



## O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E AS TEORIAS ANTIRUSTE DE CHICAGO, HARVARD E FREIBURG O CASO ATREB

César Caputo Guimarães<sup>1</sup>

### RESUMO

Através de uma metodologia dedutiva, com consulta a obras, legislações e documentos nacionais e internacionais, utilizando-se de um caso prático com fins exemplificativos, o presente artigo resulta numa análise do direito econômico brasileiro e, a partir de um caso prático, sua correlação com três das mais importantes teorias econômicas do século XX, a fim de entender qual dessas hermenêuticas é mais condizente com os ditames prescritivos da Carta Magna brasileira de 1988.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito Econômico. Direitos Humanos. Intervenções. Constituição Federal. Política.

### BRAZILIAN COMPETITION LAW AND THE ANTITRUST THEORIES FROM CHICAGO, HARVARD AND FREIBURG: THE ARTREB CASE

### ABSTRACT

Through a deductive methodology, with reference to national and international works, laws and documents, using a practical case for exemplary purposes, this article results in an analysis of Brazilian economic law and, from a practical case, its correlation with three of the most important economic theories of the twentieth century, in order to understand which of these hermeneutics is most consistent with the prescriptive dictates of the Brazilian Magna Carta of 1988.

**KEY WORDS:** Economic Law. Human rights. Interventions Federal Constitution. Politics.

### INTRODUÇÃO

A ordem econômica brasileira, com suas bases prescritivas orientadas pelos ditames constitucionais, proporciona um arcabouço normativo que merece atenção especial,

---

<sup>1</sup> Fundador do IBDEE - Instituto Brasileiro de Ética e Direito Empresarial e atualmente atua como membro de seu Comitê de Auditoria e como Coordenador de sua Comissão de Conformidade Penal; Membro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo, fundado em 1874 para melhorar o desenvolvimento da prática jurídica e científica. Membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como Membro de Estudos de Conformidade e também Presidente da Comissão Especial de Implementação da TV OAB, sendo responsável pela elaboração, estruturação e aprovação da criação da Rede Nacional de Televisão e Vice-Presidente da OAB da Comissão Especial do Mercado de Capitais, responsável pela criação da nomeação da OAB na Câmara de Apelações do Sistema Financeiro Nacional. E-mail: [ccaputo@almeidalaw.com.br](mailto:ccaputo@almeidalaw.com.br)

principalmente no momento de seleção axiológica das decisões do Estado, reverberando inevitavelmente no setor privado e na configuração dos mais diversos setores do mercado nacional.

Neste aspecto, o Direito Concorrencial deve estar permeado pelos enunciados constitucionais, se quiser fazer valer os termos pré-estabelecidos do que é considerado um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, pelos termos da Constituição Federal brasileira de 1988, a utilização hermenêutica de determinadas construções teórico- doutrinárias é ilegítima no território pátrio, sob o risco de se adotar interpretações normativas contrárias à ordem econômica juridicamente vigente.

## 2. RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE ESTADO E DIREITO ECONÔMICO

Um dos principais pressupostos do Direito Concorrencial é a livre concorrência. Dessa maneira, diante dos demais princípios da ordem econômica, a hermenêutica constitucional deve ser feita de tal forma que, no momento de colisão entre eles, o adensamento das normativas deve ser tal que preserve a unidade dos direitos humanos e sua coerência normativa.

Para o estudo do Direito da Concorrência, portanto, é imprescindível a observância da integralidade dos ditames do Direito Econômico, tanto no processo de construção teórico-doutrinário quanto na aplicação da respectiva norma. Deve-se ter em conta a lição de Lafayette Josué Petter:

[...] a promoção de um ambiente concorrencial implica valorar-se a livre iniciativa. Só se estabelece concorrência quando os agentes detêm efetiva liberdade de iniciativa para suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta liberdade, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência. Ou seja, *a promoção e defesa da concorrência não constitui instrumento de intervenção no livre jogo do mercado (a atuação dos agentes econômicos com liberdade), ao contrário, a defesa da concorrência é pró-mercado*, ela fomenta a livre iniciativa na medida em que contribui para a eliminação de barreiras artificiais, facilitando o acesso ao mercado.<sup>2</sup> (grifo nosso)

O Direito Econômico tem como função metodológica estabelecer nexos, uma

<sup>2</sup> PETTER, Lafayette Josué. Direito Econômico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 214-215.



organicidade dos regulamentos jurídicos referentes aos fenômenos das transformações macroeconômicas. Diante da análise relativa a essas transformações, é inevitável que se inclua nesta Ciência jurídico-econômica, como finalidade, uma análise do reflexo social.

Assim, o Direito Econômico é o ramo do Direito composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-os com a ideologia socioeconômica adotada numa respectiva ordem jurídica.

Vale salientar ainda que o Estado Absolutista anterior à Revolução Francesa promulgava um regime jurídico da economia, mediante o mercantilismo, com intervenção total do Estado.

E não se pode negar a participação também do Estado nos Governos posteriores em comando da burguesia. Há, nesse sentido, um reconhecimento pelos burgueses do poder do Estado “em instaurar regimes e concretizar políticas de legitimação de certos interesses, fossem eles privados, restritos a certos grupos, fossem o mais possível democratizados, mas sempre com vias de estruturação de certa forma de economia”<sup>3</sup>.

Assim, as leis da economia não são consequência imediata da natureza, mas sim de atos, imposições e negociações basicamente políticos, que o Estado conduz e observa, a fim de satisfazer interesses políticos de uma parcela que detém o poder na sociedade.

Por isso é necessário o cotejo do desenvolvimento do Estado moderno como instituição que mantém a estrutura de poder político.

Para estabelecer uma posição sobre o nascimento do Direito Econômico como hoje é concebido, é importante notar que ele não ocorre no começo de século XX, mas sim surgiu como organizador do sistema monetário, com esse Estado fornecendo instrumentos para estruturar e institucionalizar uma economia que baseia-se no direito legítimo e legal de propriedade. Essa função decorre do fato de que o Estado, afinal, sempre foi instituição de asseguramento dos mandamentos deontológicos e principiológicos da economia, independentemente de seu embasamento (em um sistema capitalista, é a propriedade como direito subjetivo). Afinal, necessário afirmar que a figura adotada pelo Estado é, e sempre foi, o suporte para a definição do direcionamento econômico das sociedades. Não há, portanto, que se falar em influência do Estado em

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de C. O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 9.



maior ou menor grau sobre a economia. O Estado sempre está presente. Uma questão importante para que se compreenda seu funcionamento é: qual o programa político adotado pelo ente estatal e o que ele favorece de início.

### **DIREITO ECONÔMICO E SUA RELAÇÃO COM DIREITOS HUMANOS**

O Direito Econômico como conhecemos hoje constitui um ramo dos Direitos Humanos. Isso porque esses dois Direitos desenvolveram-se de forma contemporânea ao capitalismo, sendo que ambos trazem em seu cerne princípios do final do século XVIII. Um dos mais importantes foi a ideia de liberdade, promovendo a livre iniciativa e considerando o direito de propriedade como absoluto. Juntamente a essas noções do capitalismo, foi apropriado o conceito de igualdade dos Direitos Humanos, referido como igualdade formal e ligado ao conceito de segurança econômica, característica fundamental para a futura globalização e as instabilidades criadas durante a Primeira Guerra Mundial e a quebra da Bolsa de Nova York. Esses acontecimentos induziram os Estados a considerarem, de forma internacional, questões relativas ao direito da segurança alimentar, políticas sociais, bem como uma maior intervenção na economia. No período seguinte à Segunda Guerra Mundial, é possível perceber uma maior rigidez política, para que os Bancos Centrais pudessem ser assegurados, em grande parte, para a própria manutenção do capitalismo.

Na esfera internacional, assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dispõe que “todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”, e que ninguém será arbitrariamente privado dela (art. XVII).

A partir desse documento, multiplicaram-se os tratados, tanto os mais gerais relativos aos direitos humanos, como os dois Pactos das Nações Unidas e as três Convenções regionais (a Europeia, a Americana e a Africana), quanto os mais especializados.

Já então sob o contexto da Guerra Fria, a Comissão de Direitos Humanos da ONU teve papel pró-ativo na consolidação da resolução 2200<sup>a</sup> de 1966, pela qual a Assembleia Geral adotou e abriu à assinatura e ratificação ou adesão ao Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrou em vigor em janeiro de 1976, e o de Direitos Cívicos e Políticos em março de 1976.



O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece que não há como ser realizado o ideal do ser humano livre a menos que se criem as condições para cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos. Nesse sentido, em seu artigo 11, §1, prescreve o seguinte:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Os direitos sociais, dessa maneira, se encontram diretamente vinculados aos direitos econômicos, assim como os direitos humanos de terceira dimensão.

[...] ao normatizar em âmbito internacional, incorpora os Direitos Humanos de terceira dimensão, pois assume a fraternidade e a solidariedade, especialmente na dimensão dos direitos difusos, como requisitos essenciais para a proteção de tais direitos nos diversos territórios e nas comunidades que habitam os 146 países signatários.<sup>4</sup>

Assim, juridicamente falando, o Direito Econômico, enquanto regulado igualmente por tratados internacionais de direitos humanos, é um feixe desses direitos humanos, incorporando, portanto, a mesma finalidade, o mesmo telos, que é a dignidade da pessoa humana.

Mais recentemente, em 2008, o americano John Ruggie, representante especial na ONU para a área de negócios e direitos humanos, foi convidado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU para abordar a questão da relação dos direitos humanos com as corporações transnacionais e outras empresas de negócios. Mediante o relatório intitulado "Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights", apresentou estrutura conceitual e política para ancorar o debate sobre negócios e direitos humanos e ajudar a guiar todos os atores relevantes. A estrutura compreende três

<sup>4</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de C. O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12.

princípios fundamentais: o dever do Estado de proteger contra abusos de direitos humanos por terceiros, inclusive empresas; a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e a necessidade de acesso mais efetivo aos remédios em face de não cumprimento. De acordo com o próprio relatório, esses três princípios formam um todo complementar em que cada um apoia os outros na obtenção de progresso sustentável.

Uma fraqueza das iniciativas como essa é que a formulação de princípios em direitos humanos relacionados à responsabilidade de empresas privadas tem sido majoritariamente tomada como soft law, ou seja, quando, e se adotadas, são tomadas somente como guias e normas de vinculação voluntária, com procedimentos fracos de conformidade.

Isso muda, porém, ao observarmos a introjeção na ordem econômica brasileira dos direitos humanos, realizada pela Constituição Federal de 1988, o que pode ser percebido diante de uma análise mais atenta especialmente do seu art. 170.

### **3. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E OS DIREITOS HUMANOS**

A sociedade brasileira é, na ordem jurídica constitucionalmente estabelecida, capitalista. Tal assertiva advém da inscrição em nosso ordenamento especialmente da garantia da livre iniciativa e da propriedade privada, pressupostos compreendidos na forma de direitos humanos principalmente desde a Revolução Francesa de 1789.

A ordem econômica pátria, ainda, pressupõe o respeito a outros ditames que, proporcionalmente adensados na consolidação e realização da norma, cedem relevo a uma matriz constitucional da economia a ensejar políticas públicas cuja finalidade volte-se à dignidade da pessoa humana.

Isto é dito com base principalmente naquele artigo que é o núcleo, regra matriz, da ordem econômica, qual seja, o artigo 170 da Constituição Federal, o qual enuncia prescritivamente os fundamentos desta ordem (valorização do trabalho humano e livre iniciativa); a sua finalidade (assegurar a todos existência digna); os seus requisitos de conformidade (os ditames da justiça social); e seus princípios, esses dentre os quais se encontram a livre concorrência, a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do consumidor. O art. 170 da Carta Maior, assim, é ponto fulcral da chamada Constituição Econômica.

Por Constituição Econômica, vale dizer, conforme Lafayette Josué Petter, que “há de se entender o conjunto de normas que, exclusivamente ou não, regulam fatos que



repercutem no modo de ser econômico da sociedade. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta”<sup>5</sup>. Ou ainda, conforme dispõe Eros Grau, com base em autores portugueses,

[...] como “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (Vital Moreira), ou, definida a partir de sua função, como “formada pelo ordenamento essencial da actividade económica – contendo os princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da ordem jurídica da economia” (Antonio L. Sousa Franco).<sup>6</sup>

No mesmo sentido, caminha a lição de Gilberto Bercovici, para quem:

[...] as Constituições Econômicas caracterizar-se- iam pela presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional. E seria a partir dessa presença do econômico no texto constitucional e da ideologia constitucionalmente adotada que se elaboraria a política econômica do Estado”<sup>7</sup>

Nesta esteira Washington Peluso Albino de Souza discorre sobre a justificativa da Carta de 1988 em relação ao tratamento em capítulo especial do assunto econômico e social, se referindo que tal se deu “pela realização da justiça social, mediante o ideal de conciliação da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano”<sup>8</sup>.

O artigo 170 da Constituição Federal, assim, é dotado de alta densidade normativa, de onde se decorre a norma jurídica cuja incidência se presta em toda e qualquer relação econômica de forma direta e imediata, e cuja eficácia colima os objetivos maiores da Carta Magna de garantir a todos a dignidade da pessoa humana.

#### 4. ESCOLA DE CHICAGO

No início da década de 1970, a então recente doutrina da Análise Econômica do Direito (1950) recebeu o apoio de juristas como Richard Posner, então professor da

<sup>5</sup> PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 45.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79, 80.

<sup>7</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

<sup>8</sup> SOUZA, Washington P. A. de. Teoria da constituição econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 346.

Universidade de Chicago, e Robert Bork, formado em Direito nessa mesma instituição.

Para a Análise Econômica do Direito – AED – hermenêutica principal de referência da Escola de Chicago, um pressuposto imprescindível é o de que os agentes econômicos têm um comportamento lógico, racional, o que significa “a habilidade e a inclinação de empregar o raciocínio lógico para progredir na vida”<sup>9</sup> (tradução nossa). Posner, assim, caminha no seguinte sentido:

Um importante teste para uma teoria é sua habilidade de explicar a realidade. Se ela se mostra incapaz de fazê-lo satisfatoriamente, a razão do fracasso pode residir em suposições insuficientemente realistas. Mas nós não precisamos tentar avaliar as suposições diretamente a fim de avaliá-la. Julgado pelo teste do poder explicativo, a teoria econômica é um sucesso significativo (embora apenas parcial); então talvez a suposição de que pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações não é tão irrealista quanto os não economistas podem pensar num primeiro momento.<sup>10</sup> (grifo nosso; tradução nossa)

Dessa maneira, Posner parte do conceito de “*rational choices*”, em outras palavras, “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária”<sup>11</sup>, buscando, a partir daí, a monetização de custos e benefício que em princípio são não-pecuniários, e isso é feito visando uma maior “eficiência econômica”.

Nesse sentido, Michel Foucault afirma:

Ora, para os neoliberais, a análise econômica deve consistir [...] no estudo da natureza e das consequências do que chamam de opções substituíveis, isto é, o estudo e a análise da maneira como são alocados recursos raros para fins que são concorrentes, isto é, para fins que são alternativos, que não podem se superpor uns aos outros. [...] “A economia é a ciência do comportamento humano, a ciência do comportamento humano como uma relação entre fins e meios raros que têm usos mutuamente excludentes”. Vocês vêem que essa definição da economia lhe propõe como tarefa [...] tentar esclarecer qual cálculo, que aliás pode ser despropositado,

<sup>9</sup> “[...] is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007, p. 15.

<sup>10</sup> “An important test of a theory is its ability to explain reality. If it does a lousy job, the reason may be that its assumptions are insufficiently realistic. But we need not try to evaluate the assumptions directly in order to evaluate it. Judged by the test of explanatory power, economic theory is a significant (although only partial) success; so perhaps the assumption that people are rational maximizers of their satisfactions is not so unrealistic as the noneconomist might at first think.” POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007, p. 16.

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. XII.





pode ser cego, que pode ser insuficiente, mas qual cálculo fez que, dados certos recursos raros, um indivíduo ou indivíduos tenham decidido atribuí-los a este fim e não àquele. A economia já não é, portanto, a análise da lógica histórica de processo, é a análise da racionalidade interna, da programação estratégica da atividade dos indivíduos.<sup>12</sup>

O conceito de eficiência, então, também se torna central para a resolução dos problemas relacionados ao antitruste e seu objeto. Como já salientou Bruno Leal Rodrigues, eficiência “engloba, lato sensu, a ideia de alocar uma combinação qualquer de recursos em uma configuração que produza o melhor resultado possível. Contempla o conceito de reduzir custos e, concomitantemente, incrementar o resultado”<sup>13</sup>.

Mais especificamente, a Escola de Chicago relega enorme importância às denominadas eficiências alocativa e produtiva, baseadas no reconhecido Ótimo de Pareto, inicialmente formulado por Vilfredo Pareto (1848-1923), e no método de medição de eficiência de Kaldor-Hicks. O primeiro considera uma determinada configuração é eficiente se não há outra solução capaz de melhorar a situação de um sujeito sem prejudicar um terceiro. E o segundo, em consonância à Pareto, “parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns”<sup>14</sup>.

Outro expoente da Escola de Chicago, Robert H. Bork, sempre se disse a favor da competitividade. Dizia, com Bowman Jr., que “queremos competição, por desejarmos que nossa sociedade seja o mais rica possível e por querermos que consumidores individuais determinem por suas ações quais produtos e serviços preferem”<sup>15</sup> (tradução nossa). Ainda, para a Escola e Chicago, especialmente em Bork, como sustenta Renata Dezem:

[...] as leis antitruste foram projetadas para aumentar a eficiência da economia americana. Definiam eficiência econômica, por sua

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 306-307.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Bruno L. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica. Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. 2006. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006, p. 113.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 86.

<sup>15</sup> “we want competition, then, because we want our society to be as rich as possible and because we want individual consumers to determine by their actions what goods and services they want most”. BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. Fortune, dez. 1963, p. 138-201, p. 139.



vez, como meio para propiciar condições de maximização da riqueza, o que seria sinônimo de bem-estar do consumidor – único interesse legítimo da lei antitruste, ou seja, custos mais baixos, preços reduzidos e maior produção de produtos e serviços desejados pelos consumidores.<sup>16</sup>

Bork, dessa maneira, argumentava que a função das leis antitruste é trazer maior eficiência econômica, ou seja, proporcionar “maximização da riqueza ou satisfação da necessidade do consumidor”<sup>17</sup>. Porém, a definição de consumidor deste jurista merece atenção:

[...] Bork usou “riqueza do consumidor” como um termo [...] que tem pouca ou nenhuma relação com a riqueza dos verdadeiros consumidores! Seu desejo de maximizar a “riqueza do consumidor” (que ele define como eficiência econômica) não traz consigo nenhuma preocupação com a riqueza extraída dos consumidores e transferida às empresas com poder de mercado como um resultado de preços mais altos derivados do cartel ou outro comportamento proibido. Bork definiu portanto “consumidores” para incluir monopolistas e cartéis. O antitruste baseado nesta definição de “riqueza do consumidor” não faz qualquer distinção entre consumidores “reais” – os compradores de mercadorias e serviços – e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e portanto extraem riqueza dos compradores. Preços mais altos aos consumidores são bons para Bork contanto que o monopolista ou o cartel produza mais eficiência. De fato, os únicos “consumidores” que realmente se beneficiarão do regime de Bork são os monopolistas e cartéis.<sup>18</sup> (grifo nosso)

Apesar de algumas diferenças de pensamento entre os autores da Escola de Chicago, é fato que, em seus principais pilares, essa doutrina influenciou fortemente a história do antitruste, conforme interpretado pela Federal Trade Commission (FTC) sobre o mercado norte-americano.

Ademais, para Bork há basicamente dois postulados a serem seguidos pela AED, e, portanto, pela Escola de Chicago:

O primeiro é a insistência de que o objetivo exclusivo da

<sup>16</sup> DEZEM, Renata M. M. M. O direito concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg. In: JORGE, André Guilherme L.; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata M. M. M. Direito Empresarial: Estruturas e Regulação. São Paulo: Uninove, 2018, p. 110.

<sup>17</sup> LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. Revista de Direito Econômico, n. 23, abr./jun. 1996. p. 43.

<sup>18</sup> LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. Revista de Direito Econômico, n. 23, abr./jun. 1996. p. 43.



adjudicação antitruste, a única consideração que o juiz deve ter em mente, é a maximização do bem-estar do consumidor. O juiz não deve pesar contra o bem-estar do consumidor qualquer outro objetivo, como supostos benefícios sociais preservando pequenos negócios contra eficiência superior. Segundo, os adeptos da Escola de Chicago aplicaram análise econômica mais rigorosamente do que era comum naquela época para testar as proposições da lei e para entender o impacto do comportamento dos negócios no bem-estar do consumidor. Estas dificilmente parecem características distintivas o suficiente para definir uma escola, mas naquele tempo em que a escola começou a se formar eram características de forma alguma prevalentes entre juízes antitruste, praticantes, ou teóricos.<sup>19</sup> (grifo nosso; tradução nossa)

Dessa maneira, o Direito Antitruste deve estar sempre instrumentalizado e guiado pela análise econômica. Isso porque, se assim não for:

[...] a lei age cegamente sobre forças que não compreende e produz resultados não pretendidos. Além disso, tanto Bork como Posner entendem que os comportamentos não competitivos não decorrem inevitavelmente da concentração de mercado, e que seriam resultado, aí sim, de colusão explícita ou tácita<sup>20</sup> entre as empresas.<sup>21</sup>

Forgioni apresenta alguns dos principais postulados da Escola de Chicago, cuja base é a já referida Análise Econômica do Direito:

(i) Dada a escassez de recursos em face das necessidades humanas, sua alocação mais eficiente gerará o incremento do bem-estar e do fluxo de relações econômicas. (ii) A alocação mais eficiente, por sua vez, é identificada com o chamado *ótimo paretiano*, segundo o qual uma sociedade não se encontra em situação ótima se houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outrem. [...] (iii) A forma de alocação mais eficiente dos recursos é determinada pelo funcionamento do livre mercado, e não pela intervenção estatal. (iv) Esse funcionamento do mercado pressupõe o maior grau possível

<sup>19</sup> “The first is the insistence that the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not weigh against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small businesses against superior efficiency. Second, the Chicagoans applied economic analysis more rigorously than was common at the time to test the propositions of the law and to understand the impact of business behavior on consumer welfare. These hardly seem characteristics distinctive enough to define a school, but at the time the school began to form they were characteristics not at all prevalent among antitrust judges, practitioners, or scholars.” (grifo nosso). BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: The Free Press, 1993. p. XI.

<sup>20</sup> Colusão tácita seria um tipo de cartel sem um acordo explícito ou mesmo comunicação entre as firmas.

<sup>21</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de C. *O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 175.

de *concorrência* entre os agentes que nele atuam. (v) A formulação ou a interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciadas por considerações desestabilizadoras e não-uniformes, tal como a busca do ideal de *justiça*. O escopo do Direito deve ser *determinável*, sob pena de comprometimento da segurança e da previsibilidade (indispensáveis ao bom funcionamento do mercado). [...] (vi) O escopo (*determinável e uniforme*) do Direito é a busca da *eficiência alocativa* acima referida, atrelada sempre ao *bem-estar do consumidor*. Consequentemente, o grau de eficiência alocativa é diretamente proporcional ao bom fluxo de relações econômicas (= funcionamento adequado do mercado). (vii) É legítimo que o foco do ordenamento jurídico repouse na *eficiência alocativa* (objetivamente determinável), porque resultante da consideração global das preferências individuais.<sup>22</sup>

Assim, em linhas gerais, a Escola de Chicago considera que o mercado deve ter suas funções limitadas somente para suprir determinadas necessidades no sentido de resolver as “falhas de mercado” que venham a impedir uma maior eficiência produtiva e alocativa.

Pelo que foi referido, vale focar-se nos postulados V, VI e VII indicados por Forgioni. A crítica dessa Escola à busca do ideal de justiça como não uniforme e comprometedor da previsibilidade perde sentido ao verificar-se que os fatores utilizados para o sopesamento entre eficiência alocativa e eficiência produtiva podem ser determinados de maneira igualmente abstrata e arbitrária (o que seria de fato um “bom” fluxo de relações econômicas”, ou um funcionamento “adequado” do mercado?). Dessa maneira, aspectos relacionados à eficiência não são necessariamente mais racionais que hermenêuticas jurídicas baseadas em uma análise sistêmico-constitucional.

Essa busca pela ausência de critérios valorativos de justiça para se referir ao que é pode ser muito bem equiparada à dogmática kelseniana, principalmente na obra Teoria Pura do Direito. “Ademais, Richard Posner, ciente dessa aproximação, publicou o artigo ‘*Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law*’, no qual debate a relação entre Hans

<sup>22</sup> FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 139, pp. 242-256, jul. 2005.



Kelsen, positivista, Friedrich Hayek, liberal, e a Análise Econômica do Direito”<sup>23</sup>

## 5. ESCOLA DE HARVARD

O principal aspecto que diferencia a Escola de Chicago da Escola de Harvard é justamente o fato de que aquela considera como a maior importância de um mercado a eficiência locativa, ou seja, a busca pela concorrência perfeita; já esta busca um equilíbrio entre as eficiências produtiva e alocativa, ou seja, não somente a concorrência perfeita, mas também o desenvolvimento estrutural consideradas as empresas individualmente.

Donald Frank Turner (1921-1994), um dos grandes expoentes da Escola de Harvard, nessa linha que é chamada de “estruturalista”, chegou a propor a quebra de empresas oligopolistas em pequenas unidades para combater os preços de oligopólio. Em seus termos:

Eu venho discutindo as possíveis formas de medida cautelar, e as tenho encontrado querendo de modo a indicar que é inapropriado condenar preço de oligopólio como um acordo ilegal de fixação de preços. Há outra forma de remédio além da cautelar - dissolução ou alienação das empresas dominantes - que evitaria os problemas de controle decorrentes de um decreto cautelar.<sup>24</sup> (tradução nossa)

Assim, Turner parte também do princípio de que é impossível condenar as empresas por agirem conforme a observação do mercado e de seus concorrentes. Por isso, o jurista afirma a necessidade de se adotar o remédio de dissolução dos oligopólios a fim de evitar colusões, o que é:

[...] que é praticamente conceber que o reconhecimento da responsabilidade no terreno da conspiração é, no máximo, dúbio. Se um eficaz e viável alívio estrutural requer uma reforma radical da indústria, isto indica que foi a situação estrutural, e não o comportamento dos membros da indústria, que foi fundamentalmente responsável pelos resultados

<sup>23</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de C. O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 178.

<sup>24</sup> “I have been discussing the possible forms of injunctive relief, and have found them so wanting as to indicate that it is inappropriate to condemn oligopoly pricing as an unlawful price-fixing agreement. There is another form of remedy besides injunction - dissolution or divestiture of the dominant firms - which would avoid the supervisory problems arising from an injunctive decree.” TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706, p. 671.

insatisfatórios.<sup>25</sup> (tradução nossa)

Em relação à Escola de Harvard, a de Chicago, desde a década de 1970, exerce maior influência na jurisprudência e na política antitrustes dos Estados Unidos.

Em final de 1967, foi criado o denominado Neal Report, lançado em 1969, tendo como principal mentor Phil C. Neal da Universidade de Chicago. O Neal Report estava inserido no contexto da White House Task Force, instituição essa criada para identificar áreas em que a política antitruste poderia ser reforçada por novas medidas governamentais.<sup>26</sup> Albert Foer afirma que:

O Neal Report é mais famoso por endossar legislação para romper oligopólios ou altas concentrações de mercado, focando em estrutura de mercado em vez de comportamento anticompetitivo ou bem-estar do consumidor. O proposto Concentrated Industries Act teria estabelecido critério e procedimentos para a efetiva redução da concentração industrial.<sup>27</sup>

Esse Report tinha também a intenção de estabelecer políticas para reduzir a concentração de mercado norte-americana. Nos termos desse documento:

Desde que o Sherman Act foi adotado, tem aumentado a adesão à ideia de que monopólio é uma questão de grau. Uma empresa com menos de 100% de produção de uma indústria pode ainda assim ter controle significativo sobre o fornecimento, de modo a conseguir impor à economia as perdas associadas com monopólio: baixa produção, altos preços, restrições artificiais no movimento de recursos na economia e reduzida pressão para redução de custos e inovação. Igualmente, um pequeno número de empresas dominando uma indústria pode adotar instrumento similar, ou porque o pequeno número torna mais fácil atingir e policiar um acordo ou porque, sem acordo, cada uma adotará padrões de comportamento reconhecendo o

<sup>25</sup> “[...] is virtually to concede that the finding of liability on the ground of conspiracy is dubious at best. If effective and workable relief requires a radical structural reformation of the industry, this indicates that it was the structural situation, not the behavior of the industry members, which was fundamentally responsible for the unsatisfactory results.” TURNER, Donald F. *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, Harvard Law Review, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655-706, p. 671.

<sup>26</sup> FOER, Albert. *Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acessado em: 15 dez. 2018, p.1039

<sup>27</sup> “The Neal Report is most famous for endorsing legislation to break up oligopolies or high market concentrations, focusing on market structure rather than anticompetitive behavior or consumer welfare. The proposed “Concentrated Industries Act” would have established criteria and procedures for the effective reduction of industrial concentration”. FOER, Albert. *Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018. p. 1040.



interesse comum.<sup>28</sup> (tradução nossa)

Donald Turner e Carl Kaysen, precursores da Escola de Harvard, realizaram algumas propostas ao Neal Report, sendo que uma delas tentava inserir a possibilidade de se tomar medidas em prol da redução da concentração de mercado quando “quatro ou menos empresas tivessem quota agregada de mercado de pelo menos 70% durante no mínimo sete dos dez e quatro dos cinco anos-base mais recentes”<sup>29</sup>. Essa proposta não foi aceita.

## 6. ESCOLA DE FREIBURG

O Ordoliberalismo de Freiburg influenciou fortemente a política antitruste europeia, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. O chamado Ordoliberalismo foi uma escola de pensamento que foi de acordo com concepções liberais ao considerar um sistema econômico competitivo como necessário para uma sociedade próspera, livre e equitativa.

A diferença dos liberais, no entanto, é que, para os ordoliberais, tal sociedade só poderia existir se o mercado fosse limitado por uma estrutura "constitucional", destinada a proteger o processo de concorrência de distorções e abusos ao garantir a distribuição equitativa dos benefícios do mercado. Esse entrelaçamento de argumentos legais e econômicos era típico da Escola de Direito e Economia de Freiburg, da qual o Ordoliberalismo se originou.

Neste sentido, a principal ideia da Escola de Freiburg é que o poder econômico privado tinha sido o principal causa da desintegração econômica e política da Alemanha durante os anos entre guerras. Assim essa Escola buscava conciliar o povo alemão com o mecanismo de mercado, transformando este, de uma fonte de divisão social e

<sup>28</sup> “In the years since the Sherman Act was adopted there has been growing recognition that monopoly is a matter of degree. A firm with less than 100% of the output of an industry may nevertheless have significant control over supply, and thus be in a position to impose on the economy the losses associated with monopoly: lower output, higher prices, artificial restraints on the movement of resources in the economy, and reduced pressure toward cost reduction and innovation. Likewise, a small number of firms dominating an industry may take a similar toll, either because the small number makes it easier to arrive at and police an agreement or because, without agreement, each will adopt patterns of behavior recognizing the common interest.” NEAL, Phil C. The Neal Report. Report of the White House Task Force on antitrust policy. jul., 1968. p. 6.

<sup>29</sup> “[...] any four or fewer firms had an aggregate market share of 70% or more during at least seven of the ten and four of the most recent five base years”. BORK, Robert H. The antitrust paradox: a policy at war with itself. Nova York: The Free Press, 1993. p. 176.

desigualdade, numa ferramenta necessária para a integração social.

Portanto, a integração social só poderia ser alcançada se incorporada a economia num quadro jurídico bem definido e centrado no direito da concorrência. Neste sentido, vislumbra-se uma sociedade onde as instituições democráticas garantam que os indivíduos são livres tanto do poder governamental quanto do poder privado – este político e/ou econômico. Como dizem Cristian Marinescu, Dumitru-Alexandru Bodislav e Daniel Belingher:

Na visão da Escola de Friburgo, o papel do Estado é assegurar uma justiça independente para que cada indivíduo se beneficie da propriedade privada, mas, entretanto, deve obrigá-lo a assumir sua responsabilidade pelos efeitos resultantes de sua livre escolha, só que, em nível macroeconômico, quer assegurar a concorrência e a estabilidade monetária.<sup>30</sup>

Por outras palavras, tanto quanto a democracia, a concorrência passa a ser considerada necessária para a garantia do bem-estar social. Ou seja, nem um Estado autoritário nem um Estado não intervencionista, mas sim um Estado que poderia resistir à pressão do poder privado.

Dessa maneira, a discricionariedade governamental teve estar limitada por um quadro jurídico e um arcabouço constitucional devidamente capazes, além de prevenir o abuso, de promover a dispersão do poder econômico privado, e o instrumento para tal é a competição. Como Franz Böhm colocou em 1960, “a competição não é de modo algum apenas um incentivo mecanismo, mas, antes de tudo, um instrumento para a privação de poder [...] o mais magnífico e instrumento mais engenhoso de privação de poder na história”<sup>31</sup>.

Os ordoliberalis, assim, requisitavam a integração do conhecimento jurídico e do conhecimento econômico: a lei determina as regras do jogo econômico, e é

<sup>30</sup> “In the vision of the Freiburg School the role of the state is to assure an independent justice so each individual should benefit from private property, but meanwhile it should oblige him for assuming its responsibility for the effects resulted from his free choice, but at macroeconomic level it wants to assure the competition and monetary stability”. MARINESCU, Cristian; BODISLAV, Dumitru-Alexandru; BELINGHER, Daniel. The social market economy - The ordoliberal doctrine situated between classic liberalism and social economy. In: Conferência “Ecological Performance in a Competitive Economy”. ASE / Faculdade de Economia e Meio Ambiente Agroalimentar, Roménia, 2013, p. 520.

<sup>31</sup> VANBERG V.J. 2004, The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism. Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics, n. 04, 2011, p. 12.





simplesmente impossível entender os processos econômicos sem uma compreensão das regras legais.

A premissa de que a competição é realmente promotora de redução de problemas sociais e era tanta que o economista Walter Eucken chegou a usar o termo "competição completa" (complete competition), significando competição sem poder coercitivo, ou seja o tipo de competição que existe quando nenhum agente no mercado tem a possibilidade de forçar ou restringir o comportamento de qualquer outro agente.<sup>32</sup>

Na definição do manifesto ordoliberal, a ideia principal é de que “sistemas econômicos não apenas ‘acontecem’; eles foram formados ‘através de decisões políticas e legais’. Essas escolhas fundamentais determinaram a constituição econômica de uma nação”.<sup>33</sup>

No entanto, a constituição econômica não poderia ser suficiente para garantir a realização da ordem econômica. Os princípios consagrados na constituição econômica devem representar ao mesmo tempo a fonte e a restrição para as decisões específicas tomadas por governos e legisladores. O conjunto de políticas destinadas na criação e manutenção da ordem prevista pela constituição econômica de uma sociedade foi chamado por especialistas de Freiburg de *Ordnungspolitik*, ou “política baseada em ordem”. Em particular, sempre que a constituição econômica concebeu uma economia de transações, políticas baseadas em pedidos devem ser tais que configurem um sistema legal capaz de criar e manter a "concorrência total", ou seja, a condição necessária para o funcionamento mais eficaz de tal ordem.

## 7. BREVE PANORAMA DO CASO ATREB

Em pesquisa realizada pelo autor do presente artigo, verificou-se a possibilidade de caracterização de Abuso do Poder Econômico pela empresa L’Oréal (L’Oréal International e L’Oréal Brasil Comercial de Cosméticos Ltda.) em face de 4 distribuidores de seus produtos – então demandantes – vinculados à Associação dos

<sup>32</sup> Cf. MÖSCHEL W. Competition policy from an Ordo point of view. In: PEACOCK, A.; WILLGERODT, H. (eds.). German Neo-Liberals and the Social Market Economy. London: Macmillan, 1989, pp. 142-159, p. 157.

<sup>33</sup> BÖHM F., EUCKEN W. & GROSSMANN-DOERTH H. The Ordo Manifesto of 1936, In: PEACOCK, A.; WILLGERODT, H. (eds.). Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution. London: Macmillan, 1989, pp. 15-26, p. 24.

Trabalhadores e Revendedores de Produtos de Beleza e Cosméticos do Brasil (ATREB).

A título de exemplo, é analisado no presente trabalho as consequências do contrato da L'Oréal com um desses distribuidores, o qual chamaremos simplesmente de "Distribuidor". Assim, segue:

O período de vigência do contrato de distribuição exclusiva da L'Oréal com o Distribuidor foi do início de 2010 até 2015, adiantado por minutos até maio de 2016.

Durante o exercício de 2010, o Distribuidor conquistou um total de 342 clientes; já em 2011, chegou a 787 (setecentos e oitenta e sete). Vale destacar que nos cinco primeiros anos de contrato (2010-2014), à plena atividade, a carteira de clientes apresentou um crescimento de significativos 207,9%, representado por 1.053 (um mil e cinquenta e três) clientes conquistados. Porém, houve uma queda vertiginosa a partir de 2015, representando uma retração de -41,0%, levando à perda de 432 até 2016, fechando o relacionamento com apenas 621 clientes ativos.

Em relação ao faturamento, no primeiro quinquênio de atividade apresentou 743,0% de crescimento das vendas totais, passando de R\$ 885.467,26 de 2010, primeiro ano do contrato, para R\$ 7.464.849,47 em 2014. Já no biênio posterior, 2015 e 2016, o Distribuidor fechou 2016 com faturamento da ordem de R\$ 3.309.570,63, apresentando forte retração, ou seja, queda de -55,7%, quando comparado ao faturamento de 2014.

A pesquisa realizada constatou que essa queda brusca no número de clientes e no valor de faturamento deveu-se a obstáculos e dificuldades impostas pela L'Oréal ao Distribuidor. Seguem abaixo alguns dos obstáculos:

Em 2014, O Distribuidor era obrigado a adquirir todo material da L'Oréal para treinamento de clientes com a marca, além de arcar com todo custo de produtos para demonstrações; sendo que a L'ORÉAL, a partir deste ano, passou a fornecer estes materiais e produtos gratuitamente às lojas de cosméticos para que estas fizessem estes treinamentos gratuitos aos clientes.

Em 2015, o Distribuidor passava dados de funcionários (vendedores e técnicos demonstradores) os quais depois de treinados eram convidados a trabalhar diretamente para a L'Oréal. Além disso, a L'Oréal vendia para o Distribuidor com um preço e para seus clientes diretos e lojas de cosméticos por um valor menor, gerando dificuldade na venda, além de baixa lucratividade no produto. Também houve a obrigação do



Distribuidor de implantar sistema de informática, passando a receber e armazenar dados e informações de todos os clientes e enviando para a L'Oréal. Nesse mesmo ano, ocorre a fixação de metas, cujas bases eram expressivas e estipuladas unilateralmente pela L'Oréal. Atrasos nas entregas dos produtos também eram comuns.

## 7.1. CASO ATREB E O CONTRATO VERTICAL DE EXCLUSIVIDADE

A pergunta que fica é: mediante essas informações, é possível considerar os atos da L'Oréal como ilícito concorrencial? Vejamos.

A utilização de contratos de exclusividade dos distribuidores na revenda de produtos é comum, especialmente quando há o interesse de grandes empresas na terceirização da distribuição, empresas essas as quais tendem a evitar a participação direta em todas as etapas da cadeia produtiva, em regra por preferir contratar com empresas cujo know-how de distribuição já está consolidado. Além disso, como diz Priscila B. Gonçalves:

Muitas vezes, embora não esteja disposto a assumir integralmente a distribuição, o fornecedor não abre mão de controlar, em maior ou menor grau, o desenvolvimento dessa atividade, e o faz por meio de contratos com cláusulas que limitam a esfera de atuação do distribuidor. Em outras situações, são os distribuidores que se beneficiam de ajustes limitativos da atuação do fornecedor, com vistas a proteger seus investimentos.<sup>34</sup>

Por outro lado, alguns dos efeitos anticompetitivos desses contratos podem ser: a eliminação de rivais ou elevação dos seus custos através do fechamento de mercado, impedindo ou dificultando o acesso aos canais de distribuição); a elevação artificial das barreiras à entrada de potenciais concorrentes; e o incentivo ao conluio pela divisão de mercado ou fixação de preços.<sup>35</sup>

Desta maneira, a Resolução nº 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, na parte em que não foi revogada, em seu anexo salienta como uma prática restritiva vertical o

<sup>34</sup> GONÇALVES, Priscila B. Contratos de distribuição e direito concorrencial: tendências. *Jornal Carta Forense*. 04 nov. 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-de-distribuicao-e-direito-concorrencial-tendencias/4890> Acesso em 15 dez. 2018.

<sup>35</sup> Cf. GONÇALVES, Priscila B. Contratos de distribuição e direito concorrencial: tendências. *Jornal Carta Forense*. 04 nov. 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-de-distribuicao-e-direito-concorrencial-tendencias/4890> Acesso em 15 dez. 2018.

Acordo de Exclusividade, o qual, em seus termos, conceitua-os como a situação em que “os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais”.

Ainda nessa Resolução, ditas “práticas restritivas”, das quais os acordos de exclusividade fazem parte, são tidas como anticompetitivas quando:

[...] implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Não há, como se pode verificar, possibilidade de configuração de ilícito anticoncorrencial somente pela quebra de contrato, ou por exigências unilaterais do produtor que supostamente ferem os negócios do distribuidor exclusivo, ainda que caibam demandas na esfera cível.

De fato, a normativa antitruste brasileira traz consigo, pelos critérios estabelecidos no art. 36 da Lei 12.529/11, o mandamento de que:

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.

Esses termos do art. 36 servem como base para se definir se há ou não a configuração de ilícito concorrencial. No presente caso, assim, com os dados coletados até o momento e apresentados anteriormente, não há a possibilidade de se delimitar se há ou não infração à concorrência. E isso porque não é possível sustentar com o que foi apresentado a subsunção desse caso a qualquer um dos incisos do referido art. 36.

Agora, indo ao ponto fulcral e final do presente trabalho, algumas conclusões são possíveis de se considerar nesse caso concreto no que diz respeito à aplicação das doutrinas aqui apresentadas.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Escola de Chicago, conforme visto, é orientada pela eficiência da competição empresarial. Essa eficiência de fato se configura mediante a promoção do bem-estar do consumidor, na linha já debatida de Pareto, ou seja, “as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns”, e de Bork, para o qual a não há de fato distinção entre consumidores finais e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e portanto extraem riqueza dos compradores. Assim, a eficiência pode ser atingida mesmo em situações que não imediatamente favoreçam os consumidores considerados finais. Nesse sentido, o desenvolvimento tecnológico da empresa, a redução de custos para a produção de determinado produto, a terceirização de atividades meio, por si só são critérios que merecem, de acordo com essa Escola, a atenção redobrada na hora da consideração do telos da concorrência.

Esses critérios, conforme se observa do art. 36 da lei 12.529/11, e do já referido art. 170 da Constituição Federal, não se enquadram numa avaliação sistêmica da Constituição Econômica brasileira em seu aspecto material. E isso porque aquela lei considera para a subsunção do fato à norma critérios finalísticos, mesmo que não alcançados de fato, para a configuração de ilícitos concorrenciais, e desse art. não é presumível que a assunção de ganho de eficiência empresarial é suficiente para a desconfiguração da ilicitude. Pelo contrário, o enfoque dessa norma é debruçado sobre o bem-estar consumerista e a promoção (ou não violação) da livre concorrência e da livre iniciativa.

Já no caso da Escola de Harvard, o problema de fato é estrutural. Ou seja, a própria configuração do mercado, se for possibilitar colusões e interferências negativas à economia, conforme apresentado anteriormente tendo como exemplo o mercado oligopolizado, já é passível de ser objeto de reconfiguração pelos órgãos públicos. No caso em voga, a configuração de ruptura de contrato vertical, no Brasil, mesmo se houver pela L’Oréal um poder de mercado superior a 20%, a alteração da estrutura desse mercado não é possibilitada ao CADE, tendo em vista que, por si só, pela

interpretação legal do CADE, não é capaz de representar possibilidade de dano ao cenário econômico nacional.

Por outro lado, ao levar-se em consideração a Escola de Freiburg, essa é a que mais se aproxima dos ditames constitucionais e legais brasileiros. E isso porque, conforme apresentado anteriormente, a ordem econômica pátria preza pela intervenção estatal no tempo em que considera o direito econômico como um feixe dos direitos humanos, e isso ao indicar os princípios, ditames e a finalidade que devem orientar a economia nacional. A dignidade da pessoa humana, como telos da ordem, pela coerência sistêmica da Constituição Federal, sustenta a assunção de normas que norteiem a concorrência em prol da sociedade e seus sujeitos partícipes. Porém, de qualquer forma, insta considerar que a intervenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no caso em pauta somente se dará legítima se houver condição de se subsumir o caso concreto aos ditames do art. 36 e demais da Lei 12.529/11.

Mesmo assim, a Escola de Freiburg fornece instrumentos para a proteção da concorrência em seu maior propósito, correlacionando a intervenção estatal aos critérios normativos constitucionais vigentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BÖHM F., EUCKEN W. & GROSSMANN-DOERTH H. The Ordo Manifesto of 1936, *In*: PEACOCK, A.; WILLGERODT, H. (eds.). **Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution**. London: Macmillan, 1989, pp. 15-26.
- BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1993.
- BORK, R.; BOWMAN Jr. W. S. The crisis in antitrust. **Fortune**, dez. 1963, p. 138-201.
- CAVALCANTI, Rodrigo de C. **O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DEZEM, Renata M. M. M. O direito concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg. *In*: JORGE, André Guilherme L.; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM,



- Renata M. M. M. **Direito Empresarial**: Estruturas e Regulação. São Paulo: Uninove, 2018
- FOER, Albert. **Putting the Antitrust Modernization Commission into perspective**. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/files/292e.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 139, pp. 242-256, jul. 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978- 1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GONÇALVES, Priscila B. Contratos de distribuição e direito concorrencial: tendências. **Jornal Carta Forense**. 04 nov. 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-de-distribuicao-e-direito-concorrencial-tendencias/4890> Acesso em 15 dez. 2018.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LANDE, R. H. Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste. **Revista de Direito Econômico**, n. 23, abr./jun. 1996.
- MARINESCU, Cristian; BODISLAV, Dumitru-Alexandru; BELINGHER, Daniel. The social market economy - The ordoliberal doctrine situated between classic liberalism and social economy. *In: Conferência “Ecological Performance in a Competitive Economy”*. ASE / Faculdade de Economia e Meio Ambiente Agroalimentar, Romênia, 2013.
- MÖSCHEL W. Competition policy from an Ordo point of view. *In: PEACOCK, A.; WILLGERODT, H. (eds.). German Neo-Liberals and the Social Market Economy*. London: Macmillan, 1989, pp. 142-159.
- NEAL, Phil C. **The Neal Report. Report of the White House Task Force on antitrust policy**. jul., 1968.
- PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu



Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica.** São Paulo: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Bruno L. **Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica. Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias.** 2006. 323 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006.

SOUZA, Washington P. A. de. **Teoria da constituição econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TURNER, Donald F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, **Harvard Law Review**, Vol. 75, No. 4 (Feb., 1962), pp. 655- 706.

VANBERG V.J. 2004, The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism. **Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics**, n. 04, 2011.