SARLET, 2009, p. 184) e, especificamente, pela proteção contra quaisquer intervenções estatais indevidas no domínio econômico.

Ainda, refere-se que as garantias institucionais também apresentam uma dimensão prestacional, o que se deve à sua conexão com as garantias de organização e procedimento que, no caso da instituição concorrencial, é exemplificada pela própria existência do SBDC.

Já os direitos fundamentais de cunho prestacional vinculam-se à ideia de que ao Estado cabe a tarefa de colocar à disposição dos indivíduos os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o exercício efetivo das liberdades fundamentais. Em sua primeira divisão, os direitos prestacionais são tomados como direitos à proteção, sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (ALEXY, 2015, p. 450).

Os direitos à proteção envolvem um dever estatal *lato* de proteção, o que inclui, por exemplo, o dever de atuar para realizar a defesa do consumidor e a defesa da concorrência, para coibir o abuso do poder econômico etc. e, também, o dever de legislar, exemplificado pela edição do CDC e da Lei n. 12.529/2011, como visto. Assim, posições subjetivas no âmbito da dimensão subjetiva dos deveres de proteção (SARLET, 2009, p. 193), ou seja, no contexto de um direito à proteção como o que o direito fundamental à concorrência expressa, envolvem não apenas medidas de cunho normativo (prestações normativas), mas, também, medidas de natureza fática (prestações de cunho material). Daí o fundamento para a eventual exigência, pelo consumidor, a partir do exercício do direito fundamental à concorrência, de uma oferta mínima de produtos, serviços e fornecedores, a fim de que lhes sejam garantidas opções minimamente razoáveis, uma necessidade premente quando se considera o problema da transformação das sementes de diversas plantas alimentícias em domínio privado, e quando se verifica o número crescente de alergias alimentares, que exigem o suprimento de determinados alimentos para um consumidor hipervulnerável, tema anteriormente debatido.

Por fim, cabe referir que, em sua segunda divisão, os direitos prestacionais são tomados como direitos a organização e procedimento, o que significa desde um direito à criação de determinadas normas procedimentais até direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais (ALEXY, 2015, p. 474). A partir dessa classificação, em que o direito fundamental à concorrência também se insere, pode-se pensar no exercício do direito à concorrência para que o legislador crie normas de organização que sejam conformes aos direitos fundamentais (IDEM, p. 491). Assim, poder-se-ia aventar a possibilidade de exercício do direito fundamental à concorrência com vista a que o legislador assegurasse alguma espécie de assento no Tribunal do CADE, por exemplo, à SENACON, enquanto representante dos consumidores (o que, hoje, na prática, cabe ao membro do MPF fazer) ou, ainda, a que adotasse a figura de um *Ombudsman* consumerista – que representa os interesses do consumidor como um interlocutor perante a autoridade concorrencial, como visto no terceiro capítulo deste trabalho.

5.6 A efetividade do direito à concorrência

O Direito Concorrencial protege um bem inespecífico individualmente: “a concorrência como interesse difuso”, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2013, p. 18), ou, na perspectiva deste trabalho, um direito multifacetado, que é difuso, coletivo *stricto sensu* e/ou individual homogêneo. Todavia, o Direito da Concorrência mantém os olhos na atribuição de riscos prováveis, caso em que os agentes econômicos se tornam responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade em que se envolvem. Porém, embora em termos públicos a proteção contra desvios (abuso) se destine à coletividade, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (tanto ao concorrente como ao consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, ao *enforcement* público (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 18).

Nesse contexto, Fabio Nusdeo recorda que, em sua atividade repressiva, o CADE, em princípio, não se interessa por eventuais infrações que tenham repercussões exclusivamente privadas – o alvo aí é a proteção da concorrência, não dos concorrentes. Do mesmo modo, uma vez que a atividade administrativa monitora os efeitos potenciais da conduta no mercado, o CADE também não se preocupa com a aferição e a quantificação de eventuais danos concretos que tenham sido causados pelo infrator (NUSDEO, 2013, p. 1203). Resta, assim, que o próprio prejudicado busque tais evidências.

Desse modo, quaisquer prejudicados (consumidor, concorrente, coletividade etc. [FONSECA, 1995, p. 113]) têm legitimidade para, individualmente, requerer indenização pelos danos causados por alguma infração da ordem econômica, com amparo no art. 927 do CC, sem prejuízo da responsabilização criminal pela prática de crime contra a ordem econômica, tipificado na Lei n. 8.137/1990³⁸⁴ e, claro, da disposição específica do art. 47 da Lei n. 12.529/2011.

384 Cujo art. 4º dispõe: art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

Segundo Calixto Salomão Filho (2013, p. 108), a proteção do interesse direto e individual do consumidor diferencia-se da proteção do “interesse institucional da concorrência” e,

ainda que indiretamente salvaguardado pela proteção do interesse institucional, ele pode e deve ter tutela própria. Como visto, é da própria natureza dos interesses institucionais esse efeito duplo sobre a esfera institucional e a esfera individual. Daí a tutela das garantias institucionais no campo privado dever se fazer através de normas especiais (a *Schutzgesetz* do Direito Alemão). No sistema brasileiro essa característica ganha duplo significado: material e processual. No campo material, à semelhança da disciplina das *Schutzgesetze* alemãs, não há necessidade de prova de intenção; ou, [...] a intenção demonstra-se por elementos exclusivamente objetivos. No campo processual, através das formas tradicionais de tutela individual, há a já mencionada ação coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos. Assim, toda vez que for possível demonstrar que do ato anticoncorrencial decorreu prejuízo a um grupo identificável de consumidores será possível a qualquer associação de defesa dos consumidores promover a demanda (art. 82, IV, c/c o art. 91, do CDC). (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 108)

Não é por acaso, portanto, que a Lei n. 12.529/2011 trata, em artigo expresso, o art. 47 da Lei n. 12.529/2011, da possibilidade de os prejudicados poderem ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como, por conta dela, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos. Segundo Roberto Taufick, o art. 47 destoa do restante da lei, ao tratar de “competência judicial em ações coletivas para a defesa de interesses do consumidor³⁸⁵ e ações civis públicas». Segundo o autor, «aparentemente, houve preocupação em esclarecer que a tutela administrativa pelo Estado não esgota as ações em face dos infratores, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado» (TAUFICK, 2012, p. 292-293). Assim, o artigo é relevante por despertar o surgimento de ações em função de danos à concorrên-

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

385 Em sentido diverso, como visto, posiciona-se Luiz Carlos Buchain (2006, p. 147).

cia, que hoje praticamente inexistem, na prática, e somente decorrerão da paulatina educação dos cidadãos e do acesso à cultura da concorrência, o que perfaz um instrumento de inibição do cometimento de ilícitos concorrenciais (IDEM, p. 293).

Assim, a disposição do art. 47 da Lei n. 12.547/2011, não é uma delegação da competência administrativa do CADE aos particulares, mas uma reafirmação do direito destes de acesso ao Poder Judiciário, para obtenção de reparação cível, quando constatado um ato ilícito, o seu dano e o nexo de causalidade. O que a lei pretendeu foi, simplesmente, remeter ao processo civil qualquer discussão de caráter indenizatório entre particulares, dividindo, assim, as searas de cada segmento da matéria antitruste e os seus respectivos setores (NUSDEO, 2013, p. 1205).

Além disso, observa-se que também as ações privadas, individuais ou coletivas, podem ser entendidas como integrantes ativas do sistema *lato sensu* de defesa da concorrência, na medida em que, a seu modo, versam sobre a aplicação concreta da lei antitruste. Diferentemente do que ocorre na esfera pública, no entanto, que tem por objetivo a defesa do interesse público, o interesse imediato das ações privadas é a identificação do ato ilícito e seu dano efetivo (IDEM, p. 1200), o que certamente contribui para um *“rebalancing of antitrust’s institutional approach, away from technocracy and toward democracy”* (FIRST; WALLER, 2013, p. 2572). Nessa perspectiva, a execução da política de defesa da concorrência, por meio da possibilidade de reparação dos danos causados por infrações da ordem econômica, também reverte em benefício do consumidor (PFEIFFER, 2015, p. 247).

Mas, considerando a complexidade inerente à individualização dos prejuízos causados pela prática de infrações da ordem econômica, o fato de que normalmente o prejuízo sofrido não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual, a complexidade da matéria e a dificuldade de acesso a informações, percebe-se que a propositura de ação individual para veicular interesse (direito) individual, apesar de possível, é improvável. Com efeito, a via mais adequada para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, é, definitivamente, a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos (IDEM, p. 249).

Além disso, como aponta Ana Paula de Barcellos, a completa desinformação cívica de uma grande parcela da população brasileira representa um obstáculo importante que se posiciona entre os indivíduos e o Poder Judiciário. As pessoas não sabem que têm algum direito e, ainda que o saibam, desconhecem o que fazer para implementá-lo ou mesmo aonde ir em busca de ajuda (BARCELLOS, 2011, p. 188). Assim, as diversas formas de defesa coletiva de direitos são tentativas de, ainda que sem resolver o problema da desinformação, superar suas consequências. Ademais, a defesa coletiva também contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário, para a uniformidade das decisões em conflitos de natureza coletiva etc. (IDEM, p. 189).

Finalmente, deve-se referir que, inobstante a possível contribuição positiva que a ação individual possa representar para o sistema de defesa da concorrência, é fato que a propositura de demandas individuais poderia levar a abusos, conhecidos como *sham litigation*. Estressando-se o exemplo, demandas poderiam ser propostas com o fim exclusivo de prejudicar determinados concorrentes (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105-106) – o que teoricamente é possível, mas faticamente improvável.

Ainda, deve-se mencionar que o ajuizamento de ações para a tutela de “interesses individuais ou individuais homogêneos”, conforme dispõe o art. 47 da Lei n. 12.529/2011 independe da existência de “inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

De qualquer forma, a atribuição de um direito subjetivo carece de uma concretização processual, sob pena de não passar de um direito somente nominal (BOTELHO, 2010, p. 114). Afinal, a outorga de uma tutela jurisdicional ampla é um princípio fundamental do Estado de Direito, sem o qual as normas jurídicas limitam-se a palavras no papel, meros conselhos ou normas morais (BARCELLOS, 2011, p. 45).

Não por acaso, o princípio da tutela jurisdicional tem raízes antigas, que remontam ao brocardo latino *ubi ius ibi remedium*³⁸⁶. Assim, a ação é o principal meio de tutela do direito subjetivo, o que o distingue do mero

386 Assim traduzido: “*wherever there is a right, there is a remedy*”. Em tradução livre: onde houver um direito, há um remédio. (FELLMETH; HORWITZ, 2009)

interesse. A ação é, pois, um dos elementos essenciais do direito subjetivo (ALVES, 2014, p. 190).

Além disso, juridicamente, não é possível a denegação de justiça mesmo na eventualidade de inexistir lei específica sobre a matéria discutida³⁸⁷. Desse modo, a universalidade da tutela jurisdicional e o amplo acesso ao Poder Judiciário, garantidos no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, significam que a todo direito, interesse jurídico ou situação de vantagem conferida pelo ordenamento deve corresponder uma ação que ofereça instrumental apto a sancionar os efeitos previstos pela norma jurídica (MOREIRA, 1984, p. 27-33).

Com efeito, apesar de, no Brasil, a defesa da concorrência encontrar-se “absolutamente centrada na esfera da proteção administrativa” (PFEIFFER, 2004, p. 38), há uma “significativa interface da tutela administrativa com a tutela jurisdicional, que tende a ser cada vez mais intensa” (IDEM, p. 11). Conforme Paula Forgioni (2012, p. 125),

em um país de dimensões continentais, com diversidades tão marcadas entre as regiões e em ebulição econômica, não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes de Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir o abuso de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo o território nacional. A Lei 12.529/2011, na medida em que protege interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado e à defesa dos consumidores, deve ter sua eficácia material garantida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Desse modo, como não poderia deixar de ser, “todas³⁸⁸ as causas antitruste podem ser levadas à apreciação dos magistrados” (FORGIONI, 2012, p. 156). A propósito, na literatura, referem-se cinco oportunidades

387 Segundo o art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

388 Em sentido diverso posiciona-se Amanda Flávio de Oliveira, para quem, no Brasil, a defesa da concorrência pode ser exercida em duas órbitas, a administrativa e a judicial, sendo que esta pode ocorrer em algumas hipóteses: “primeiramente, por provocação do CADE, quando se fizer necessária a atuação do Poder Judiciário para a execução das decisões administrativas proferidas. Em segundo lugar, por provocação da empresa envolvida, sempre que esta não concordar com a decisão proferida pelo CADE. Por fim, quando uma determinada empresa julgar-se lesada

que dão ensejo à provocação do Poder Judiciário no que tange à matéria concorrencial:

a. quando o CADE, autarquia a quem cabe a decisão final na esfera administrativa acerca da ocorrência de infrações da ordem econômica e sobre a autorização de atos de concentração econômica, necessita propor ação para fazer cumprir as suas decisões,

b. nas hipóteses em que o administrado discorda de alguma sanção imposta pelo CADE, seja em processo administrativo sancionatório, seja em processo administrativo para apreciação de ato de concentração econômica,

c. quando são propostas ações individuais para a tutela do direito individual lesado (por exemplo, a reparação de danos causados a um concorrente ou a um consumidor),

d. na hipótese de propositura de ação civil pública para a tutela da livre concorrência,

e. quando ocorrer o ajuizamento de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos em virtude de lesão a direitos por conduta anticoncorrencial (PFEIFFER, 2004, p. 12).

Além disso, segundo Heloisa Carpena,

o mesmo fato – uma infração da ordem econômica – que tenha sido apurado administrativamente, ainda que julgado definitivamente no âmbito do CADE, ou mesmo na pendência do processo administrativo, pode dar ensejo ao ajuizamento de uma ação civil pública. Na via coletiva, será possível buscar a tutela de diferentes tipos de interesses: difuso, se for pedida a suspensão de determinada atividade; coletivo, se houver um pedido de condenação ao fornecimento de certo produto a distribuidores (determinados); e individual homogêneo, caso o autor deduza pretensão de ressarcimento, beneficiando consumidores que sofreram prejuízo em virtude da prática anticoncorrencial. Logo se percebe, portanto, que a lei referiu a dois tipos de tutela diversos quando, no mesmo art. 29³⁸⁹, exemplifica pedidos, tais como “obter a cessação de práticas que constituam infração

em questões concorrenciais, a ela é dado o direito de recorrer ao Poder Judiciário, independentemente da existência de processo administrativo ou ato de concentração referente ao mesmo caso”. (OLIVEIRA, 2002, p. 35-37)

389 Como a obra da autora citada foi publicada em 2005, ela se refere à Lei n. 8.884/1994. No entanto, sua reflexão permanece atual, visto que não houve alteração significativa entre o art. 29, da lei de 1994, e o art. 47, da Lei n. 12.529/2011.

da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos”. O primeiro refere-se a interesse difuso, enquanto o ressarcimento constitui exemplo de tutela de interesse individual homogêneo. A omissão quanto aos coletivos *stricto sensu* não impede seja deduzida pretensão relativa a essa espécie de interesses, abrigados de forma expressa no CDC (artigo 81), o qual se aplica às demandas da concorrência (CARPENA, 2005, p. 160).

Ocorre, todavia, que o direito fundamental à concorrência não tem lastro exclusivamente no art. 47 da Lei n. 12.529/2011 (cuja redação se manteve a mesma outrora adotada no dispositivo equivalente, que era o art. 29³⁹⁰ da Lei n. 8.884/1994, mencionado no excerto acima), mas se extrai do próprio texto constitucional, pela eficácia das normas constitucionais, do CDC e da Lei n. 12.529/2011, que, como visto, integram um “bloco de constitucionalidade” da defesa do consumidor e da concorrência. O dispositivo do art. 47 cuida tão somente da reparação do dano causado a algum sujeito prejudicado pela prática de uma infração da ordem econômica, ainda que preveja a possibilidade de o prejudicado demandar a cessação da prática infratora da ordem econômica, iniciativa que se insere em um contexto macroeconômico, conjugando-se com a ação do Estado (FONSECA, 1995, p. 114). O dispositivo do art. 47, assim, não esgota a possibilidade de propositura de ações para a tutela do direito à concorrência, que é multifacetado.

Como visto, o direito à concorrência pode se apresentar ora como direito difuso, ora como direito coletivo *stricto sensu* e ora como direito individual homogêneo, conforme o contexto em que estiver inserido. E, se são distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (que abrangem os direitos transindividuais, difusos e coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos, sua tutela em juízo também requer instrumentos processuais distintos. Assim, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da

390 Dispunha o art. 29: Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

analogia, pode-se identificar um subsistema processual que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos, caso das ações civis públicas e da ação popular, e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais, caso das ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo (ZAVASCKI, 2014, p. 49).

A partir dessa perspectiva, verificam-se os “remédios” passíveis de ser manejados para assegurar o direito à concorrência.

5.6.1 Os remédios admitidos pelo sistema jurídico para assegurar o direito à concorrência

Identificadas as características do direito à concorrência, passa-se à análise das formas disponíveis para assegurá-lo e da sua eficácia jurídica, isto é, o que se pode exigir administrativamente e diante do Poder Judiciário (BARCELLOS, 2011, p. 190). Com isso, pretende-se, também, contribuir para a consolidação da tese aqui desenvolvida.

5.6.1.1 A representação ao SBDC

Há a possibilidade de apresentação de representação ao SBDC, com base no art. 66, § 1º, da Lei n. 12.529/2011. O dispositivo prevê que o inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial para apuração de infrações à ordem econômica, instaurado pela Superintendência-Geral do CADE, poderá ser instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

A representação se trata de ato desprovido de forma jurídica específica. Inobstante isso, ela é uma ferramenta útil à participação do consumidor na esfera concorrencial, de acordo com uma perspectiva inclusiva, que privilegia a consecução da ideia de democracia participativa, de que já se falou.

Em recente e rumoroso episódio, foi apresentada representação³⁹¹ perante o CADE pelo Diretório Central de Estudantes da Universidade de Brasília (DCE/UNB) em face de associações e sindicatos dos permissionários de táxis, por suposto exercício, por taxistas, de pressão coordenada para a retirada de concorrente do mercado, *in casu*, motoristas que trabalham com o aplicativo Uber, sobre o qual se falou anteriormente, conduta que se enquadra na hipótese dos incs. III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado), IV (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) e XIII (destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los) do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011. Além disso, teria havido abuso do direito de petição (*sham litigation*, o abuso do direito de ação ou petição com efeito anticoncorrencial), por associações de taxistas, perante o Poder Judiciário, o Ministério Público e instâncias da Administração Pública municipal, com a propositura de ações idênticas ou muito semelhantes em foros diferentes, na tentativa de excluir a “concorrente” Uber com ações desprovidas de mínimo fundamento de Direito, ou por meio da utilização de estratégias processuais insidiosas, conduta que se enquadra no tipo descrito pelos incs. III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado) e IV (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

Em nota técnica, ao apreciar a citada representação, que deu origem ao Procedimento preparatório n. 08700.006964/2015-71, a Superintendência-Geral do CADE entendeu que

o direito à livre concorrência é um direito coletivo protegido pelo Cade. Qualquer pessoa poderia ter apresentado a denúncia e também o Cade poderia ter instaurado o procedimento de ofício. Para fins da Lei Federal n. 12.529/2011, que fundamenta o presente processo, a definição de “pessoa

391 Representação que deu origem ao Procedimento Preparatório n. 08700.006964/2015-71.

interessada” se estende a toda e qualquer pessoa cuja personalidade seja reconhecida pelo direito brasileiro, sendo que uma investigação do Cade, que trata de lesão a direitos coletivos, não pode ser limitada em função da suposta presença ou ausência de interesse individual subjetivamente considerado (BRASIL, CADE, NOTA TÉCNICA 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE).

Verifica-se, assim, que a representação constitui um instrumento importante à disposição de qualquer interessado, para que a autoridade concorrencial dê início a investigações com o fito de apurar eventual inobservância do direito à concorrência.

5.6.1.2 A ação individual

A propositura de ação individual para a tutela do direito individual homogêneo, desde sempre possível, não apresenta particularidades, embora se admita que a produção de provas pode representar um fator dificultador da propositura dessas ações, como visto. É interessante verificar, porém, como o tema é visto sob outros olhos.

Assim, passa-se à análise da *expertise* europeia e estadunidense, que podem oferecer subsídios para a propositura de ações individuais (já que, como visto, o art. 47 da Lei n. 12.529/2011 prevê a possibilidade de os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 do CDC, ingressarem em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos), ainda que se entenda que as ações coletivas devem ser priorizadas, pelos motivos já expostos.

Os arts. 101³⁹² e 102³⁹³ do TFUE, já mencionados, tratam das hipóteses de acordos entre agentes econômicos e de abuso de posição dominante.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem jurisprudência consolidada, desde 2001, quando julgou o caso *Courage/Crehan* (UNIÃO EUROPEIA, 2001), segundo a qual qualquer pessoa tem o direito de pedir reparação pelos danos sofridos quando exista um nexo de causalidade entre esses danos e uma “infração ao Direito da Concorrência”, entendida esta como

392 Que dispõe: artigo 101

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

393 Que dispõe: artigo 102

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

uma violação dos arts. 101 ou 102 do TFUE ou de qualquer Direito nacional da concorrência de um Estado-membro da UE³⁹⁴.

Ocorre que, na experiência europeia, a participação privada é peculiar, pois envolve a aplicação por cortes nacionais do Direito da UE, já que os arts. 101 e 102 do TFUE irradiam seus efeitos nas relações privadas ocorridas em cada Estado-membro, fazendo emergir direitos subjetivos, que serão, por conseguinte, exigidos dos juízes nacionais (JAEGER JUNIOR; CRAVO, 2014, p. 79).

Além disso, após a edição de um Livro Verde (UNIÃO EUROPEIA, 2005), em 2005, e de um Livro Branco (IDEM, 2008), em 2008, sobre o tema, a UE adotou, em 2014, a Diretiva 2014/104/EU (IDEM, 2014c), que cuida das ações de indenização no âmbito do Direito nacional por infração às disposições do Direito da Concorrência dos Estados-membros e da União Europeia, que dispõe em seu item 3:

os artigos 101 e 102 do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indenizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101 e 102 do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições. O direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às infrações aos artigos 101 e 102 do TFUE por empresas públicas e empresas às quais os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106 do TFUE.

Assim, entende-se que as ações de indenização são um elemento importante de um sistema que pretende coibir infrações do Direito da

394 Art. 2º do capítulo I da Diretiva 2014/104/EU (UNIÃO EUROPEIA, 2014c).

Concorrência, sendo complementadas por meio alternativos, como a resolução amigável de litígios³⁹⁵.

O item 05 da Diretiva 2014/104/UE inaugura o instituto da descoberta (*Discovery*), possibilitando que as cortes nacionais possam exigir do demandado, do demandante ou de um terceiro a divulgação de elementos de prova relevantes que estejam sob seu controle, podendo até mesmo lançar sanções em caso de descumprimento, conforme dispõe o item 08. Esse poder não é, no entanto, ilimitado: além de necessitar de fundamentação, deverá observar as condições aí estabelecidas. Além disso, verifica-se, no item 06, que foi assegurada, para fins de prova, a competência dos tribunais nacionais para ordenar, inclusive, a divulgação de elementos de prova que contenham informações confidenciais, quando assim for considerado pertinente. Ressalva-se, no entanto, que a Diretiva 2014/104/UE protege de forma absoluta dois tipos de informações: as decorrentes de acordo de leniência e as de propostas de transação, que não poderão ser submetidas ao *Discovery* (JAEGER JUNIOR; CRAVO, 2014, p. 84-85).

A citada Diretiva 2014/104/UE, assim, reafirma que qualquer pessoa que tenha sofrido um dano causado por infração do Direito da Concorrência pode pedir reparação por dano emergente (*damnum emergens*) e por lucros cessantes (*lucrum cessans*) que tenha eventualmente sofrido, bem como o pagamento de juros, independentemente de as regras nacionais definirem essas categorias separadamente ou em conjunto³⁹⁶.

Ainda, observa-se que o direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa física ou jurídica, consumidores, empresas etc., independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência³⁹⁷. No entanto, ela busca, cautelosamente, evitar as indenizações excessivas (previstas nos itens 12 a 16), um cuidado direcionado àquelas infrações que gerem efeitos ao longo da cadeia de distribuição, como o aumento de preço a jusante, já que os fabricantes e atacadistas, por exem-

395 Item 5 da Diretiva 2014/104/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2014c).

396 Item 12 da Diretiva 2014/104/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2014c).

397 Item 13 da Diretiva 2014/104/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2014c).

plo, podem repassar o aumento parcial ou integralmente aos varejistas e, assim, aos consumidores (JAEGER JUNIOR; CRAVO, 2014, p. 85).

Já nos EUA há uma tradição envolvendo a propositura de ações individuais em que se discutem questões concorrenciais. O *Clayton Act*, que positiva normas sobre reparação de danos gerados por práticas anticompetitivas, permite aos indivíduos requerer a compensação dos danos gerados não só pela prática de comportamentos infratores como também pelos danos decorrentes de atos de concentração econômica (recorde-se, que, no Brasil, como visto anteriormente, o texto legal, amplo, engloba “os atos, sob qualquer forma manifestados”, conforme a redação do art. 36, *caput*, da Lei n. 12.529/2011).

Assim, os particulares podem propor ações quando estiverem na linha de lesão antitruste, quando prejudicados ou susceptíveis de ser prejudicados por algo que faz com que o ato impugnado seja ilegal (FOX, 2012, p. 57). Ainda, nos EUA, o *Clayton Act* atribui às vítimas de violação às leis antitruste o direito de pleitear o “ressarcimento triplicado de seus danos” (*treble damages*), além de obter uma medida de injunção. Assim, a seção 4 do *Clayton Act* prevê, em seu § 15, que

*any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee*³⁹⁸. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, CLAYTON ACT)

No Brasil, em comparação, o tema da propositura de ações individuais de cunho indenizatório na seara concorrencial é ainda incipiente. Aliás, o próprio tema da responsabilidade concorrencial, no País, é pouco explorado³⁹⁹, inobstante o fato de que ela pode funcionar como inibidora

398 Em tradução livre: qualquer pessoa que seja ferida em sua empresa ou propriedade devido a qualquer proibição presente nas leis antitruste pode litigar em qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos no distrito em que o demandado resida ou se encontre ou tenha um agente, sem considerar o montante da controvérsia, e deve recuperar o triplo dos danos sofridos e o custo do processo, incluindo honorários advocatícios.

399 Na literatura, destaca-se a obra de Buchain (2006).

de condutas futuras e o fato de que a responsabilidade estabelecida pelo art. 36 da Lei n. 12.529/2011 é de natureza objetiva, já que utiliza a expressão “independentemente de culpa” ao tipificar as infrações da ordem econômica (PFEIFFER, 2015, p. 142-143).

Por fim, cabe destacar que a Lei n. 12.529/2011 dispõe, em seu art. 32, que “as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”. Além disso, segundo o art. 33, serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de Direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica, sendo que, de acordo com o disposto no art. 34, a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

5.6.1.3 A ação civil pública

A ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei n. 7.347/1985 ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se, segundo dispõe o art. 1º, de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentalizar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente as “ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra, à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Com efeito, a Lei n. 7.347/1985, que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, dispõe:

art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

- II – ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V – por infração da ordem econômica;
- VI – à ordem urbanística;
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos,
- VIII – ao patrimônio público e social.

Desse modo, observa-se que, segundo a Lei n. 7.347/1985, não são os danos morais e patrimoniais causados por lesão à “concorrência”, mas “por infração da ordem econômica”, que permitem o manejo de ação civil pública. De todo modo, o preciosismo perde espaço na medida em que se pode incluir a “concorrência” na hipótese do inc. IV do art. 1º, que prevê o dano “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, quando o direito à concorrência assumir tais características.

Tomado isoladamente, o art. 1º da Lei n. 7.347/1985 poderia conduzir à suposição de que a ação civil pública tem finalidade puramente reparatória, ou seja, seria destinada unicamente a obter a condenação ao ressarcimento de danos já causados. Todavia, no art. 3º, verifica-se que a ação civil pública “poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

A legitimação ativa para a propositura de ação civil pública

A Lei n. 7.347/1985, apresenta, em seu art. 5º, um rol de partes legitimadas a propor a ação civil pública, como se infere:

art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I – o Ministério Público;
- II – a Defensoria Pública;
- III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O art. 129, III, da CRFB/88 refere como função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Dessa forma, não há limitador explícito para a legitimação, a não ser o decorrente da natureza dos bens tutelados: o Ministério Público tem legitimação ampla e irrestrita para promover a ação civil pública, mas desde que o bem tutelado tenha natureza típica de direito ou interesse difuso ou coletivo (ZAVASCKI, 2014, p. 62). Apesar disso, nota-se que o art. 25, IV, *a*, da Lei n. 8.625/1993 confere ao Ministério Público, entre outras, a atribuição de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Assim, os Ministérios Públicos dos Estados já enfrentaram, por exemplo, a questão dos cartéis de combustíveis, quase todos, porém, deixando de atuar em juízo e representando à SEAE e à SDE, que, na vigência da Lei n. 8.884/1994, integravam o SBDC. Mas, além desses casos encaminhados aos órgãos administrativos, há poucos registros de ações coletivas por iniciativa ministerial para a tutela de direitos difusos relativos à concorrência, destacando-se, por exemplo, a ação civil pública em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul obteve decisão de procedência em ação

proposta contra a cláusula de exclusividade de médicos associados de cooperativa⁴⁰⁰.

No que tange à legitimação da Defensoria Pública, é importante referir que o plenário do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao RE n. 733433/MG, com repercussão geral reconhecida, decidindo que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública para promover a defesa de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas (BRASIL, STF, RE 733.433/MG).

Às pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), a lei não estabeleceu qualquer exigência específica. Assim, sempre que se identificar lesão à livre concorrência, o Estado poderá ajuizar ação civil pública (PFEIFFER, 2004, p. 27).

Em relação à previsão do art. 5º, IV, que prevê legitimação à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, é interessante notar que o CADE, enquanto autarquia, está legitimado a propor ação civil pública, nos termos da Lei n. 7.347/1985. Entretanto, no que tange ao tema do interesse de agir, segundo Roberto Pfeiffer, “somente estará presente o interesse de agir nas hipóteses em que o CADE demonstrar não poder alcançar os mesmos resultados por meio da tutela administrativa” (PFEIFFER, 2004, p. 29).

Aqui, destaca-se a previsão, expressa, da legitimidade da associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao “patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, para propor ação civil pública. Verifica-se, aí, a necessidade da presença do requisito temporal, que pretende desestimular eventuais excessos ou abusos na propositura de ações civis públicas, e do requisito ligado ao interesse de agir, que impõe liame objetivo, expresso nos estatutos, entre a pretensão deduzida na demanda e os fins institucionais da associação

400 Assim a ementa do acórdão: EXERCÍCIO DA MEDICINA. COOPERATIVA. UNIMILITÂNCIA/FIDELIDADE SOCIETÁRIA. UNIMED. EXCLUSIVIDADE VEDADA. LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. PRECEDENTES DO STJ. APELO PROVIDO. (BRASIL, TJ-RS, AC n. 70011319316).

demandante (ZAVASCKI, 2014, p. 63). Destaca-se, nesse sentido, a previsão, expressa, de legitimação para a propositura de ação civil pública à associação cuja finalidade institucional se vincule “à ordem econômica e à livre concorrência”.

A cumulação de pedidos para a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos

Um tema importante para a demonstração da aplicação pragmática desta tese diz respeito à possibilidade de cumulação de pedidos para a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, já que, conforme se observou, há hipóteses em que, a partir de uma única situação fática, decorrem, ou podem decorrer, simultânea ou sucessivamente, lesões a direitos transindividuais e a direitos individuais homogêneos. Em situações dessa natureza, são necessários meios adequados para permitir a proteção integral e efetiva de todos os direitos ameaçados ou violados, inclusive, se for o caso, mediante cumulação de pedidos e de causas de pedir. No que tange aos danos morais (que, por sua natureza, não podem ser considerados transindividuais), o art. 1º da Lei n. 7.347/1985 enseja a hipótese dessa cumulação. Pode-se, de qualquer forma, invocar, para esse fim, as regras gerais do CPC, que, em seu art. 327 e parágrafos, permite a cumulação de pedidos contra o mesmo demandado, desde que sejam compatíveis entre si, que o juízo para conhecer de todos eles seja o mesmo e que o procedimento seja adequado para todos (ZAVASCKI, 2014, p. 61).

No que tange aos direitos individuais homogêneos, é certo, porém, que a sentença de procedência eventualmente proferida no processo em que se der a cumulação, deverá ter natureza genérica. Para o seu posterior cumprimento, as pessoas lesadas haverão de promover demanda autônoma, em nome próprio (ação de cumprimento), em que serão identificadas e liquidados os danos individualmente indenizáveis, cujo produto reverterá em benefício de seu próprio patrimônio individual (e não, como ocorre com os direitos transindividuais, ao FDDD). Percebe-se, enfim, que a possibilidade de cumulação é questão de natureza processual, que não altera nem compromete a natureza material do direito lesado ou ameaça-

do. Não é porque podem ser postulados por meio da ação civil pública que os direitos individuais homogêneos deixarão de ser direitos individuais (ZAVASCKI, 2014, p. 61).

Os provimentos passíveis de concessão

Como já se verificou, o art. 3º da Lei n. 7.347/1985 prevê que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em entregar dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, pode ser obtida condenação em dinheiro do demandado a fim de ressarcir os prejuízos que seu ato causou à sociedade como um todo, como, por exemplo, a diminuição de investimentos, a ausência de geração de empregos, os impactos inflacionários, a diminuição da oferta e da qualidade de produtos e de serviços etc. (PFEIFFER, 2004, p. 21). Nessa hipótese, o dinheiro obtido reverterá para o FDDD.

Destaca-se, porém, a complexidade de se aferir o montante do dano produzido à sociedade como um todo. Assim, para Roberto Pfeiffer (2004, p. 21-22):

as dificuldades na obtenção do montante do dano, somadas à necessidade de se evitar *bis in idem* com as ações individuais (o que demanda retirar-se do cálculo do dano os prejuízos individualmente sofridos) tornam menos propícia a utilização da condenação em dinheiro do que a condenação na obrigação de fazer ou não fazer na ação civil pública para a tutela da livre concorrência.

Considerando a possibilidade de condenação em obrigação de fazer ou de não fazer, aventa-se a possibilidade de o Estado-juiz determinar, por exemplo, a imediata cessação da prática de uma venda casada ou de um preço predatório, sob pena de pagamento de multa diária (astreintes) na hipótese de descumprimento. Ainda, vislumbra-se a possibilidade de condenação à prática de atos voltados ao restabelecimento das condições concorrenciais anteriores ao ato que trouxe lesão ao direito difuso e materializado, por exemplo, em uma infração da ordem econômica, como a prática de preços não uniformes cobrados antes de conduta cartelizadora

ou imediata rescisão de contrato que contenha exclusividade de venda (PFEIFFER, 2004, p. 22).

O espírito da Lei n. 7.347/1985 é a restauração do *status quo ante*. A conversão da obrigação em perdas e danos é a *ultima ratio*, quando jurídica ou materialmente impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente ou, ainda, quando o próprio credor por elas optar. Deve-se observar a maior coincidência possível entre o direito e sua realização, de modo que, principiologicamente, não poderá ser admitida a substituição da obrigação pelo seu equivalente pecuniário (WATANABE, 2011, p. 114), o que o art. 11 expressamente postula ao determinar que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Estado-juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária inibitória, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Além disso, o art. 84 do CDC determina que, na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Estado-juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, sendo que, de acordo com o § 1º do art. 84, a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

5.6.1.4 A ação coletiva

A ação coletiva consiste em um procedimento especial estruturado sob a fórmula de repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: a primeira, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, em que a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade, e a segunda, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (ZAVASCKI, 2014, p. 151).

A legitimação ativa para a propositura de ação coletiva

Na primeira fase, a da ação coletiva propriamente dita, a demanda é promovida mediante substituição processual (a tutela é requerida por quem não é titular do direito afirmado, em favor de quem o é). Já na segunda fase, a da ação de cumprimento, o regime é o de representação (o titular do direito postula, em nome próprio, o cumprimento, em seu favor, da sentença genérica de procedência da ação coletiva) (IDEM, p. 152).

É interessante observar que, no Brasil, vigora o princípio da liberdade de adesão ou não ao processo coletivo. Essa liberdade de adesão compreende: (i) a liberdade de se litisconsorciar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (ii) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva e, finalmente, (iii) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva (IDEM, p. 158).

Conforme dispõe o art. 82 do CDC, para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

No que tange às entidades e órgãos da Administração, direta e indireta, nem todos estão legitimados, mas somente aqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (art. 82, III), hipótese que não se interpreta restritivamente, aplicando-se o Título III do CDC à tutela judicial de todos os interesses metaindividuais, inclusive, mas não apenas, os interesses dos consumidores (CARPENA, 2005, p. 161). Há, portanto, a necessidade de um vínculo entre o objeto da demanda e os fins institucionais do demandante, uma exigência associada ao interesse de agir.

Além disso, no que tange à legitimação para a propositura de ações coletivas de reparação de danos concorrenciais, desde logo se reconhece que o CADE não (PFEIFFER, 2015, p. 254) tem legitimação para a propositura de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, visto que não se enquadra entre os legitimados que constam do rol do art. 82 do CDC, particularmente do art. 82, III – apesar de autarquia, ele não é especificamente destinado à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e/ou dos concorrentes (CARPENA, 2005, p. 161-162). Destaca-se, porém, a legitimação dos PROCONs para a propositura de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos.

A mesma restrição existe em relação às associações, que, a par dessa vinculação quanto à sua finalidade institucional, devem estar legalmente constituídas há pelo menos um ano (art. 82, IV, do CDC).

Aos entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), a lei não estabeleceu exigência semelhante. Como verificado, o art. 47 da Lei n. 12.529/2011 prevê hipótese de legitimação extraordinária para todos aqueles constantes do art. 82 do CDC, entre os quais estão todos os entes federados, proporem ação coletiva para a tutela de direitos individuais ou individuais homogêneos lesados em decorrência da prática de uma infração da ordem econômica. Ademais, o Estado pode propor ação em nome próprio, caso demonstre que seu patrimônio foi lesado por determinada infração da ordem econômica. Imagine-se, por exemplo, que fique comprovada a existência de prévia combinação entre agentes econômicos participantes de determinada licitação e que tal conluio ocasionou prejuízo ao Erário. Demonstrada a ocorrência da prática de infração da ordem econômica e comprovado o montante do dano sofrido pelo Estado, o ente federado poderá ajuizar ação individual para obter a indenização correspondente (PFEIFFER, 2004, p. 28-29).

A legitimação ativa do Ministério Público em ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos que envolvam danos causados a consumidores em decorrência de infrações à legislação concorrential consta do art. 82, I, do CDC.

Há, porém, um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CRFB/88) que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e compe-

tências: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social. É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CRFB/88, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais. A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu no CDC, por exemplo), como ao próprio Ministério Público, casuisticamente, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional tendo em vista situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico (ZAVASCKI, 2014, p. 162). Não parece haver dúvida, todavia, sobre o interesse social que a concorrência representa.

Apesar do debate sobre a legitimação extraordinária do Ministério Público, aponta-se a possibilidade de aquela instituição propor ação coletiva de caráter indenizatório em favor de consumidores lesados por infração da ordem econômica, diante da relevância social dos interesses tutelados (reparação de danos e efeito pedagógico, de desestímulo para a prática ilícita). No entanto, tal legitimação limita-se à defesa dos consumidores, não podendo ser estendida para outros prejudicados pelas infrações da ordem econômica, como empresas concorrentes ou entes públicos, por exemplo (PFEIFFER, 2015, p. 255-256).

Por fim, o art. 82, IV, do CDC confere legitimação ativa às “associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

A afirmação de que apenas há legitimação das associações para a propositura de ação coletiva quando seu objeto for a tutela de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo, encontrada inclusive na jurisprudência, faz uma interpretação reducionista das hipóteses legais de legitimação para demandas coletivas, restringindo-as àquelas do art. 82, IV, do CDC. Contudo, excetuando-se algumas hipóteses, a legitimação prevista no art. 5º, XXI da CRFB/88 é ampla: a entidade associativa está habilitada a promover ações coletivas para a tutela de quaisquer direitos subjetivos de seus filiados, desde que tais direitos guardem relação de pertinência material com os fins institucionais da as-

sociação, fins esses que, afinal, constituíram o motivo da própria filiação (ZAVASCKI, 2014, p. 163).

De qualquer forma, dada a “íntima relação entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor”, Roberto Pfeiffer refere que há amparo para a legitimação das associações para a propositura de ação coletiva para reparação de danos causados por infração da ordem econômica (PFEIFFER, 2015, p. 253). Nesse sentido, como a norma do art. 82, IV, do CDC exige que a associação inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, é imprescindível que o estatuto da associação mencione a proteção do consumidor entre suas finalidades específicas, não havendo necessidade de menção à defesa da concorrência para que a associação possa propor demanda com base no art. 47 da Lei n. 12.529/2011 (IDEM).

Por fim, destaca-se que, de acordo com o § 1º do art. 82 do CDC, o requisito da prévia constituição da associação, há pelo menos um ano, para que ela tenha legitimação ativa, pode ser dispensado pelo Estado-juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, caso da infração da ordem econômica que prejudique seus associados.

A título comparativo, é interessante observar que o ilícito concorrencial, na Alemanha, dá margem à tutela jurisdicional por meio da *Verbandsklage*, ação coletiva direcionada primordialmente à cessação da lesão e que nasce com a primeira codificação envolvendo o Direito da Concorrência naquele país, a UWG de 1896 (lei anterior à UWG ainda hoje vigente, promulgada em 1909), que já facultava o manejo da *Verbandsklage*, ainda que apenas aos concorrentes, o que foi alterado em 1965, como visto, para permitir sua utilização por associações de consumidores (SCHAUMBURG, 2006, p. 24).

Os provimentos passíveis de concessão

Na ação coletiva, a sentença é necessariamente genérica, fazendo juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia:

o *an debeat* (existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (natureza da prestação devida). O *cui debeat* (quem é o titular do direito) e o *quantum debeat* (qual é o valor líquido da prestação a que especificamente faz jus) é tema que será analisado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento. Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica (ZAVASCKI, 2014, p. 153-154).

Desse modo, apesar de genérica, a sentença é certa e ilíquida. Ela estabelece, no caso de procedência da ação coletiva, a obrigação de indenizar pelos danos causados, permanecendo a necessidade de apurar os destinatários e a extensão da reparação na fase de liquidação de sentença.

Nesse contexto, no curso da instrução probatória da ação coletiva, o Estado-juiz verificará se o demandado efetivamente cometeu um ato ilícito, o que, na hipótese deste trabalho, pressupõe a demonstração de que houve a prática de uma infração da ordem econômica. Posteriormente, averiguar-se-á se tal conduta gerou um dano e se há nexo de causalidade entre o dano apontado e a conduta ilícita (qual seja, a prática de uma infração da ordem econômica). Demonstrando-se que sim, haverá uma sentença condenatória genérica fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados (PFEIFFER, 2015, p. 257), conforme estabelece o art. 95 do CDC.

Assim, uma característica importante das ações coletivas envolve o fato de que, ao contrário do que ocorre na esfera administrativa, há a necessidade de demonstrar que a conduta produziu efeitos concretos que ocasionaram prejuízos quantificáveis, *in casu*, aos consumidores (IDEM). Assim, ainda que o CADE tenha identificado uma violação em abstrato (potencial) para o mercado, a pretensa vítima, em sua ação individual, não fica dispensada de demonstrar os requisitos necessários para a reparação cível que pretende obter (NUSDEO, 2013, p. 1205). No entanto, a quantificação poderá ser efetivada na segunda fase, a das habilitações individuais, em que cada indivíduo demonstrará (i) que sofreu um dano, (ii) que há nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empresa, (iii) quais são os prejuízos e qual o montante necessário para repará-los.

Assim, contextualizando o tema, traz-se um exemplo⁴⁰¹ didático: suponha-se a existência de um cartel que tenha elevado artificialmente o preço de seus produtos em 10% sobre o preço “competitivo”. Havendo uma ação coletiva para que os consumidores afetados obtenham o ressarcimento do prejuízo decorrente da infração da ordem econômica, na medida em que pagaram pelo produto um preço superior ao preço médio praticado antes da eliminação da concorrência e, na hipótese de a ação coletiva ser julgada procedente, o Estado-juíz fixará, genericamente, a obrigação de o demandado indenizar todos aqueles que sofreram algum prejuízo em virtude da infração, pagando um sobrepreço para adquirir o produto. Após, na fase de habilitações, haverá a liquidação do dano sofrido por cada um dos consumidores, que deverão comprovar (i) que sofreram o dano, (ii) que há nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empresa e (iii) quais os prejuízos e o montante necessário para repará-los (PFEIFFER, 2015, p. 258).

O fundamento do *ne bis in idem*

O art. 37, *caput*, e incisos da Lei n. 12.529/2011 prevê a cominação de pena aos responsáveis pela prática de infração da ordem econômica. Assim, no caso de empresa, prevê-se multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de Direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). No caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando com-

401 O exemplo é de Roberto Pfeiffer (2015, p. 258).

provada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inc. I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inc. II do *caput* deste artigo.

Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro e, no cálculo do valor da multa de que trata o inc. I do *caput* deste artigo, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo CADE, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Além disso, de acordo com o art. 38 da Lei n. 12.529/2011, poderão ser impostas outras penas, sem prejuízo daquelas cominadas no art. 38, considerando a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Essas penas, que poderão ser impostas isolada ou cumulativamente, envolvem (i) a publicação, em meia página e às 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, além (iv) da 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 represen-

tante 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.

Assim, diante do fato de o legislador atribuir ao CADE o poder-dever de multar severamente agentes econômicos infratores da ordem econômica pela potencialidade do dano causado ao funcionamento do mercado, independentemente, inclusive, de eventuais lucros auferidos com a prática do ilícito, no caso da reparação cível, impõe-se a demonstração do mesmo ilícito, dano e nexos de causalidade, sob pena de enriquecimento ilícito ou mesmo de *bis in idem* em relação à sanção aplicada pela autarquia concorrencial (NUSDEO, 2013, p. 1206).

Portanto, não há falar em *bis in idem* no caso de uma determinada prática infratora da ordem econômica ser objeto de repressão, mediante a imposição de pena, no âmbito administrativo e, simultaneamente, a “causa de pedir” de uma ação cível reparatória movida por quaisquer prejudicados, conforme a previsão do art. 47 da Lei n. 12.529/2011.

Assim, o *ne bis in idem* dá-se porque a natureza da multa imposta pelo CADE e da condenação que pode ser imposta pelo Poder Judiciário é fundamentalmente distinta. Essa distinção ocorre tanto no aspecto formal como no aspecto material. Formalmente, a multa apresenta-se como uma sanção do Estado-administração, enquanto a decisão judicial será um ato do Estado-juiz. Materialmente, a multa possui uma função dissuasória, objetivando desestimular o agente econômico a praticar a conduta, enquanto a condenação judicial apresentará uma função reparatória, com vista a compensar os lesados dos prejuízos causados pela conduta (PFEIFFER, 2004, p. 20).

5.7 Conclusão parcial

A partir da análise realizada, que parte da constatação de que a Constituição atribui ao Estado, genericamente considerado, o dever de promover a defesa do consumidor, direito fundamental e princípio da ordem econômica, além de promover a defesa da concorrência, que, enquanto instituição jurídica, perfaz, também, um direito fundamental, e

que a lei concorrencial exerce um papel importante para tanto, neste capítulo, percebeu-se que:

a. os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, de forma que se desenvolvem em ondas,

b. há evidências de que o direito do consumidor se trata de um direito humano, havendo, na literatura, reconhecimentos pontuais nesse sentido,

c. os direitos fundamentais apresentam uma dimensão dupla: sua consideração não se refere tão somente ao aspecto subjetivo relacionado com o “direito a algo”, mas também ao aspecto objetivo, enquanto norma fundamental que apresenta eficácia irradiante a todo o sistema jurídico,

d. os direitos fundamentais são fonte de direitos subjetivos para o particular, oponíveis contra o Poder Público e implementáveis nas relações privadas,

e. o tema subjacente ao reconhecimento do direito à concorrência é plural e envolve a liberdade, o direito à escolha e a dignidade da pessoa humana em sua dimensão econômica. Vincula-se à teoria da escolha do consumidor (*consumer choice*), proposta por Neil Averitt e Robert Lande, que propugna a consideração da concorrência como fator integrante da realização da soberania do consumidor,

f. os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais *stricto sensu*), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas. A propósito, refere-se que as garantias institucionais apenas existem em função dos direitos subjetivos que elas representam, e não diretamente em função da instituição considerada em si mesma (SARLET, 2009, p. 181-183) – perspectiva que comprova o caráter instrumental da concorrência, sobre o qual se falou no terceiro capítulo deste trabalho, e contribui para reconhecer o direito à concorrência,

g. deriva do superprincípio da dignidade da pessoa humana a defesa do consumidor, que representa um dos estados de vulnerabilidade da pessoa humana. E, do superprincípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental e princípio da defesa do consumidor deriva a

necessidade de reconhecimento de um novo direito fundamental, o direito à concorrência, o que é reforçado pelo fato de a ordem econômica pretender assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social,

h. embora a literatura nacional se refira usualmente à concorrência como um interesse/direito difuso, há situações fáticas que podem caracterizar o direito da concorrência como direito difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo,

i. a lei concorrencial protege o consumidor de três formas, a saber, (i) como parte da coletividade, que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 12.529/2011 (art. 1º, parágrafo único), (ii) como “prejudicado” por uma infração da ordem econômica (art. 47) e (iii) como “beneficiário” de parte relevante de benefícios decorrentes de uma concentração econômica autorizada pelo CADE (art. 88, § 6º) e

j. para a defesa do direito à concorrência podem ser manejados os seguintes remédios: apresentação de representação ao SBDC, propositura de ação individual, de ação coletiva de ação civil pública.

CONCLUSÃO

Discurso, do latim *discursus*, é, originalmente, a ação de correr para todo lado; são idas e vindas (BARTHES, 1981, p. 1) que permitem, metaforicamente, abordar um assunto de diversas formas.

Este trabalho, que se pretendeu um discurso sobre o reconhecimento do direito à concorrência, no sistema jurídico brasileiro, verificou que as normas concorrenciais, presentes sobretudo na CRFB/88 e na Lei n. 12.529/2011, que reprime o abuso do poder econômico, protegem diversos bens jurídicos, *inter alia* a defesa do consumidor. A partir disso, analisou a confluência entre o Direito da Concorrência e do Consumidor e suas políticas públicas correlatas a fim de compreender a defesa do consumidor em seu viés concorrencial, além do papel do consumidor no “devido processo econômico”.

Ele verificou que o superprincípio da dignidade da pessoa humana, que ao fim e ao cabo legitima o direito à concorrência, é fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação e um valor intrínseco, do qual decorre um postulado antiutilitário (BARROSO, 2014, p. 76), pois o homem é o destino do homem⁴⁰² (BRECHT, 1934).

402 Fábio Konder Comparato também aponta que o jovem Marx, em sua Crítica da Filosofia do Direito de Hegel, antecipando-se ao pensamento existencialista, já apontara que “o homem não é um ser abstrato, acocorado fora do mundo. O homem é o mundo do homem, o Estado, a sociedade”. (COMPARATO, 2010, p. 40)

Verificou também que a concorrência é um valor atribuído ou instrumental que está à disposição da defesa do consumidor, direito fundamental cuja implementação, em um sistema econômico capitalista, demanda um quadro em que exista a concorrência eficaz, que significa uma proteção *avant la lettre* do consumidor, sempre que não se esteja diante de situações que envolvam falhas de mercado e que demandem, por isso, a aplicação do Direito Regulatório.

A proteção da instituição concorrencial, enquanto instituição jurídica precursora da defesa do consumidor, é a prioridade de uma política de defesa da concorrência orientada pela defesa do consumidor, com vista a concretizar a dignidade da pessoa humana em sua dimensão econômica, o que não significa que a política concorrencial deva apresentar como único objeto a proteção dos interesses do consumidor e, tampouco, do concorrente. Seu objeto primordial é a proteção da concorrência e, se essa tarefa for cumprida, cumpre-se, também, o mandamento constitucional da defesa do consumidor.

Como o superprincípio da dignidade da pessoa humana descreve uma realidade complexa, o trabalho considerou que, sob a perspectiva jurídica, e não econômica, o paradigma da liberdade de escolha, defendido pela Escola de Freiburg, deve prevalecer em caso de conflito com o paradigma da eficiência, defendido pela Escola de Chicago, uma vez que a conquista de eficiência – fator que, presente no controle estrutural, é, ao lado do repasse de parte relevante de benefícios ao consumidor, conforme dispõe o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, determinante para a autorização de atos de concentração econômica com efeitos anticoncorrenciais – pode, eventualmente, não se materializar em benefícios ao consumidor, a menos que o aspecto distributivo do Direito da Concorrência seja aprimorado.

A partir da constatação de que a proposta do CDC é multiplicar a proteção conferida ao consumidor e de que seu argumento é o pluralismo, a coexistência de instrumentos legislativos passíveis de ampliar, complementar, integrar e, por isso mesmo, fortalecer a defesa do consumidor, é plausível. Assim, após uma leitura *pari passu* da Lei n. 12.529/2011 com o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais (interpretação sistemática, teleológica e conforme à Constituição), tendo em vista a unidade do sistema jurí-

dico (e a ideia dworkiana do Direito como integridade [DWORKIN, 2011]), o trabalho reconheceu que ela protege o consumidor direta e indiretamente, de três formas, a saber: (i) como parte da coletividade, que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 12.529/2011 (art. 1º, parágrafo único), (ii) como “prejudicado” por uma infração da ordem econômica (art. 36) e (iii) como “beneficiário” de parte relevante de benefícios decorrentes de uma concentração autorizada pelo CADE (art. 88, § 6º).

Como exposto na introdução deste trabalho, a pesquisa aqui descrita pressupõe a necessidade de se transpor o paradigma atual, em que o consumidor tem participação tímida no “devido processo econômico”, e de pensar a possibilidade de ampliar a participação consumerista no plano concorrencial, pelo esclarecimento das modalidades protetivas oferecidas pelas normas concorrenciais e pelo eventual reconhecimento de um direito fundamental à concorrência. Assim, considerando (i) que a defesa do consumidor, expressão do superprincípio da dignidade da pessoa humana, constitui um direito fundamental e um princípio constitucional cuja realização depende da instituição concorrencial, que contribui de forma proeminente para assegurar o exercício do direito à escolha e para a própria realização do ato de consumo, ato que encerra o ciclo econômico de um produto ou de um serviço, soma algo à vida de alguém, aperfeiçoa a sua existência, contribuindo para a realização da vida boa outrora referida pelos clássicos, (ii) que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, pretende assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, (iii) que os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados e instituições jurídico-públicas, entre as quais se insere a concorrência como garantia institucional e constitucional e, finalmente, (iv) que ter um direito é ter uma necessidade cuja satisfação é exigida pelas normas do sistema jurídico (CANOTILHO, 2004, p. 48), o trabalho reconheceu a existência de um “direito a concorrência”, que é claramente um direito fundamental.

Então, a partir do reconhecimento do direito fundamental à concorrência, que é, em essência, um direito à diversidade, vinculado à liberdade individual de escolha e de satisfação de desejos e de necessidades (auto-determinação), além de uma garantia institucional, o trabalho propõe um

conceito nos seguintes termos: o direito à concorrência decorre dos dispositivos constitucionais referentes à cidadania (art. 1º, II), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao pluralismo político (art. 1º, V), à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e 170, V), à livre concorrência (art. 170, IV), à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e à repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), cuja contrapartida estatal (eficácia vertical) e de terceiros (eficácia horizontal) é que seja assegurada ao consumidor uma tal diversidade de oferta de produtos e de serviços que possa de fato refletir a pluralidade que caracteriza a democracia, permitindo o exercício do direito à escolha e do ato de consumo, um ato político por natureza, em sua maior amplitude possível e, igualmente, atendendo à diversidade de necessidades especiais dos consumidores, caso dos consumidores hipervulneráveis.

Além disso, o trabalho sustenta que o direito fundamental à concorrência está estruturado na forma de um princípio que integra, ainda que implicitamente, o sistema jurídico brasileiro, pois sobressai o seu caráter eminentemente finalístico em detrimento do prescritivo. O estado de coisas buscado por esse princípio não prevê, assim, as condutas expressamente devidas à promoção deste, que devem, todavia, ser extraídas da interpretação e da aplicação dessa norma-princípio à luz do caso concreto (ÁVILA, 2014a, p. 102).

Percebe-se, assim, que o direito fundamental à concorrência integra os direitos do consumidor e configura, segundo a classificação proposta por Robert Alexy, direitos de defesa e direitos a prestações em sentido amplo, além de direitos à proteção e direitos a organização e procedimento, subespécie dos direitos prestacionais (ALEXY, 2015, p. 432).

Desse modo, considerando (i) que ao Estado incumbe a obrigação permanente de realização dos direitos fundamentais, que têm eficácia irradiante, fornecendo diretrizes para a aplicação e a interpretação do Direito infraconstitucional (SARLET, 2009, p. 146), (ii) que a defesa do consumidor, além de princípio da ordem econômica, apresenta-se como direito fundamental, (iii) que a concorrência é a força que leva à adoção de configurações eficientes de mercado (FARINA; AZEVEDO; SAES, 1997, p. 158), constituindo uma garantia institucional que expressa um direito fundamental, especialmente relacionado ao tema da defesa do consumidor,

o trabalho propõe (i) que se considere discutir a positivação do direito à concorrência como direito fundamental no texto constitucional, por meio de Projeto de Emenda à Constituição (PEC), e como direito básico do consumidor, integrando-o expressamente ao texto do CDC. Além disso, propõe (ii) que se considere discutir a possibilidade de alteração da Lei n. 12.529/2011 e do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, hoje utilizado pelo CADE, para que as formas de implementação da defesa do consumidor no plano concorrencial tornem-se mais evidentes, bem assim os parâmetros de avaliação do bem-estar do consumidor, em atenção, entre outros, ao princípio da segurança jurídica inerente ao sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2014.

ÁFRICA DO SUL. *Competition act*. 1998. Disponível em: <<http://www.comp-com.co.za/wp-content/uploads/2014/09/pocket-act-august-20141.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

AKIRA, Shôda. *Kartellrecht und Verbraucher: eine einführung*. Aus dem japanischen übersetzt von Bernd Rießland, p. 9-18.

ALBORNOZ, Suzana. *O enigma da esperança: Ernst Bloch e as margens da história do espírito*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça e da Defesa do Consumidor. *Bürgerliches gesetzbuch*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. _____. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/>. Acesso em: 20 dez. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMBEV: juntos por um mundo melhor. Disponível em: <<https://www.ambev.com.br/>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

AQUINO, Santo Tomás de. *Da justiça*. Campinas: Vide, 2012.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust analysis: problems, text, and cases*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2013.

_____. The “rule of reason” in antitrust analysis: general issues. *Education and training series*. Washington: Federal Judicial Center, 1981. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/antitrust.pdf/\\$file/antitrust.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/antitrust.pdf/$file/antitrust.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGENTINA. *Código civil y comercial de la nacion*. 2014. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#9>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. *Ley de defensa de la competencia*. 1999. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. *Ley de defensa del consumidor*. 1993. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Editorial Comares, 1999.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

_____. *Ética a nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer choice: the practical reason for both Antitrust and consumer protection Law. *Loyola Consumer Law Review*, v. 10, issue 01, 1998, p. 44-63. Disponível em: <<http://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1439&context=lclr>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

_____. Using the 'consumer choice' approach to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, 2007, p. 175-264. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121459>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ÁVILA, Humberto. Repensando o «princípio da supremacia do interesse público sobre o particular». *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001.

_____. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014b.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014a.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

_____. Grandes grupos, sim; cartéis, não. [12 mar. 2010]. São Paulo: *Isto é dinheiro* – Economia. Entrevista concedida a Denize Bacoccina e Guilherme Queiroz. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/entrevistas/20100312/grandes-grupos-sim-carteis-nao/147848.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 252, 2009, p. 189-217. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7965/6826>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 05, jan./mar. 2005, p. 49-86.

BAKER, Jonathan. The case for antitrust enforcement. *Journal of Economic Perspectives*, v. 17, n. 4, Fall 2003, p. 27-50, p. 27. Disponível em: <<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/089533003772034880>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BANCO MUNDIAL. GINI index: World Bank estimate. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91. USP: São Paulo, 1996, p. 03-26. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67325/69935>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *A dignidade humana no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARTHES, Roland. *Fragmentos de um discurso amoroso*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1981.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. Os desafios dos direitos sociais. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Revista do Ministério Público, n. 56, set./dez. 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47-88.

BASEDOW, Jürgen. *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*.

Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1997 (documento eletrônico).

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEHRENS, Peter. Abschied vom more economic approach? In: BECHTHOLD, Stefan; JICKELI, Joachim; ROHE, Mathias. *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

_____. The “consumer choice” paradigm in german ordoliberalism and its impact upon EU competition law. *Discussion paper n. 1/14*, Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, n.1/14, march 2014, p. 01-38. Disponível em: <<http://www.econstor.eu/bitstream/10419/95925/1/780714202.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O código brasileiro de proteção e defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, jul./set. 1993, v. 7, p. 269-292.

_____. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. v. 1, 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, abr./jun. 1994, v. 10, p. 21-26.

BENÖHR, Iris. *EU consumer law and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2010.

BOTTON, Alain de. *Desejo de status*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

BOURGOIGNIE, Thierry; ST-PIERRE, Julie. Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systemes regionaux economiquement integres: une premiere evaluation comparative. *Revue québécoise de droit international*, Montreal, 2007, n. 20, p. 1-56. Disponível em: <http://rs.sqdi.org/volumes/20.1_bourgoignie.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (Coords.). *Droit économique et droits de l'homme*. Bruxelles: Éditions Larcier, 2009.

BRAGANÇA, Ana Carolina Haliuc. As companhias de comércio no brasil colonial: monopólio e concentração de renda. In: SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello (Org.). *Cadernos direito e pobreza*, Grupo direito e pobreza, n. 1, ano 1, 2008, p. 8-33.

BRANFORD, Sue. Brasil pode ser o primeiro país a liberar semente terminator. *Carta Capital*. São Paulo, 09 nov. 2015. Agronegócio e saúde. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/brasil-pode-ser-o-primeiro-pais-a-liberar-semente-terminator-9110.html>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição46.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *II Plano nacional de desenvolvimento (1975-1979)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF>. Acesso em: 1 fev. 2016.

_____. *Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984*. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7232.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Aprovado projeto que dispensa símbolo da transgenia em rótulos de produtos. *Agência Câmara Notícias*, Brasília, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/486822-APROVADO-PROJETO-QUE-DISPENSA-SIMBOLO-DA-TRANSGENIA-EM-ROTULOS-DE-PRODUTOS.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae819167be54a86abc89da68f95e>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. _____. Apreciação do ato de concentração n. 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), relatado pelo Conselheiro-Relator Thompson Andrade. Brasília, DF: 04.02.2004. Ementa do acórdão disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611932.pdf>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. _____. Apreciação do processo administrativo n. 08012.003805/2004-10, relatado pelo Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTOGB-1fZe5x7Wj6r2vvi90CYpvu_sAPJptgE14UISPox0O-OleSb-jmzbJcNNG,,>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. _____. Ato de concentração n. 08700.005447/2013-12: versão pública. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0041553.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. _____. Nota técnica n. 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE, de 19.11.2015, relativa ao Procedimento preparatório n. 08700.006964/2015-71. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?VBBJLIs3rmW24Lpm-9Pg6BnCwr7-SToka-ZwrLy4cNmhswHkebg508G8FWBlMR3hvxTrdi--ZqQ4HmbdzucS5tA,,>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

_____. _____. *Portaria Interministerial n. 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://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2015

_____. _____. Relatório do Conselheiro-Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe no Ato de concentração n. 08012.001297/99-34, em que cita, expressamente, o Parecer n. 243 COGSE/SEAE/MF. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_328/Relat/AC-001297-RELATÓRIO-SONAE%20e%20Nacional_RC.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. _____. Resolução n. 02/2012. Brasília: 31.05.2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolução%202_2012%20-%20Análise%20Atos%20Concentração.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. _____. Resolução n. 15/1998. Brasília: 28.08.1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolução%20nº%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. _____. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo na análise da Averiguação Preliminar n. 08012.006899/2003-06. 22 jul. 2009. Disponível em: <<https://drive.google.com/a/osorio.ifrs.edu.br/file/d/0B-zZLXomhFwWOWFmOTZiOTgtNzg3NS00ZGU3LTkzOGMtMjE2ODBl-N2U3NjM2/view?pref=2&pli=1>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no Processo administrativo n. 08012.006439/2009-65. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?o8j64WFBVz_HqRtlrqxinrtnlmu1t2fW5FEkGC_1G6bXkHwe0I_iuazEyDKKpM5AdHqEKayJFku9Hm3_jYXuwA,,>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. _____. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques nos autos do Processo administrativo n. 8012.003208/99-85. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000013761003.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. _____. Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado ao apreciar o Ato de concentração n. 08012.002172/2004-22. Disponível

em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_350/Votos/20-Voto-AC-2004-08012-002172-Ambev-Braco-Inbev-PRADO.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. *Secretaria de Acompanhamento Econômico*. Guia para Análise Econômica de Preços Predatórios (Portaria n. 70/2002). Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. _____. *Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico*. Portaria conjunta SEAE/SDE n. 50/2001. Brasília, DF: 1.08.2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentraçao.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Acordo de cooperação técnica firmado entre a SENACON e o CADE. Brasília, 12 maio 2014a.

_____. _____. _____. Nota técnica conjunta n. 08 do CADE e da SENACON. Brasília, 12 maio 2014b.

_____. Senado Federal. Projeto de lei do Senado n. 281/2012. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/10/2015&paginaDireta=00281>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 938.607/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, primeira seção. Brasília, DF:14/4/2010, DJe 6/3/2012.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.321.083/PR. Proc. 2012/0087622-9. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 9/9/2014, DJe 25/9/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=37813563&num_registro=201200876229&data=20140925&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. _____. Relatório e voto proferidos nos autos do Recurso Especial n. 1181643/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, primeira seção. Brasília, DF:01.03.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.686/PE. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 14/6/2005, DJ 5/8/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+349686%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+349686%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/anzemdn>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 18/2/2002, publicado em DJ 26/2/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-02 PP-01019.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso; Relator p/ acórdão: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 7/6/2006, DJ 29/9/2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481.

_____. _____. Recurso Extraordinário 351.750/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17/3/2009, DJe-181, divulg. 24/9/2009, public. 25/9/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351750%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351750%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/beon83o>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071/DF. Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 13/11/2007, DJe-018, divulg. 31/1/2008, public. 1º/2/2008.

_____. _____. Recurso Extraordinário 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 4/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4362356>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 2007.70.04.000752-0. Terceira Turma. Relator: Fernando Quadros da Silva. D.E. 3/2/2012.

_____. _____. Apelação Cível 5021730-87.2011.404.7100. Terceira Turma. Relator p/ Acórdão: Fernando Quadros da Silva. Juntado aos autos em 28/06/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011319316. 19ª Câmara Cível. Relator: Mário José Gomes Pereira. Julgado em 18/4/2006.

BRECHT, Bertolt. *Cinco maneiras de dizer a verdade*. Paris, 1934. Disponível em: <<http://www.gleichsatz.de/b-u-t/spdk/brecht2.html>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

BRENSON, Michael. *Acts of engagement: writings on art, criticism, and institutions, 1993-2002*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers, 2004.

BRONCKART, Jean-Paul. *Atividade de linguagem, textos e discursos: por um interacionismo sociodiscursivo*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2007.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

BUTTIGIEG, Eugène. *Competition law: safeguarding the consumer interest*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2015.

CALLIGARIS, Contardo. Desejo e necessidade. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 21 maio 2015. Colunistas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2015/05/1631415-desejo-e-necessidade.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chave de; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1079-1133.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. rev., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARREIRA, Henrique Medina. *Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-econômicos e jurídicos*. Porto: Edições Asa, 1992, p. 29.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Do lado do consumidor [out. 2012]. São Paulo: *Revista do IDEC*, n. 170. Entrevista concedida ao corpo editorial da revista do IDEC. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-ação/revista/internet-limitada/materia/do-lado-do-consumidor>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

CAZUZA; ISRAEL, George; ROMERO, Nilo. *Brasil*. In: Ideologia. Rio de Janeiro: Philips, 1988.

CERVIERI JÚNIOR, Osmar et al. O setor de bebidas no Brasil. *Biblioteca digital do BNDES*. BNDES Setorial 40, set. 2014, p. 93-130. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3462/1/BS%2040%20O%20setor%20de%20bebidas%20no%20Brasil_P.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2016.

CHANG, Ha-Joon. *Economia: modo de usar – Um guia básico dos principais conceitos econômicos*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Atlas, 2012.

CLARK, John Maurice. *A concorrência como processo dinâmico*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. Towards a concept of workable competition. *American Economic Review*, v. 30, n. 2, jun. 1940, p. 241–256.

COMANOR, William; SMILEY, Robert. Monopoly and the distribution of wealth. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 89, n. 2, maio, 1975.

COMISSÃO EUROPEIA. A comissão aplica coimas à ADM, à ajinomoto e à outras empresas que participam no cartel da lisina. *European comission*,

Bruxelas, 7 jun. 2000. em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-589_pt.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, n. 80, out./dez. 1990, p. 66-75.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, out. 1996, n. 732, p. 69-80.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Traité instituant la communauté économique européenne*. Roma, 1957. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na união europeia. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes. (Coords.). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2005a. p. 9-28.

_____. Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilidade da autoridade da concorrência por danos ocasionados em actuações de inspeção. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes. (Coords.). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2005b. p. 121-157.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Legal information institut: state action antitrust immunity*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/state_action_antitrust_immunity>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CORSO, Diana. Ressaca de realidade. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15 fev. 2015. Artigos, p. 23. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2015/02/diana-lichtenstein-corso-ressaca-de-realidade-4699938.html>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, 1998, v. 5, n. 1, p. 7-26.

COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. Economia política e direito econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. t. 1. p. 581-617.

CRAVO, Daniela Copetti. *Concorrência e consumidor: dupla capitulação da venda casada*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/83668/000907010.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

CURIA - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (terceira secção). 6 out. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de77f72c9dc1e047008afcb3912d1976ee.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxeLe0?text=&docid=77866&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=50476>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

DABBAH, Maher M. *The internalisation of antitrust policy*. Cambridge: Cambridge Univeristy Press, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAN, Wei. A lei antimonopólio da china e o seu regime de controle de concentração. *Revista Direito GV*, São Paulo: GV, n. 15, jan./jun. 2012, p. 237- 266.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann:

breves considerações críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, p. 327- 352, Belo Horizonte: UFMG, 2013. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013vWAp327/304>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

DEUTCH, Sinai. Are consumer rights human rights? *Osgoode Hall Law Journal*, v. 32, n. 3 (Fall 1994). Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1668&context=ohlj>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A intervenção judicial do CADE (art. 89, LF n. 8.884/1994) e da CVM (art. 31, LF n. 6.385/76). In: FARIAS, Cristiano Chave de; DIDIER JUNIOR., Fredie. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1245-1258.

DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward. Law and the future: trade regulation. *51 Northwestern University Law Review* 281 (1956), p. 281-296. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5416&context=journal_articles>. Acesso em: 10 nov. 2015.

DROUIN, Jean-Claude. *Os grandes economistas: uma introdução à economia*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Edição em *e-book*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EASTERBROOK, Frank. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, Austin, ago. 1984, v. 63, n. 1, p. 1-40. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles>. Acesso em: 4 jan. 2016.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 3. ed. Lisboa: Presença, 1984.

EICKHOF, Norbert. Die Hoppmann-Kantzenbach-kontroverse: darstellung, vergleich und bedeutung der beiden wettbewerbpolitischen leitbilder. *Grundlagenpapier für einen gleichnamigen vortrag auf der gedenkveranstaltung für Erich Hoppmann am 20./21.11.2008 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. Diskussionsbeitrag Nr. 95. Universität Potsdam: Potsdam, 2008, p. 1-32.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*. Washington: The Federal Trade Commission and the US Department of Justice, 2010a. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. *Clayton act*. Cornell University Law School. Legal Information Institut. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/15>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

_____. *Federal trade commission*. Guide to Antitrust Laws. The Antitrust Laws. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. *Horizontal merger guidelines*. Washington: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010b. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

_____. *Report and recommendations*. Washington: Antitrust Modernization Commission, 2007. Disponível em: <http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Sherman act*. Cornell University Law School. Legal Information Institut. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

ESTEVES, Luiz Alberto. *O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano*. Brasília: Departamento de estudos econômicos do CADE, 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

EUCKEN, Walter. *Grundsätze der wirtschaftspolitik*. 7. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

FELLMETH, Aaron X.; HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2026>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, p. 169-186.

_____. Da abusividade do poder econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 2, out./dez. 1995, p. 23-30. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicações-científicas/85>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Defesa da Concorrência*, n. 2, novembro 2013, Brasília: CADE, 2013, p. 11-31. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/17>>. Acesso em: 3 set. 2014.

_____. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, 1997, v. 4, n. 6, p. 87-89.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, António Gomes. *Dicionário de latim-português*. Porto: Porto, 1960.

FINDLAW. U. S. Supreme Court. Standard Oil Company of New Jersey et al., Appts. v. United States. N. 398. Argued March 14, 15, and 16, 1910. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=221&invol=1>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's democracy deficit. *Fordham Law Review*, v. 81. New York: 2013, p. 2543-2574.

FISHER, Douglas. The price revolution: a monetary interpretation. *The Journal of Economic History*, Cambridge University Press, dez. 1989, v. 49, n. 4, p. 883-902. Disponível em: <<http://www.sgtbkhalsadu.ac.in/colleges/tutorial/112706112009204808.pdf.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FDA. *FDA has determined that the AquAdvantage salmon is as safe to eat as non-GE salmon*. 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm472487.htm>> Acesso em: 10 jan. 2016.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: AVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

FORGIONI, Paula. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: a formatação jurídica do mercado brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. t. 2. p. 764-783.

_____. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir*. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FOX, Eleanor. Against goals. *Fordham Law Review*. New York: 2013, p. 2157-2161. Disponível em: <http://fordhamlawreview.org/assets/pdfs/Vol_81/Fox_April.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. *Making markets work for people as a post-millennium development goal*. High level round table. Seventh United Nations Conference to review the UN SET on Competition Policy. Geneva: 06.07.2015. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/Presentation/CCPB_7RC2015_HLRTCompSusDev_Fox_en.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. *The competition law of the European Union in comparative perspective: cases and materials*. St. Paul: West, 2009.

_____. *U.S. antitrust in global context*. 3. ed. St. Paul: West, 2012.

_____. We protect competition, you protect competitors. *World competition: law and economics review*. V. 26, issue 2, 2003, p. 149-165.

FRANÇA. *Loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017785995&categorieLien=id>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. *Loi n. 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/3/17/EFIX1307316L/jo#JORFSCTA000028738057>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*, de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antecedentes-a-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-ate-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 out. 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRIEDMAN, Vanessa. How smartphones are killing off the fashion show. *The New York Times*, New York, 11 fev. 2016. Fashion & Style, p. D1. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/02/11/fashion/new-york-fashion-week-smartphones-killing-off-runway-show.html?_r=0>. Acesso em: 10 mar. 2016.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Direito econômico regulatório*, v. 1. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *Prefácio a nova economia política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

_____. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

CORONA, Eduardo Galán. Prólogo a la edición española. In: REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel, 1985.

GAMA, Marina Moreira da. A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte. *Texto para discussão n. 257*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005, p. 1-24. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. Ainda no ataque: na ativa aos 96 anos, o lendário economista americano agora atira contra as fraudes corporativas [15 dez. 1994]. São Paulo: *Revista Veja*. n. 1884, Entrevista concedida a Carlos Graieb. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/151204/entrevista.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. *A economia e o interesse público*. São Paulo: Pioneira, 1988.

_____. *A era da incerteza*. São Paulo: Pioneira, 1983.

_____. *A sociedade afluyente*. São Paulo: Pioneira, 1987.

_____. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. São Paulo: Pioneira, 1989.

GARCIA, Carolina Policarpo. *Efeito rede em fusões no ensino superior*. 2014. Dissertação (Mestrado em Economia). Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11520/carolina.policarpo.garcia.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

GAY, Peter. *A cultura de Weimar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GERBER, David J. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: o princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. *Cadernos de História e Filosofia da Ciência: filosofia da crise ecológica*, série 03, v. 06, n. 02, jul./dez. 1996, p. 63-106.

GIORGI, Raffaele De. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 1970. Apêndice. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GÖTZ, Dieter; HAENSCH, Günther; WELLMANN, Hans (Hrsg.) *Langenscheidts großwörterbuch: Deutsch als fremdsprache*. Berlin und München, Langenscheidt KG, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1785-1794.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

GROßES LEXIKON: Zeitnah und übersichtlich. Chur: Isis, 1996.

GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão: Veredas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GUSKI, Roman. Gemeinwohl im wettbewerbsrecht. In: STUMPF, Cordula; KAINER, Friedemann; BALDUS, Christian (Orgs.). *Festschrift für Herrn Müller-Graff*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *Verfassung als öffentlicher prozeß: materialien zu einer verfassungstheorie der offenen gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 2012.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAYEK, Friedrich von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

_____. *O caminho da servidão*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

HEALEY, Deborah. Competitive neutrality: the concept. In: UNCTAD. *Competitive neutrality and its application in selected developing countries*. Geneva: UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series, 2014, p. 12-33.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIGSON, Chris. The value of Uber. *Forbes*. Leadership. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/lbsbusinessstrategyreview/2015/10/09/the-value-of-uber/#2715e4857a0b6d417fc7ddad>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

HIPPEL, Eike von. *Der schutz des schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982.

_____. *Grundfragen der weltwirtschaftsordnung*. München: Beck, 1980.

_____. *Verbraucherschutz*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1974.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFFMAN, Charles Paul. A reappraisal of the canadian anti-combines Act of 1889. *Queen's Law Journal*, Kingston: Queen's University, v. 39, n. 1, Fall 2003, p. 127-174, p. 128 e 129. Disponível em: <<http://queensu.ca/lawjournal/issues/06-Hoffman.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Unilateral conduct workbook*. Document presented at the 11th Annual ICN Conference. Rio de Janeiro, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

ISMODES, Julio. *Excedentes do consumidor e do produtor*. Brasília: CEPAL/ILPES, 2009, p. 01-18. Disponível em: <http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/0/35920/Excedentes_del_Consumidor_y_Productor_p.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del consumidor*. 2. ed. atual. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

_____; CRAVO, Daniela Copetti. A consagração dos litígios privados na União Europeia: difundindo o direito da concorrência e reparando as vítimas consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 96, nov./dez. 2014, p. 75-88.

_____; NORDMEIER, Carl Friedrich. O conceito de empresa no direito comunitário da concorrência: subsídios para uma definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 14, abr./jun. 2007, Brasília: CADE, p. 11-43.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne*. Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1995, (versão eletrônica).

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

JOBIM, Antonio Carlos. *Chovendo na roseira*. In: Elis & Tom. Rio de Janeiro: Philips, 1974. Disponível em: <<http://www.jobim.org/jobim/handle/2010/4770>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, Paper 1765, 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2797&context=fss_papers>. Acesso em: 25 abr. 2015.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburg: Verlag Meiner, 1965.

KANTZENBACH, Erhard. *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

KANTE, Allassane. Reflexions sur le droit de la concurrence et la protection d'consommateurs dans l'UEMOA: l'exemple du Senegal. *Revue de Droit des pays d'Afrique*, n. 871, v. 120, 2010, p. 141-166. Disponível em: <<http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH03b1.dir/reflexions-droit-concurrence.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

KELLY, Annie. Nestlé admits slavery in Thailand while fighting child labour lawsuit in Ivory Coast. *The Guardian*. Londres, 1 fev. 2016. Guardian sustainable business. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/feb/01/nestle-slavery-thailand-fighting-child-labour-lawsuit-ivory-coast>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KINGREEN, Thorsten. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. Berlin: Duncker und Humblodt, 1999.

KOHN, Meir. Merchant banking in the medieval and early modern economy. *Working Paper* 99-05. Hanover: Department of Economics, Dartmouth, 1999. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~mkohn/Papers/99-05.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

KONKEL JUNIOR, Nicolau. *Contribuições sociais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg. *Markt, Wettbewerb und Vertrag*. Palestra realizada em evento organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salzburg em 5 nov. 2014.

KOVACIC, William. The intellectual DNA of modern U. S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix. *Columbia Business Law Review*. New York: Columbia Law School, 2007, issue 01, volume 2007. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/417961/2007dna.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2015.

LAHUSEN, Benjamin. *Alles Recht geht vom Volksgeist aus*: Friedrich Carl von Savigny und die moderne rechtswissenschaft. Edição *e-book*. Berlin: Nicolai, 2013.

LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. *Metaphors we live by*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

LANDE, Robert H. Proving the obvious: the antitrust laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency). *Hastings Law Journal*, v. 50, abr, 1999, p. 959. Disponível em: <<http://home.ubalt.edu/ntlaland/Articles.html>>. Acesso em: 20 set. 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Comentário ao artigo 1o, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 135-136, p. 136.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 34, p. 79-87, abr./jun. 2000.

LORENZETTI, Ricardo. Artículos sobre defensa de la competencia. La realidad y la regulación. *Debates em direito da concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011, p. 317-326.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013b.

MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; MIRAGEM, Bruno; LIXINSKI, Lucas. Desenvolvimento e consumo: bases para uma análise da proteção do consumidor como direito humano. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 201-230.

_____; BENICKE, Christoph; JAEGER JUNIOR, Augusto. (Orgs.). *Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão: fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação internacional*. Tomo II. Porto Alegre: RJR, 2016.

_____. *La protection de la partie faible en droit international privé: consommateurs, petites entreprises et activités non lucratives*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 2009. No prelo.

_____. "El diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor" - Cláudia Lima Marques. *Youtube*, 27 out. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tvIE5L7xkdw>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista da ESMESE*, n. 7, 2004, p. 15-54, p. 24. Disponível em: <<http://smtp.gemt.com.br/htdocs/upload/anexo3743.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 1, 2004, p. 67-99.

_____. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, v. 6, n. 7 e 8, 2007, p. 13-49.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446.

MARX, Karl. *O capital*: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MATTEI, Ugo. Fatto e valore: il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto. In: DERRIDA, Jacques; VATTIMO, Gianni (Coords.). *Annuario filosofico europeo: diritto, giustizia e interpretazione*. Roma-Bari: Laterza, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 28. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MCCRUIDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008. Disponível em: <<http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Antonio Sérgio. *O ensino de Lacan*. Rio de Janeiro: Gryphus - Edições do CELJ, 1993.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MERCOSUL. *Acordo de defesa da concorrência do Mercosul*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/DEC_43-10_PT_Revisão%20Protocolo%20de%20Defesa%20da%20Concorrença%20do%20Mercosul.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

MIERT, Karel Van. *Discurso ao comitê econômico e monetário do parlamento europeu*. Bruxelas: 19.02.1993. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-93-13_en.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

MILAN, Betty. *A força da palavra: (entrevistas)*. Rio de Janeiro: Record, 2012.

MIRAGEM, Bruno. "El diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor" – Bruno Miragem. *Youtube*, 27 out. 2015. Disponível em: <<https://www>.

youtube.com/watch?time_continue=340&v=6ZVgnKnSyNI>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. *Abuso do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 141-163.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, jul./set. 2002, p. 111-132.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÖLLER, Silke. *Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

MÖLLERS, Thomas; HEINEMANN, Andreas. *The enforcement of competition law in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MORAIS, Luís D. S. *Os conceitos de objeto e efeitos restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009.

MORÃO, Artur. *Apresentação à obra "A mulher e a moda", de Georg Simmel*. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/simmel_georg_a_mulher_e_a_moda.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós, 1999.

MÜLLER, Thomas. *Wettbewerb und unionsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

MURIS, Timothy. *The interface of competition and consumer protection*. Twenty-Ninth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. New York, 31.10.2012, p. 1-30. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/interface-competition-and-consumer-protection/021031fordham.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2016.

NEDERGAARD, Peter. *The influence of ordoliberalism in european integration processes: a framework for ideational influence with competition policy and the economic and monetary policy as examples*. Repositório digital da Universidade de Munique. München: Universitätsbibliothek, 2013, p. 1-32. Disponível em: <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/52331/1/MPRA_paper_52331.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentário ao artigo 170, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014a, p. 1808-1811.

_____. Comentário ao artigo 5o, XXXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014b, p. 346-348.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O público e o privado na tutela da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. t. 2. p. 1193-1211.

OECD. *Relatórios econômicos da OCDE: Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. *Summary record of the roundtable on changes in institutional design*. Paris: OECD Publishing, 2015b. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2014\)3/ANN4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2014)3/ANN4/FINAL&doclanguage=en)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. *OECD Reports: Hard core cartels*. Paris: OECD Publications Service, 2010a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. *Consumer policy toolkit*. Paris: OECD Publishing, 2010b. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264079663-7-en>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. *The interface between competition and consumer policies*. OECD Journal: Competition Law and Policy, v. 11/1: Paris, 2010c. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kmbpj559n6g>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. *Glossary: workable competition*. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3331>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. *Revista do IBRAC*, v. 14, n. 1, p. 169-181. São Paulo, 2007.

_____. *Direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antonio Alves de. A nova lei do CADE e a reestruturação administrativa do SBDC: pontos positivos e negativos. *A Nova Lei do CADE*. Publicações da Escola da AGU, Brasília: EAGU, ano IV, jul. 2012, n. 19, p. 135-172.

ONU. *Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. *Declaration on the right to development*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do quixote*. São Paulo: Livro Ibero-americano, 1967.

PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas na Lei n. 18/2003. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coords.). *Concorrência: estudos*. Coimbra: Almedina, 2006.

PARAGUAI. Lei n. 4.956/2013. Disponível em: <http://www.mic.gov.py/mic/site/comercio/pdf/conacom/Ley_4956.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 9, p. 66-100, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

PAVESI, Ermanno. La crisis del concepto de persona en la psicología moderna y sus orígenes. *Espíritu: cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, ISSN 0014-0716, Año 59, n. 139, 2010, p. 91-116. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4098889>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao Direito civil*. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Miguel Mendes. *Lei da concorrência anotada*. Coimbra: Coimbra, 2009.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

PFEIFFER, Maria da Conceição Maranhão. *Direito à informação e ao consumo sustentável*. 2011. 175f. Tese (Doutorado em Direito). Área de concentração: Direito Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 131-150, out./dez. 2010.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, jan./mar. 2004, n. 49, p.11-39.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JUNIOR., Rudinei (Orgs.). *Manual de economia*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIO XI, Papa. *Carta encíclica quadragésimo anno de Sua Santidade Papa Pio XI*. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1931. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.html>. Acesso em: 28 nov. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

PIRENNE, Henri. *Storia economica e sociale del medioevo*. 1. ed. em e-book. Roma: Newton Compton Editori, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações*. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tratado de direito privado: introdução, pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.

POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001a.

_____. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. *Lecture given at the Eighteenth Annual Meeting of the European Association for Law and Economics in Vienna on September 14, 2001b*, p. 1-42. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision. *University of Chicago Law Review*, v. 45, n. 01, Fall 1977, p. 1-20. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2860&context=journal_articles>. Acesso em: 17 jan. 2016.

POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 16, n. 1, 2009, p. 235-272.

PREBISCH, Raúl. *Keynes: uma introdução*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

PROCTER & GAMBLE – P&G. Disponível em: <http://www.pg.com/pt_BR/marcas_inovação/lar_familia/index.shtml>; <http://www.pg.com/pt_BR/marcas_inovação/beleza/index.shtml>. Acesso em: 24 abr. 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 19, jan./jun. 2011, p. 21-42.

RAMOS, José Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed., anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel, 1985.

_____. The “courage”-doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? *Common market law review*, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2005, v. 42, p. 35-66.

REINHARDT; Andy. *Business week*. Steve Jobs: ‘there’s sanity returning’. Entrevista. 25 maio 1998. Disponível em: <<http://www.businessweek.com/1998/21/b3579165.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de direito comercial*. 2. v., 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESTOQUE S/A. Disponível em: <http://www.restoque.com.br/default_pt.asp?idioma=0&conta=28#>. Acesso em: 14 fev. 2016.

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (Coords.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVAS, Ana Maria Tobio. *La autorizacion de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario: analisis de los requisitos sustantivos*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1994.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Samara; CANIATO, Ângela. Subjetividade e indústria cultural: uma leitura psicanalítica da cumplicidade dos indivíduos com a lógica da mercadoria. *Psicologia em revista*. Belo Horizonte, 2012, v.18, n. 2, p. 227-246. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v18n2/v18n2a05.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Brasília: Editora da UnB, 1997.

ROUBINI, Nouriel. Karl Marx was right [12 ago. 2011]. New York: *The Wall Street Journal*. Entrevista concedida em vídeo a Simon Constable. Disponível em: <<http://www.wsj.com/video/china-aviation-dreams-hit-turbulence/0CA6C617-EAD2-4674-B8BA-D72761409224.html>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Bauru: Edipro, 2000.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Comentário ao artigo 170, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1802-1807.

SABINO, Fernando. *As melhores crônicas de Fernando Sabino*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Concorrência e intervenção na economia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Opinião, abril 2014, Tendência/Debates. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/04/1438954-calixto-Salomão-filho-concorrencia-e-intervencao-na-economia.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2014.

_____. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. *Revista CEJ*, Brasília, n. 35 out./dez. 2006, p. 12-19. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/732/912>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 259-268.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Regulação e desenvolvimento. In: _____ (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-63.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014a.

_____. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014b.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 5. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. Comentário ao artigo 5o, § 2o. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed., 6a tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 516-518.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/artigos/edição024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 11 dez. 2015.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

_____. *Escritos de linguística geral*: organizados e editados por Simon Bouquet e Rudolf Engler com a colaboração de Antoinette Weil. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCHAUMBURG, Ellen. *Die verbandsklage im verbraucherschutz- und wettbewerbsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

SCHMIDT, Cristiane. Uber e bem-estar do brasileiro. *Valor econômico*. Opinião. 9 set. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4214478/uber-e-bem-estar-do-brasileiro>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, abr./jun. 2009, v. 70, p. 139-171.

SCHNEIDER, Stefan. Homo economicus – or more like Homer Simpson? *Deutsche Bank Research*. Frankfurt am Main: Deutsche Bank, 2010. Disponível em: <https://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_EN-PROD/PROD0000000000259291.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Direito da concorrência*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2010. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/a/a1/Direito_da_Concorrência.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrência_moderno.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 6, 1997, p. 231-240.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAKESPEARE, William. *Romeo and juliet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHEMKUS, Sarah Shemkus. Fighting the seed monopoly: “we want to make free seed a sort of meme”. *The Guardian*. Londres, 2 maio 2014. Guardian sustainable business. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/sustainable-business/seed-monopoly-free-seeds-farm-monsanto-dupont>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo: GV, v. 2, n. 01, Jan./Jun. 2006, p. 191-210. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2016.

SILVA, Miguel Moura e. Os abusos de exploração sobre os consumidores: uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante? *Concorrência e regulação*, v. 02, n. 09, 2012, p. 01 - 28. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2379556>. Acesso em: 14 ago. 2015.

SIMMEL, Georg. *Filosofia da moda*. Lisboa: Edições Texto e Grafia, 2014.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

SONZA, Igor; KLOECKNER, Gilberto. Governança em estruturas proprietárias concentradas: novas evidências para o Brasil. *Revista de Administração da USP*, São Paulo, v. 49, n.2, abr./maio/jun. 2014, p.322-338. Disponível em: <http://www.rausp.usp.br/busca/artigo.asp?num_artigo=1597>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

- _____. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- SPAEMANN, Robert. *Personas*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
- STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- STEVENSON, Betsey; WOLFERS, Justin. Economic growth and subjective well-being: reassessing the Easterlin paradox. NBER Working Paper n. 14282, National Bureau of Economic Research: Cambridge, MA, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w14282.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2015.
- STIGLITZ, Joseph. The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *The Quarterly Journal of Economics*: MIT Press, v. 115, n. 4, nov. 2000, p. 1441-1478. Disponível em: <<http://ricardo.ecn.wfu.edu/~cottrell/papers/stiglitz.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STUYCK, Jules. EC competition law after modernization: more than ever in the interest of consumers. *Journal of consumer policy*. v. 28, issue 1, 2005, p. 1-30.
- SULLIVAN, Thomas. Antitrust remedies in the U.S. and E.U.: advancing a standard of proportionality. *Antitrust Bulletin*, v. 48.2 (Summer 2003), p. 377-425. Disponível em: <<http://search.proquest.com/openview/dd566c3828e94ed1732d821e219702bc/1?pq-origsite=gscholar&cbl=35923>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TONNER, Klaus. The legal control of unfair advertising in the Federal Republic of Germany. In: BALATE, Eric (ed.). *Unfair advertising and comparative advertising: proceedings of the fifth european workshop on consumer*

law held in Louvain-la-Neuve on September 25 and 26, 1986. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988.

TOWNLEY, Christopher; CARDINALI, Adriana Laporta. A utilização dos precedentes da União Europeia no direito concorrencial brasileiro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

UFRGS. *Programa de pós-graduação em direito: Mestrado e Doutorado - Linhas de Pesquisa*. Porto Alegre, s.d. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/linhaspesquisa>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

ULLRICH, Hanns. L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique. In: ABDELGAWAD, Walid (Dir.). *Mondialisation et droit de la concurrence : actes du colloque des 14 et 15 juin 2007*. Dijon: Litec, 2008. v. 30.

UNITED NATIONS. *United Nations guidelines for consumer protection*. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

UNCTAD. *Model law on competition*. UNCTAD Publishing: Genebra, 2015. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf811_en.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. *The United Nations set of principles and rules on competition*. Geneva: United Nations, 2000. Disponível em: <<http://unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão do Tribunal de Justiça no caso 06/72: Europemballage and Continental Can v Commission*. 21 fev. 1973. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. *Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-453/99 (caso Courage/Crehan)*. 20 set. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0453&from=EN>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

_____. *Commission decision relating to a proceeding under Article 82 of the EC treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. Bruxelas: 24 mar. 2004d. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. *Compreender as políticas da União Europeia: segurança alimentar*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 12.

_____. Decisão da comissão no processo IV/36.888: campeonato mundial de futebol de 1998. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 8 jan. 2000b. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0012&from=EN>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. *Declaração Schuman*. 9 maio 1950. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. *Diretiva 2014/104/UE do parlamento europeu e do Conselho*. *Jornal Oficial da União Europeia*, 5 dez. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:349:FULL&from=PT>>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. *Livro branco: rumo a um controlo mais eficaz das concentrações da UE*. 9 jul. 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-449-PT-F1-1.Pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. *Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: 2 abr. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. *Livro verde: ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: 19 dez. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&qid=1433318086120&from=EN>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. 5 fev. 2004c. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=PT)>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. *Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n. 3 do artigo 81.º do TCE)*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 27 abr. 2004b. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26114&qid=1424812086145&from=PT>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. Regulamento n. 139/2004 do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 29 jan. 2004a. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=PT>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Tratado da União Europeia*. 1992. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tratado de Lisboa (Tratado da União Europeia). 2007. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. XXIX Relatório sobre a política de concorrência. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000a. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/pt.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

VAZ, Caroline. *Direito do consumidor à segurança alimentar e responsabilidade civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

_____. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, jul./set. 2000, v. 35, p. 219-230.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O direito ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANONI, Magda; FERMENT, Gilles (Orgs.). *Transgênicos para quem?* Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2011. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/06/Transgenicos_para_quem.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2016.

WALLER, Spencer Weber. In search of economic justice: considering competition and consumer protection law. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 36, issue 2, winter 2005, p. 631-639.

WATANABE, Kazuo. Título III - Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10a ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WEINSTEIN, Samuel Noah. United States v. Microsoft Corp. *Berkley Technology Law Journal*, v. 17, issue 01, jan. 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1352&context=btlj>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

WILSON, Edmund. *Rumo à estação Finlândia: escritores e atores da história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WISNIK, Guilherme (Org.). *Paulo Mendes da Rocha: encontros*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

ZANONI, Magda; FERMENT, Gilles (Orgs.). *Transgênicos para quem?* Agricultura, ciência e sociedade. Brasília: MDA, 2011. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/06/Transgenicos_para_quem.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZIMMER, Daniel (Ed.). *The goals of competition law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

