

## ANTITRUSTE E POLÍTICA INDUSTRIAL: A TUTELA DO MERCADO-INTERNO EM ECONOMIAS PERIFÉRICAS.

José Augusto Medeiros<sup>405</sup>

### RESUMO

O presente texto investiga os objetivos da defesa da concorrência em economias periféricas. A problemática do trabalho enfrenta a amplitude e os limites do *enforcement* concorrencial e da política industrial cogitando a tutela constitucional de um modelo específico de mercado. Para tanto, propõe-se uma reflexão crítica a partir da Constituição de 1988 e das definições de mercado e de concorrência por ela trazidos. A despeito dos debates já existentes, sustenta-se que a compreensão integral dos objetivos da defesa da concorrência, no caso brasileiro, necessariamente engloba a apreensão de uma ideia de mercado constitucionalizada, cujo âmbito de proteção abarca a dualidade desenvolvimento-subdesenvolvimento presente na história econômica. Ao final, defende-se que o modelo concorrencial adotado deve levar em conta os pressupostos constitucionais elencados ao longo do trabalho e não uma ideia apolítica ou a-constitucional de mercado.

**Palavras-chave:** Objetivos do antitruste. Mercado. Concorrência. Política industrial. Economias periféricas

### ABSTRACT

The present proposes a reflection about the objectives of the protection of competitions in peripheral economies. The main subject matter faces concerning the breadth and the limits of competitive enforcement and industrial policy, considering the constitutional protection of a specific market model. For this purpose, a critical and history reflection on the 1988 Constitution as well about the definitions of the market and the protection of competitions is proposed. In despite of the existing debates, the central hypothesis of this work arguments that the integral understanding of the objectives of the defense of competition, in the Brazilian case, necessarily entails the apprehension of a constitutionalised market idea, whose scope of protection encompasses the development-underdevelopment duality present in economic history. In the end, it is argued that the competitive model adopted must take into account the constitutional assumptions listed throughout the work and not an apolitical ou a-constitucional market idea.

**Keywords:** Antitrust goals. Market. Industrial policy. Peripheral economies.

Classificação JEL: K21 – Anitrust law.

---

<sup>405</sup> Doutorando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Ênfase de produção acadêmica nas áreas de Direito Econômico e Economia Política (Direito e Subdesenvolvimento), História do Direito Público, Direito da Concorrência e setores regulados. Advogado com experiência profissional em matérias de Direito Constitucional, Administrativo e Econômico da Concorrência, com destaque na elaboração de acordos e de defesas, bem como na estruturação de negócios em energia renovável, gás natural e no mercado de energia elétrica

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os objetivos do Antitruste: debates e inquietações; 2.1. A domesticação do poder econômico; 2.2. Algum sentido para as normas concorrenciais; 2.3. Aportes sobre o debate brasileiro. 3. Mercado e Capitalismo; 3.1. A ideia estrutural de mercado; 3.2. O conceito de mercado na Constituição de 1988. 4. Antitruste, proteção ao mercado e política industrial. 5. Considerações Finais.

## 1. Introdução.

Embora a proteção da concorrência seja tributária de construções teóricas confeccionadas ainda no século XIX, é apenas no século XX que, em razão de episódios mais complexos, o papel do Estado junto ao domínio econômico deixa de ser apenas de preservação do sistema vigente e se propõe transformador das estruturas econômicas. No âmbito do direito concorrencial, as diferentes concepções teóricas que advêm do debate entre maior ou menor dirigismo estatal não aparecem sem algumas tensões.

Um dos postos-chaves para a compreensão desse debate está relacionado aos valores que devem guiar a análise antitruste e sua relação com as políticas industriais. Criam-se, assim, temáticas que levam à reflexão sobre como as autoridades devem relacionar ou implementar o seu *enforcement*: ora na defesa do antitruste exclusivamente voltado para a proteção e a manutenção do livre-mercado e ora na defesa do antitruste também instrumentalizador de valores não diretamente econômicos e incentivadores do desenvolvimento econômico interno.

Tal problemática ganha maior complexidade quando trazida para o ambiente das economias periféricas. Nessas economias, a discussão a respeito da abrangência do poder econômico, da proteção do mercado e da promoção de políticas industriais atinge relevância constitucional e democrática, indicando que os temas não estão isolados. De um lado, há um cenário histórico que indica fortes tendências monopolísticas e, de outro, relações de concupiscências entre poder político e poder econômico.

O presente texto propõe analisar a amplitude e os limites do *enforcement* concorrencial tendo como base uma ideia de proteção de mercado constitucionalmente estruturada. A hipótese central defendida é de que a compreensão integral a respeito da interface entre os objetivos da defesa da concorrência e a promoção de políticas industriais, em economias periféricas, perpassa pela concepção de que inexistente separação entre *estado e*

*sociedade civil* ou entre esta e o *mercado*, como se esse último fosse apolítico ou a-constitucional.

O trabalho parte do pressuposto de que proteção do mercado, tal como definida pela Constituição de 1988, ao não cogitar a separação entre as figuras de Estado, sociedade civil e mercado, engloba os conflitos econômicos estruturais das economias periféricas, não podendo deles, portanto, ser afastada. Por conseguinte, a proteção à concorrência também abrangeria tais conflitos e se posicionaria como instrumento de política industrial.

Para tanto, num primeiro quadro, o trabalho contextualiza, a partir da óptica do controle do poder econômico, os debates acerca dos objetivos do antitruste. Em seguida, são elencadas algumas percepções a respeito do ambiente brasileiro e sua recepção ao movimento de internacionalização das regras antitruste. Na sequência, o texto endereça observações sobre a ideia de mercado presente na Constituição de 1988 e sua relevância para o direito concorrencial. Ao final, são relacionados alguns pontos a respeito da interface entre as políticas econômicas industrial e da concorrência.

## **2. Os Objetivos do Antitruste: debates e inquietações.**

### **2.1. A domesticação do poder econômico.**

As inovações legislativas e doutrinárias que criam e dão novos contornos ao direito econômico usualmente aparecem em momentos estratégicos de reestruturação do Estado. São inovações que resultam de leituras e de constantes readaptações subservientes a diferentes propósitos, ora assumindo a defesa de um Estado mais presente e ora tutelando uma estrutura de mercado menos dependente dos arranjos estatais. A criação e a constante revisão dos modelos de defesa da concorrência ilustram bem essa dinamicidade, cujo entendimento é mais bem percebido a partir da óptica de domesticação do poder econômico.

Do ponto de vista da teoria social, o objetivo precípua da proteção à concorrência está conectado à discussão sobre o poder econômico. A domesticação dessa espécie de poder pelo direito aparece como uma tentativa de limitar sua dissimulação por quem o detém e dele pode abusar, não apenas por meio do exercício da autoridade, mas e sobretudo, pela influência<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> A respeito da importância do poder como fenômeno social, ver, sobretudo, COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1977, pp. 1-32, para quem “*o poder não é só dominação, mas também influência*”.

Conforme observar Fabio Konder Comparato (2014), o poder econômico capitalista nasce fora do direito e a ele é submetido constringidamente, procurando sempre voltar para suas origens. Segundo o autor (2014), de tempos em tempos, o poder capitalista levanta as peias jurídicas criadas no curso histórico para limitar sua atuação e, em resposta, o direito lança uma nova solução.

Visto desse modo, o poder capitalista seria um poder de cunho ideológico e político. Político, porque sua estrutura e prosperidade dependeriam do Estado para se realizar. E ideológico em vista da forte influência que exerceria sobre as mentalidades coletivas. Decorre desse pressuposto a ideia de que os Estados modernos não negam o capitalismo. Ao contrário, ao seu modo, eles tutelam vários capitalisms que dependem de proteção jurídica e cujo objetivo é resguardar ao máximo um modelo ordenado de crescimento, situado no âmbito de um sistema específico de relações comerciais<sup>407</sup>.

A partir disso, a tutela da concorrência e suas variações podem ser vistas como desdobramentos de problemas relacionados ao controle do poder econômico. E, paralelamente, como estrutura particularizada nas relações comerciais estabelecidas no interior de um mercado específico. A proteção da concorrência, dessa perspectiva, aparece como instrumento jurídico criado e direcionado para a manutenção de condições particulares de mercado, no qual a liberdade econômica posiciona-se como bem a ser preservado frente ao abuso de poder econômico.

Em geral, as discussões jurídicas a respeito de qual o melhor modelo de regulação

---

Acerca da legitimação do poder e sua relação de confiança, ver, do mesmo autor: *Civilização e Poder in Estudos Avançados*. Vol. 25, n.º 72. São Paulo: maio/ago. de 2011, pp. 251-276; e *Poder Político e Capitalismo*. Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pp. 1115-1144. Para uma discussão mais aprofundada do poder e suas derivações, ver: GALBRAITH, J. Keneth. *Anatomia do Poder*. São Paulo: Pioneira, 1984.

<sup>407</sup> Sobre as relações entre capitalismo e Estado, conferir: BRAUDEL, Fernand. **A Dinâmica do Capitalismo**. Rio de Janeiro: 1987. O autor vê o capitalismo como uma “*zona de contramercado*” definida por transações individuais cujos termos variariam arbitrariamente segundo a situação respectiva do interessado. Segundo Braudel (1987), está presente no capitalismo, por excelência, uma relação promiscua com o Estado e a tendência comportamental de formação de monopólios. Nesse sentido, Braudel (1987, p. 49) sublinha: “*Será necessário dizer que esses capitalistas, tanto no Islã quanto na cristandade, são amigos do príncipe, aliados ou exportadores do Estado? Muito cedo, desde sempre, eles ultrapassam os limites ‘nacionais’*”. De acordo com Braudel (1987), o capitalismo é o reino do monopólio (a estrutura de mercado exatamente contrária à livre-concorrência, característica genuína do mercado). Ainda sobre o assunto, ver FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. Para este autor (1974), o traço mais característico do capitalismo estaria na necessidade de um Estado nacional ou multinacional, com a pretensão de estabelecer critérios de interesse geral disciplinador da atividade econômica. Celso Furtado (1974) indica um estreito vínculo entre o desenvolvimento e a proteção (ou incentivo) do mercado pelo Estado. No mesmo sentido, conferir: WALLERSTEIN, Immanuel. **The Rise and Future Demise of the World Capitalist System: Concepts for Comparative Analysis in The Capitalist World-Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983 e POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: as origens de nossa época**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

econômica permeiam, conseqüentemente, os seguintes pontos: *i*) identificar as estruturas de poder econômico; *ii*) limitar o (abuso do) poder econômico e *iii*) promover um crescimento ordenado sem distorções de mercado. A identificação desses eixos pode levar a diferentes percepções sobre qual o melhor mecanismo a ser utilizado para combater as formas de poder econômico e, paralelamente, promover o desenvolvimento do mercado.

A despeito da conformidade existente na literatura especializada sobre a necessidade de proteção ao mercado e de controle do poder econômico, a problemática central sobre o direito da concorrência reside em outro ponto, concernente à abrangência do *enforcement* implementado pelas autoridades reguladoras e ao quanto sua atuação deve ou não estar ligada à realização de políticas não econômicas (ou a objetivos não diretamente econômicos), como, por exemplo, as políticas industriais.

Do ponto de vista da história, num primeiro momento, o controle concorrencial é verificado no seio de ações intimamente vinculadas ao Estado e aos seus objetivos, sendo executado pelo próprio Estado. Nesse quadro, não é possível afirmar que existia um controle concorrencial propriamente dito, mas estruturas estatais que corresponderiam a inquietações sobre a segurança e previsibilidade vinculadas à noção de liberdade econômica (FORGIONI, 2016). A exigência era de um Estado que mantivesse certo nível de liberdade, independentemente de maiores complexidades de regulação<sup>408</sup>.

Num segundo momento, sobrevém o amadurecimento da proteção à concorrência e o gradativo deslocamento da regulação econômica para as mãos de autoridades independentes. A transferência da tarefa de proteção e domesticação do poder econômico em prol de uma ideia particular de mercado para as mãos de um terceiro cria preocupações democráticas. Tal desdobramento projeta um cenário no qual a autoridade reguladora tem que, gradativamente, lançar mão da inclusão de valores políticos ou não diretamente econômicos na sua agenda<sup>409</sup>.

Deste ponto, nascem os vários posicionamentos a respeito dos objetivos que devem guiar a análise antitruste e os modelos de mercado protegidos (HOVENKAMP, 1985;

---

<sup>408</sup> No quadro histórico que antecede a formação dos Estados modernos, por exemplo, os mercados eram percebidos como ilhas de regulação. Segundo Emma Rothschild (2003), eles significavam locais pré-formatados, estabelecidos pelos Estados ou impostos por estes aos comerciantes mais resistentes às regras definidas. Não por outra razão, Emma Rothschild (2003, p. 41) conceitua a noção de mercado da época como uma “ordem da qual os princípios podem ser subvertidos” conforme os interesses das forças de poder que compunham o governo. Para uma descrição a respeito das estratégias adotadas pela Grã-Bretanha, EUA, Alemanha e França no período, ver, sobretudo CHANG, Ha-Joon (2004, pp. 38-94).

<sup>409</sup> Sobre a ideia de políticas públicas e sua gradativa inserção nas constituições modernas, ver COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pp. 39-48.

FORGIONI, 2016): *seria a autoridade antitruste legítima para perseguir objetivos genericamente não-econômicos?; Estaria sua atuação restrita à análise de mercado? O que, de fato, levaria ao crescimento ordenado de mercado?* Longe de qualquer consenso, todas essas perguntas permeiam a discussão dos objetivos do antitruste durante décadas.

Em vista desse diagnóstico, pode-se afirmar que a temática da defesa da concorrência constitui-se de um ponto de inflexão tecnocrático<sup>410</sup>, intimamente relacionado à história econômica dos Estados e à história da construção dessas instituições. A força lógica dessa tecnocracia – que é repassada como instrumento jurídico para a autoridade antitruste – entrelaça-se com própria formação econômica cultural de estruturas estatais as quais, por meio dos seus ordenamentos jurídicos, simultaneamente submetem-se e resistem ao poder econômico. Com efeito, organizar a utilização do poder econômico de forma eficiente e reprimir seu abuso, por conseguinte, constituem ações que colocam lado a lado objetivos muitas vezes antagônicos.

## 2.2. Algum sentido para as normas concorrenciais.

O elo central da preocupação estatal com a concorrência está relacionado com a construção jurídica da ideia de mercado. O mercado é um instrumental necessário para a manutenção dos modernos sistemas econômicos. Trata-se de uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo posta pelo Estado moderno (ROSANVALLON, 2002; IRTI, 2013). O regramento do mercado é visto como mantenedor das estruturas econômico-sociais modernas em padrões de transparência e segurança, evitando que o “instrumento-mercado” eventualmente se torne “instrumento de poder”.

Não há dúvidas de que o direito concorrencial com referência a um ordenamento

---

<sup>410</sup> Paula A. Forgioni (2016) trabalha com a divisão de três momentos históricos. Para a autora (2017, p. 36), o primeiro período é embrionário e não se liga com a ideia de regulamentação da concorrência para a manutenção do sistema de produção. Ele pode ser percebido já a partir da antiguidade grega. O segundo período está vinculado à própria estruturação do Estado moderno e à implementação de mecanismos jurídicos para garantir maior liberdade econômica. Nessa fase, observa a autora (2016, p. 58), a noção de mercado deixa de ser relacionada apenas ao local ou à reunião de pessoas em torno de trocas, para fundir-se às ideias de concorrência e de liberdade econômica. O controle da concorrência, nessa etapa, é acentuado. Ele sai de um modelo marcado por um Estado meramente harmonizador dos conflitos, com o direito viabilizando a fluência das relações de mercado, e atinge a necessidade de reformulação propriamente dita do controle do poder econômico. Segundo a autora, inicialmente, não há nessa segunda fase maiores preocupações de controlar a concorrência ou o comportamento dos agentes econômicos por parte do Estado (FORGIONI, 2016, pp. 62-65). É somente num segundo instante, ocorrido entre as décadas de 1870 e 1920, que surge um sistema mais organizado de controle do poder econômico e das distorções. O principal marco é apontado pela autora é o *Sherman act*, de 1890. Após, o combate à cartelização acentua-se com o *Clayton act*, de 1914 e com a criação da Federal Trade Commission (FTC), no mesmo ano. O terceiro período aparece como uma reação a um contexto econômico mais complexo, marcado por duas grandes guerras e uma depressão econômica profunda. A partir de então, segundo a autora (2016, p. 77), as normas antitruste passam a ser vistas, também, como instrumento de implementação de políticas públicas.

jurídico é, sobretudo, uma criação do Estado moderno, cuja referência teórica principal e embrionária encontra-se nos grandes debates travados entre economistas e juristas no final do século XIX e início do século XX, momento que coincide com o alargamento da presença da indústria na sociedade (HOVEMKAMP, 2010; WU, 2018).

Já a discussão a respeito da inserção de políticas públicas no âmbito desse regramento coincide com o advento do Estado interventor<sup>411</sup>. Principalmente após as duas guerras mundiais e a crise econômica de 1929, a integração de setores promovida por incentivos estatais, com base nas ideias de Keynes e com a influência da Igreja Católica, intensifica propostas de direção da economia para fins não mais só de preservação, mas de condução a determinados objetivos de políticas públicas<sup>412</sup>.

Os modelos de atuação do Estado no domínio econômico, decorrentes dessa lógica, passam a ser amplamente questionados a partir da década de 1950<sup>413</sup>. É no período pós-guerras, entre as décadas de 1950 e 1960, especialmente nos Estados Unidos, que a tutela da concorrência começa a ser fortemente identificada como parte de uma democracia funcional, e, nesse sentido, como instrumento capaz de alcançar maior poder, influência e apoio político (WU, 2018). A partir daí, cresce o número de doutrinas que tentam compreender o padrão de comportamento dos agentes reguladores e os objetivos do direito concorrencial<sup>414</sup>.

As contribuições a respeito dos objetivos do antitruste, nas décadas seguintes, são principalmente formuladas pela Escola de Chicago e pela Escola de Harvard (ou estruturalista),

---

<sup>411</sup> Conforme sugerem Halévy (1990), Comparato (1968) e Stolleis (2004), a incapacidade do sistema para responder por si só às perturbações obrigou o Estado a disciplinar a economia em seu conjunto, muito disso por necessidades armamentícia numa economia bélica. O advento do Estado interventor estaria, conforme tais autores, diretamente ligados à adoção de instrumentos jurídicos para organizar a economia, induzindo-a para a guerra.

<sup>412</sup> A estruturação do sistema antitruste, após a década de 1930, principalmente nos EUA e na Europa, não esteve somente preocupada com o fato de que as leis antitruste poderiam facilitar o desenvolvimento econômico. Neste período, é constante a crença de que a proibição de monopólios e de formação de carteis seria essencial para a Democracia, prosperidade humana e, sobretudo, para a prevenção do despotismo recém experimentado. Essa crença está presente nos pensadores da Escola de Chicago, Harvard e, também, nos ordoliberalistas. A respeito do assunto, ver: WU, Tim. **The Curse of Bigness. Antitrust in The New Gilded Age**. New York: Columbia Global Reports, 2018, pp. 78-92; SKLAR, Martin. **The Corporate Reconstruction of American Capitalism 1860-1916**. New York: Syndicate of the University of Cambridge, 1988, pp. 78-178; LAMOREAUX, Naormi R. **The Great Merger Movement in American Business 1895-1904**. New York: Cambridge University Press, 1985, pp. 159-186.

<sup>413</sup> Sobre o assunto, ver, especialmente: SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993, e, do mesmo autor, O Constitucionalismo após o New Deal in MATTOS, Paulo (coord). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 136-146, e, também, WHITE, G. Edward. **The Constitution and the New Deal**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

<sup>414</sup> Acerca da influência da análise comportamental (behaviorismo) na origem das teorias regulatórias ver, principalmente, NOVAK, William J. Revisionist History of Regulatory Capture in CARPENTER, Daniel e MOSS, David (coord.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it**. The Tobin Project. Cambridge University Press, 2013.

numa espécie de contexto resultante do engessamento das regras antitruste. A Escola de Harvard parte do pressuposto que empresas com poder econômico tenderão a abusar desse poder por meio de condutas anticompetitivas. Os pensadores dessa escola se apoiam na ideia de que estruturas econômicas mais pulverizadas evitariam as disfunções de mercado provocadas pela concentração do poder econômico.

O domínio da escola de Harvard influencia de maneira decisiva a política governamental de concorrência com base na premissa de que a concentração econômica teria fortes impactos negativos para a estruturação da economia. Herbert Hovenkamp (2010) ressalta que as bases da Escola de Harvard concentravam-se na teoria rígida de oligopólio de Cournot<sup>415</sup>, nutrindo as teses sobre barreiras e impedimentos à entrada no mercado e uma crença de que certos tipos de condutas anticoncorrenciais seriam mais ou menos inevitáveis dada uma estrutura de mercado. Como resultado, segundo Hovenkamp (2010), a melhor saída para a Escola de Harvard, seria perseguir as estruturas, ao passo que as condutas cuidariam de si mesmas.

As maiores críticas às justificativas da regulação econômica direcionada ao combate do poder econômico e à promoção do bem-estar geral são formuladas pela Escola de Chicago<sup>416</sup>. A ideia central dessa escola reside na defesa do menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Para os autores dessa escola, o antitruste, ao buscar a concorrência combatendo as concentrações econômicas, em verdade, destruiria a própria concorrência, cujo jogo deveria se resolver livre das amarras do Estado.

As teorias que surgem desse contexto chamam a atenção para o fato de que a proteção da concorrência, como até então praticada, estaria sendo má interpretada. Para um dos seus maiores pensadores, Robert Bork (1965), por exemplo, a visão da defesa da concorrência estaria sendo deturpada pela intenção do governo em defender pequenos empresários da grande onda de concentrações. A legislação antitruste, para tal autor, seria anticompetitiva.

Bork (1965) defende um direito antitruste como mecanismo exclusivo de proteção e de manutenção do livre mercado e suas estruturas. Assim como em Richard Posner, a principal tese do pensamento de Bork e do movimento que surge da Escola de Chicago apoia-se na eficiência produtiva como fator legitimante para a obtenção ou manutenção de posições

---

<sup>415</sup> Antoine Augustin Cournot (1801-1877).

<sup>416</sup> A respeito do pensamento da Escola de Chicago ver, sobretudo, BORK, R. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy**. Columbia L. Rev. 365, 1965, e HOVENKAMP, Herbert J. **Antitrust Policy After Chicago**. University of Pennsylvania Law School. Penn Law: Legal Scholarship Repository Faculty Scholarship, 1985 e FORGIONI, Paula (2016)

dominantes. O sentido das normas antitruste seria o de maximização da eficiência econômica. Qualquer norma concorrencial que objetive outros fins aparece como inadequada. Para Tim Wu (2018), o ataque de Bork ao antitruste aparece como uma espécie de reencarnação do *laissez-faire*, porém, sem a roupagem do darwinismo social e com um culto menos evidente ao monopólio.

A ascensão da visão mais economicista do direito antitruste estabelece um premissa antes não enfrentada: se a empresa é grande é porque ela é eficiente e suas estratégias seriam, portanto, cada vez mais pautadas nas reduções de custos. Combater esse crescimento significaria, portanto, combater a eficiência. O poder econômico, dessa perspectiva, não seria, *prima facie*, um problema. No que diz respeito ao desenvolvimento industrial, a Escola de Chicago orienta-se pelo argumento schumpeteriano de que o crescimento do poder econômico incentivaria a inovação industrial e tecnológica.

O desenvolvimento da ideia de eficiência econômica chega a propor que o direito antitruste teria sido cegado pelo “*medo da grandeza*”. Orbach e Rebling (2012), mais recentemente, sugerem que o receio da grandeza teria moldado e confundido percepções analíticas do antitruste. Para os autores, as medidas restritivas à concorrência implementadas pelos tribunais com base apenas o aspecto de grandeza equivaleria a uma esquisitice doutrinária e feriria flagrantemente a eficiência.

Herbert J. Hovenkamp (2010) segue a mesma linha de entendimento ao propor que o tamanho das empresas não necessariamente deve ser tomado como um problema e, portanto, não deveria receber atenção especial do direito antitruste. Segundo Hovenkamp (2010), o bem estar do consumidor seria o único parâmetro razoável que o antitruste poderia se comprometer a efetivar. As consequências econômicas e os efeitos sócio-políticos não entrariam como pauta da agenda antitruste.

Outros autores, entretanto, veem na complexidade das estruturas econômicas problemas sociais que reclamam por políticas concorrenciais mais abrangentes do que aquelas exclusivamente baseadas em meras análises econômicas. Para tais autores, as políticas concorrenciais não poderiam se afastar das peculiaridades contextuais em que estão envolvidas. De modo geral, tais autores se apoiam suas afirmações em interpretações sobre as origens históricas do antitruste.

Robert Pitofsky (1979), por exemplo, sustenta que excluir fatores não-econômicos da análise antitruste seria falaciosos e ignoraria o próprio sentido original das leis antitrustes. Segundo o autor (1979), desde o *Sherman Act*, o direito antitruste nutre preocupações a respeito

do poder econômico, não excluindo a inserção de outros valores.

Carl T. Bogus (2015) observa que a política antitruste moderna teria sofrido uma mudança. Segundo o autor, ao invés de se preocupar exclusivamente com o bem-estar do consumidor, o direito antitruste também passou a se preocupar com o poder econômico consolidado. A partir dessa premissa, Bogus (2015) observa que as autoridades antitruste e os tribunais devem considerar, além dos efeitos econômicos, as consequências sociais e políticas das concentrações.

Assim como Pitofsky (1979), Bogus (2015) compreende que o antitruste como ferramenta para limitar o poder econômico teria um legado histórico venerável que se estenderia às origens do direito antitruste. Bogus (2015) também critica o que ele denomina de consenso criado pela Escola de Chicago, no sentido de que as normas antitruste deveriam se preocupar apenas com o bem estar do consumidor. O resultado prático dessa conformação de visão, segundo Bogus (2015), pode ser visto na diminuição da inovação, no aumento do clientelismo corporativo e na diminuição da liberdade dos cidadãos.

Tim Wu (2018) refere-se ao movimento de monopolização como um movimento que surge da pouca ou relapsa preocupação que se deu ao tema. Para o professor da Columbia University, a história sugere que a tolerância com a desigualdade e as falhas em controlar grandes concentrações econômicas projetaram o crescimento do populismo, do extremismo político e do nacionalismo. Segundo o referido autor, o direito teve papel preponderante nessa construção, na medida em que as normas antitruste tornaram-se normas de instrumento para os trustes, abandonando desde cedo o “*anti*”.

A discussão fomentada por esses pensadores possibilita a projeção de cenários a respeito dos fundamentos econômicos e jurídicos utilizados das decisões regulatórias, bem como sobre os eventuais custos sociais e econômicos que cada decisão imputaria à sociedade ou aos regulados. É possível consignar que existem espaços interpretativos sobre a produção dos efeitos de uma ou outra decisão, restando a seguinte questão: como equacionar a adoção de alguns objetivos sem prejudicar outros?

Além disso, os textos também indicam a constante preocupação dos debates acerca do controle do poder econômico e, conseqüentemente, sobre o poder político das grandes corporações. As crises do capitalismo, assim, revelam não mais apenas uma inquietação

governamental, mas, também, um problema de democracia<sup>417</sup>. Muito disso pode ser percebido pelo contraste entre as estruturas nacionais (domésticas) e internacionais.

O atual modelo brasileiro de política concorrencial absorve um pouco de tudo isso. Sua reformulação, na década de 1990, é projetada com base no movimento de internacionalização das regras antitruste<sup>418</sup>. Conseqüentemente, o debate sobre o sentido das normas concorrenciais posto pelas economias centrais não é abandonado. Mais do que isso, o ambiente brasileiro contempla as especificidades de sua própria formação econômica: uma estrutura que intercala resquícios de monopólio colonial com a tentativa de proteção de um livre-mercado em moldes alegadamente modernos e internacionalizados.

### 2.3. Aportes sobre o debate brasileiro.

A compreensão do sentido das normas antitruste no Brasil requer que o processo de estruturação do direito concorrencial brasileiro seja visto a partir de dois vieses: como produto da internacionalização das regras antitruste ocorrida no período e como desdobramento de um movimento interno já existente<sup>419</sup>. Assim, ao lado da projeção de perspectivas históricas, a releitura do fenômeno da internacionalização e da recepção do antitruste por países subdesenvolvidos apresenta-se como fator determinante para decifrar os atuais desafios impostos à área.

Para Calixto Salomão Filho (2012), a compreensão do significado e a definição da

---

<sup>417</sup> A preocupação a respeito do resgate ou de uma reconciliação do antitruste com as políticas industriais, como questão ligada à democracia, pode ser vista em DELGADO, Juan. **Competition Policy and Industrial Policy: Time for Reconciliation**. December 31, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2593958> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2593958>. Acessado em julho de 2018. De acordo com o autor, as recentes crises econômicas e financeiras mostraram que os governos carecem de instrumentos de política para aumentar o crescimento e ajudar a economia a se recuperar. Uma enorme quantidade de fundos estatais foi dedicada ao resgate de bancos com problemas, seguindo em muitos casos o raciocínio da política industrial convencional e distorcendo o campo competitivo de igualdade. Não há muito apoio disponível para o resto da economia. Para o autor, a política de concorrência contribui para melhorar a atribuição de recursos na economia, para promover a inovação, aumentar o crescimento e para aumentar produtividade. Enquanto a política industrial também pode aumentar o crescimento sem comprometer a concorrência através do apoio de atividades que revertam efeitos positivos para o resto da economia.

<sup>418</sup> Para uma análise crítica a respeito da absorção das regras antitruste pelo ordenamento jurídico brasileiro neste período ver, por todos, MACHADO CABRAL, Mario André. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. Dissertação (Doutorado em Direito Econômico e Economia Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. 292 p. Texto gentilmente cedido pelo autor.

<sup>419</sup> Nesse sentido ver RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert *in* **A Regulação da Concorrência**. 2013, p. 11. Disponível em [http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20), acessado em julho de 2018. Segundo o autor, “*embora a legislação de concorrência exista no Brasil desde a década de 1960, o fato é que o assunto somente entrou na pauta governamental como algo importante a partir da promulgação da recém-revogada lei 8.884/94, dentro de uma perspectiva de liberalização de mercados e, portanto, como estratégia de redução de intervenção estatal (ao contrário da sua origem, nos Estados Unidos e no Canadá)*”.

aplicação das normas concorrenciais não são alcançadas apenas com a afirmação da sua natureza constitucional econômica. Seria preciso, também, segundo o autor, questionar a respeito do sentido dessas normas. Calixto S. Filho (2012) observa que é na resposta a esse questionamento que se encontra a mais importante divergência teórica do antitruste. Essa perspectiva, se aplicada ao caso brasileiro, denota alguns pontos de relevância.

Em primeiro lugar, não há dúvida alguma de que a proteção à concorrência e ao mercado foi devidamente consolidada em nível constitucional. A estrutura embrionária de conformação da concorrência existente no Brasil desde a década de 1930 foi absorvida pela Constituição de 1988 e o mercado foi elevado ao patamar de patrimônio nacional<sup>420</sup>. Em segundo lugar, é preciso anotar que a reformulação da estrutura concorrencial brasileira, na década de 1990, se por um lado demonstra o amadurecimento daquilo que já havia sido por aqui construído, de outro, representa um desdobramento direto do movimento internacional de padronização das regras antitruste.

O crescimento da adoção de legislação antitruste por países em desenvolvimento, durante a década de 1990, deriva de uma série de fatores que vão desde a implementação de acordos internacionais assumidos pelos países até a exigência de adoção (de leis antitrustes) como condição para a assinatura de acordos de livre comércio, passando pela influência de advogados, economistas e legisladores (WAKED (2016).

O papel das organizações internacionais, segundo a autora (2016), teria sido fundamental na tarefa de internacionalização das regras antitruste, sobretudo a partir da retórica de que a adoção de leis antitruste seria o elo faltante para garantir o crescimento e o desenvolvimento econômicos iniciados com a reformulação das políticas protecionistas que tais países passaram a abandonar no início dos anos noventa. As leis antitrustes, na lógica vendida pelos organismos internacionais, seriam indispensáveis para as reformas econômicas<sup>421</sup>.

Alguns objetivos esperados pela adoção de leis antitruste, no entanto, não teriam sido alcançados. Para Dina I. Waked (2016), os países que receberam a padronização

---

<sup>420</sup> A respeito do assunto, ver especialmente: BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO; BITTAR, EDUARDO CARLOS BIANCA. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. pp. 449–468.

<sup>421</sup> Dina I. Waked (2016) observa que a influência exercida pelos organismos internacionais não se deu, entretanto, apenas pela ilustração da relação positiva entre adoção de leis antitruste e o desenvolvimento. Várias instituições financeiras internacionais, como por exemplo o FMI e a Associação Internacional do Desenvolvimento (IDA), passaram a considerar a adoção de leis antitruste como fator de avaliação dos riscos para conceder empréstimos. Do mesmo modo, as Nações Unidas e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico teriam desempenhado papel preponderante de internacionalização ao adotar procedimentos extralegais, como “códigos de conduta” destinados a prevenir práticas anticompetitivas (WAKED, 2016).

internacional teriam se preocupado pouco com estudos referentes à relação estabelecida entre a aplicação das leis da concorrência e o desenvolvimento. De acordo com a autora (2016), esse modelo de referência seria essencial para discernir os verdadeiros desafios a respeito do antitruste como instrumento para o desenvolvimento.

A partir desse enfoque, Dina I. Waked (2016) observa que os países subdesenvolvidos, ao importar legislações antitruste, não teriam levado em conta a evolução que as respectivas legislações enfrentaram nos seus países de origem. A transposição de ideias fora do lugar teria sido determinante para a má adaptação da legislação, gerando custos desnecessários.

Calixto Salomão (2009) delimita essa problemática com o olhar voltado para os problemas estruturais do sistema econômico periférico. Para o autor, o fenômeno do subdesenvolvimento e suas consequências seriam resultado direto da concentração estrutural de poder econômico. O direito antitruste da atualidade, sugere ele, estaria paralisado. Por influência das teorias “pós-Chicago”, a proteção à concorrência, no Brasil, teria sido crescentemente relegada a um tratamento meramente prático e casuístico, cuja interpretação partiria da ideia de eficiência. Países como o Brasil, observa Calixto Salomão (2009), cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a um modelo de concentração econômica histórica e estrutural, não podem aplicar direta e acriticamente teorias importadas.

A solução, segundo o autor, partiria de dois eixos: das discussões em torno da economia de informação e do debate sobre as modificações do antitruste em países em desenvolvimento com o passado colonial. Mais recentemente, Calixto Salomão acrescentou à sua análise o diagnóstico de que, assim como em outras esferas, no âmbito econômico, o direito teria sucumbido mais e mais aos desígnios econômicos e suas versões teóricas mais simplistas. As pressões dos interesses econômicos, de acordo com o autor, teriam transformado o país num verdadeiro “*paraíso de Bork*”<sup>422</sup>.

Como conteúdo, a teoria estruturalista sugerida pelo autor (2012b)<sup>423</sup> desloca o eixo de análise – de dependência externa como causa principal da condição de subdesenvolvimento – para o exame das estruturas internas criadas por herança colonial (de dependência), a partir

---

<sup>422</sup> Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/fac-simile/2018/08/23/>

<sup>423</sup> A metodologia estruturalista adotada pelo autor aponta a ideia de estruturalismo jurídico que propõe que as estruturas são formadas historicamente e, conseqüentemente, desestabilizadoras do sistema jurídico, na medida em que levam à determinação das normas de conduta por padrões de poder e não por valores. Para o autor, é da identificação das estruturas jurídicas e econômicas e de sua formação histórica que se origina a possibilidade de reconstrução do direito. Para Calixto Salomão Filho (2012b, p. 541), o “novo estruturalismo jurídico” propicia a percepção crítica de que as estruturas – ao legitimarem um “não direito” – opõem-se à ideia de organização jurídica das relações sociais.

do qual devem ser identificados os problemas a serem resolvidos. Essa análise leva o autor a questionar a finalidade do direito antitruste como instrumento de organização social e não apenas de método de aplicação prática, conforme propagado pela padronização do movimento de internacionalização.

A estruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, nos quatro anos seguintes à publicação da Lei 12.529/2011 parece representar bem o aspecto dialético ao qual estão submetidas às agendas antitrustes dos países subdesenvolvidos. Segundo Vinicius Marques de Carvalho (2015), seria possível analisar a formação concorrencial (institucional e política) dos países de duas maneiras: pela ótica dos desvios em relação aos parâmetros internacionais (*best practices*); ou pelo resultado de um processo histórico de escolhas para um determinado tipo de sociedade (*better practices*).

Vinicius Marques de Carvalho (2015) defende que, na definição de sua política de defesa da concorrência, o Brasil teria apostado no método de construção de práticas mais adequadas – *better practices* –, levando em conta, porém, a experiência internacional das *best practices*. Para o autor (2015), o Brasil teria feito uma aposta clara no processo de autonomização, buscando isolar ou blindar a autoridade antitruste da interação com outras políticas públicas e evitando, também, a absorção de valores atípicos à missão institucional do CADE.

Nesse quadro, em algumas situações, a autonomização da autoridade antitruste se revelaria coerente e benéfica para os objetivos da política concorrencial, em outras, a autonomização causaria um descolamento nem sempre positivo de outras políticas estatais ou, ainda, não seria suficiente. Em razão desse cenário dialético, durante a implementação da política de defesa da concorrência nos primeiros anos subsequentes à Lei 12.529/2011, teria surgido, segundo Vinicius Carvalho (2015), a necessidade cotidiana de interação e coordenação do CADE com outros órgãos. Assim, o CADE teria se reinventado e adotado algumas estratégias que ora reforçaram a autonomia da política de defesa da concorrência e ora construíram pontes com outros órgãos.

No entanto, o excesso de isolamento poderia, por um lado, dar vazão a certo pragmatismo tolo que supervalorizaria a ação cotidiana da autoridade antitruste e demonstraria a autonomia da política de defesa da concorrência com relação a outras políticas. De outro lado, a tentativa de buscar um menor descolamento, com o aumento da interdependência e coordenação da autoridade antitruste com outras políticas, poderia acarretar numa espécie de ceticismo inoperante (CARVALHO, 2015).

O futuro da defesa da concorrência no Brasil, segundo Vinicius Marques de Carvalho (2015), estaria cada vez mais atrelado à capacidade de influenciar ativamente e reagir aos estímulos de outras políticas estatais para uma maior coordenação e cooperação. O sucesso da unificação das regras antitruste dependeria, assim, quase que com exclusividade da interação entre as autoridades e colocaria, de um lado, a necessidade de convergência das regras aplicadas e, de outro, a delimitação fronteirista da soberania dos Estados.

Paula A. Forgioni (2016) observa que, num país com dimensões continentais e com acentuada ebulição econômica, como o Brasil, o antitruste não pode ser tomado como mero exercício tecnocrata, em que todos os participantes concordam sobre os objetivos e os padrões a serem implementados. A experiência estrangeira, segundo Forgioni (2016), não pode ser adotada como linha mestra das decisões aqui tomadas. Cada economia detém suas particularidades e sua própria tradição, de modo que seu ordenamento jurídico, com seus diversos princípios conformadores, não pode ser ignorado.

É seguro afirmar, portanto, que o debate brasileiro mais recente reconhece e engloba o antagonismo presente nas várias teorias econômicas da regulação, mas não ignora a realidade do contexto que está inserido. A própria formatação do Sistema Brasileiro de Concorrência (SBDC), estruturado pela Lei 12.529 de 2011, não deixa de lado tal tensão. É do seu texto, por exemplo, que a finalidade do SBDC é orientada pelos ditames da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico, conforme a previsão do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

O bem jurídico protegido pela Lei 12.529 de 2011, segundo o seu texto, é a coletividade brasileira. Isso não se dá tão somente pela redação do parágrafo único, do art. 1.º, da mencionada lei, mas, especialmente, pela disposição constitucional contida no art. 219 da Constituição Federal, a qual transforma o mercado em patrimônio nacional que deve ser incentivado para o desenvolvimento socioeconômico e o bem estar da população. Esse quadro revela o caráter ambivalente e de alocação de interesses que permeia os fundamentos jurídicos e define os objetivos da proteção concorrencial no Brasil. Qualquer função que se empreste ao direito concorrencial necessariamente dialogará com um ambiente caracterizado pela naturalização do poder econômico e pela necessidade de modificações das econômicas nacionais.

### 3. Mercado e Capitalismo.

#### 3.1. A ideia estrutural de mercado.

Não raramente, a literatura especializada vê o mercado como meta a ser atingida. Um modelo utópico que deve ser alcançado pela conformação constante das regras a ele endereçadas, cuja finalidade é atingir um ideal de concorrência perfeita. Desde as discussões a respeito do tratamento dos monopólios, passando pela estruturação jurídica dos serviços públicos, pelo estudo os instrumentos de atuação do Estado na economia, pela regulamentação do setor financeiro e pela conformação dos objetivos do antitruste, o ponto central dos debates tangencia o mesmo ponto: o mercado ideal.

A complexidade inserta no desenvolvimento da sociedade, entretanto, distingue-se frontalmente dessa percepção evolutiva, na qual o mercado é visto como fim em si mesmo e cuja trajetória histórica seria linear. A formação da sociedade é relativa e histórica. Com efeito, a noção de mercado e o que dela deriva devem ser apreendidos a partir desse relativismo e dessa historicidade. O que se assume como bem jurídico protegido (o mercado tutelado) necessariamente decorre dessa lógica. Assim, a pretensão de identificar um sentido para o antitruste nas economias periféricas deve levar em consideração não somente as estruturas tradicionais dessas economias, mas, também, como o mercado é por elas institucionalmente percebido<sup>424</sup> e juridicamente construído.

---

<sup>424</sup> A discussão sobre o papel e a influência do mercado na sociedade não é nova ou sequer simples. A temática é tratada nas mais diversas áreas e pelas mais variadas perspectivas, como, por exemplo, na sociologia econômica ou no novo institucionalismo. Diante disso, é importante posicionar o leitor no sentido de que o presente texto não ignora outras possíveis formas de análise ou mesmo tem a pretensão de esgotar o assunto. Quer-se, aqui, apenas estabelecer um roteiro de pesquisa. Em vista dessa complexidade, assume-se a premissa de que as ciências sociais e jurídicas se posicionam de modo distinto a respeito do conhecimento. Entende-se que, para o direito, o conhecimento é especialmente valorativo. Isto é, o direito se apropria de fatos sociais, reconhece-os e lhes atribui valor jurídico. Aplicada ao tema ora analisado, essa premissa revela que, embora o mercado tenha surgido no seio de transformações e provocações sociais (empíricas, portanto), o direito, ao longo da história, apropria-se dessa ideia e a transforma em modelo de organização. Dentre outras conclusões, isso revelaria que a formatação do mercado é jurídica. Em outras palavras, é o tratamento jurídico da ideia de mercado que pode lhe conferir finalidades, não o contrário. Neste texto, ao lançar mão da história das categorias, objetiva-se, portanto, apenas tentar compreender como é estruturada a dinâmica da relação entre *criação social* e *representação jurídica*. A respeito do mercado na sociologia econômica, ver, por todos: SWEDBERG, Richard. **Max Weber and the idea of Economic Sociology**. Princeton. New Jersey: Princeton University Press, 1998; e FLIGSTEIN, Neil and CALDER, Ryan. *Architecture of Markets in Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences*. Edited by Robert Scott and Stephan Kosslyn, 2015 John Wiley & Sons, disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/sites/default/files/faculty/fligstein/architecture%20of%20market%20Calder%20Trends.pdf>, acessado em 4 de dezembro de 2018. Sobre o novo institucionalismo ou o tratamento institucional do mercado, ver, DEMSETZ, Harold. *A Theory of Property Rights in The American Economic Review*, Vol. 57, N°. Papers and Proceedings of the Seventy-ninth. Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1967), pp. 347-359; disponível em:

No que diz respeito ao aspecto da relatividade, parece ser importante perceber que, como estrutura, o mercado não figura como uma representação econômica e social isolada no espaço. Existem outras manifestações socioeconômicas que se posicionam ao seu lado. O caráter de relatividade engloba, portanto, a relação do mercado com a estrutura interna da economia e a relação do mercado (interno) com as estruturas econômicas internacionais. Talvez o pensador que melhor demonstre esse caráter relacional e dinâmico das estruturas econômicas seja Ferdinand Braudel<sup>425</sup>.

Do ponto de vista da história econômica, sobretudo do Brasil, o mercado pode ser percebido como elo ou instrumento fundamental para o desenvolvimento econômico. O contraste provocado na relação estabelecida pelos ciclos econômicos brasileiros e aquele experimentado pelas economias industrializadas é fundamental para entender o sentido da noção de mercado para o país. Uma análise da literatura permite observar uma preocupação com a estruturação do mercado e, respectivamente, com o seu reflexo para o desenvolvimento econômico do país.

Nas análises de Caio Prado Jr (1981), por exemplo, o mercado brasileiro não seria apenas quantitativamente acanhado, mas, sobretudo mal disposto e coordenado por efeito da defeituosa e dual estruturação da economia nacional. Seria um modelo de mercado que não se apoia ou articula nas necessidades e atividades essenciais da população brasileira. Tal fenômeno derivaria, segundo o autor, do sentido do capitalismo brasileiro. Na análise de Caio Prado Jr. (1966), o Brasil seria uma derivação das estruturas culturais coloniais. Por conseguinte, ele seria dotado de um capitalismo próprio, igualmente derivado das estruturas econômicas do período colonial. Os processos de industrialização e de formação do capitalismo brasileiro, dessa perspectiva, podem ser simultaneamente compreendidos como o fiel resultado do sentido da colonização e da transformação dessa estrutura econômica (colonial)<sup>426</sup>.

---

[https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz\\_Property\\_Rights.pdf](https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz_Property_Rights.pdf); e, também: DAHLMAN, Carl J. **On Property Rights, Transaction Costs, and Economic Institutions**. Disponível em: [journals.lub.lu.se/index.php/st/article/download/3164/2747](http://journals.lub.lu.se/index.php/st/article/download/3164/2747), acessado em 4 de dezembro de 2018. Sobre os aspectos jurídicos do mercado, conferir, por todos, IRTI, Natalino. **L' ordine giuridico del mercato**. Laterza, 2004.

<sup>425</sup> A economia-mundo capitalista pode, a partir de Braudel, ser definida como – centro, zonas secundárias e enormes margens exteriores. A absorção ou não de uma zona (pelo sistema de mercado), segundo o autor, está diretamente ligada à expansão da atividade dos polos urbanos. A economia, na perspectiva proposta por Braudel, seria constituída de um encaixe de estruturas. A economia mundo seria um centro. A economia-mundo é definida pelo autor a partir do que ele denomina de “tríplice realidade”: “*ela ocupa um espaço geográfico dado; portanto, tem limites que a explicam e que variam, embora com uma certa lentidão; “ela aceita sempre um polo, um centro, representando por uma cidade dominante (uma capital); toda economia-mundo se reparte em zonas sucessivas* (BRAUDEL, 1987, pp. 68-69).

<sup>426</sup> A ideia central do pensamento caiopradiano é de que a formação econômica do Brasil com a industrialização é ambivalente: de um lado, ele se apresenta como um grande passo para a transformação da estrutura econômica –

A condição de uma economia baseada em contradições, para Caio Prado Jr. (1981), abre espaço para que o mercado seja absorvido pelos interesses internacionais e, conseqüentemente, os vícios de origem da formação brasileira sejam reforçados. Segundo o autor (1981), os empreendimentos estrangeiros que se instalam no Brasil têm como objetivo central conservar e expandir um mercado que já era deles. Com efeito, a tendência é que eles se ergam, sempre, como obstáculos às iniciativas nacionais que possam com eles concorrer.

Em Celso Furtado, o mercado ganha relevância muito semelhante. Para o autor (2000), o processo de industrialização das economias periféricas foi um mero reflexo da dinâmica de internacionalização e abertura das exportações. Com isso, o mercado dessas economias não foi estruturado numa forma capaz de gerar seu próprio crescimento. Ao contrário, segundo Furtado (1974), a experiência histórica indicaria que a industrialização das economias periféricas tende a se estancar quando alcança certos limites<sup>427</sup>.

Celso Furtado (1974) sugere que o traço mais característico do capitalismo estaria na necessidade de um Estado nacional ou multinacional, com a pretensão de estabelecer critérios de interesse geral disciplinador da atividade econômica. Há, no pensamento de Celso Furtado, a indicação de um estreito vínculo entre o desenvolvimento e a proteção (ou incentivo) do mercado pelo Estado.<sup>428</sup> Para este autor (1974; 2000), é a maior ou menor disposição para realizar as transformações tecnológicas que vai determinar a amplitude do poder econômico (de mercado). Em razão da forma como se articulam com a economia internacional, somente uma acentuada coordenação das economias dos países periféricos, no seu plano interno, pode promover um real processo de transformação econômica (FURTADO, 1974).

Calixto Salomão Filho (2012) considera que a dinâmica da internacionalização do

---

destruindo o sistema colonial – de outro lado, no entanto, ele ainda mantém esse sistema e alimenta-se de suas contradições.

<sup>427</sup> Mesmo quando tais economias se reestruturam no cenário mundial – após as duas guerras mundiais e a depressão econômica de 1929 –, por meio da formação da indústria de substituição – como é o caso do Brasil –, não é possível identificar uma mudança qualitativa. Segundo Celso Furtado (2000), nesse processo, as indústrias de insumos básicos de equipamentos e tecnologia continuaram nas economias periféricas e, sobretudo, tal transformação não provocou uma mudança significativa nas estruturas sociais.

<sup>428</sup> Isso fica evidente, por exemplo, quando o autor (2006) lança seu olhar a respeito da comparação de desenvolvimento experimentada por Brasil e Estados Unidos na primeira fase do séc. XIX. A mesma desmistificação pode ser vista em BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Invertida: a Suprema Corte Americana no Combate à ampliação da Democracia**. São Paulo: Lua Nova, 2003, para quem “*a economia norte-americana sempre teria se desenvolvido com forte presença, direta e indireta do Estado. O comércio, as trocas, a economia como um todo são setores definidos e estruturados politicamente por meio do direito. O mercado é uma criação humana, histórica e politicamente figurada, especialmente no caso norte-americano [...]*”. No mesmo sentido, ver SCHRIFTGIESSER, Karl. **Estado e a Empresa**. São Paulo: Lidador, 1964 e BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921.

capitalismo deve levar em conta a progressão das estruturas monopolistas. Segundo o autor, existe uma progressão natural das companhias, as quais tendem a procurar novos mercados no qual a competição não seja tão feroz e onde os lucros monopolistas ainda podem ser extraídos. Um dos fatores fundamentais para essa progressão, segundo o autor (2012), estaria no custo da mão de obra e, dentre os efeitos, estariam o desemprego criado por fusões ou deslocamento de empresas. Além disso, Calixto Salomão Filho (2012) sugere que a internacionalização dos monopólios aprofundaria a dominação geral sobre a tecnologia e informação, colaborando para a formação de monopólios globais que antes não poderiam ser sequer imaginados.

A leitura desses autores indica que as estruturas econômicas modernas dependem da proteção jurídica do mercado e de um planejamento mínimo de desenvolvimento. Se por um lado o mercado dever ser protegido do capitalismo (*contramercado*)<sup>429</sup>, de outro, ele assume feição transformadora. Além de ser protegido ele deve ser direcionado. A coordenação de mercado revela-se, a partir disso, como papel preponderante para as economias periféricas, haja vista que é a sua proteção e orientação que podem definir o interesse local e articular novas formas de processo evolutivo da economia.

Pode-se dizer que é a conformação que se empresta à ideia de mercado que define o modo pelo qual as atividades econômicas são estabelecidas, bem como a forma pela qual a sociedade se organiza em torno do respectivo sistema que surge dessa interação. A sociedade civil, assim, pode ser percebida não só como autora nessa equação, mas, também, como elemento ciclicamente formatado a partir do mercado. O direito, nesse recorte, surge como produto cultural que serve ora como ferramenta de manutenção dessa lógica ou ora como instrumento de transformação das estruturas econômicas.

### **3.2. O Mercado na Constituição de 1988**

Ao se referir diretamente ao desenvolvimento, a constituição não reconhece o subdesenvolvimento como etapa prévia àquele. Ao contrário, amparado e produzido pela cultura presente na história econômica, o texto constitucional reconhece que é na mudança estrutural da economia que reside a chave para a transformação socioeconômica. Em seu art. 170, I, a Constituição faz referência expressa à soberania econômica<sup>430</sup>. Tal orientação, segundo

---

429

<sup>430</sup> A soberania econômica, de acordo com Gilberto Bercovici (2011), tem como objetivo viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional.

Bercovici (2011), tem como finalidade última garantir o desenvolvimento nacional, conforme expresso no art. 3.º. Embora expressamente prevista no art. 170, I, a soberania econômica não se limita a esse dispositivo constitucional (BERCOVICI, 2011; GRAU 2007).

A previsão do mercado interno, inserta no art. 219 da Constituição, deve ser compreendida neste espaço interpretativo. Historicamente, segundo Bercovici (2009), a inclusão dos dispositivos constitucionais referentes à política nacional e tecnológica e à proteção ao mercado interno (presentes nos arts. 218 e 219 da Constituição) deve-se à disputa política que existia em torno da Lei de Informática e o debate sobre a autonomia tecnológica do país<sup>431</sup>. Para referido autor (2011), a inclusão do mercado como patrimônio nacional implica valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro.

Embora a previsão contida no mencionado artigo não seja estranha aos movimentos da sua época, é preciso compreender desde logo que a instrumentalização do mercado pela Constituição de 1988 se diferencia consideravelmente de outras experiências, como, por exemplo, a europeia<sup>432</sup>. A lógica adotada pela Constituição de 1988 deve ser buscada no quadro econômico das décadas que a antecedem. Sobretudo nas análises cepalianas das décadas 1950 e 1960 que diagnosticam o subdesenvolvimento do Brasil como uma condição de assimetria de estruturas econômicas.

A diagnose de que a economia estava desestruturada e, portanto, não atrasada, é refletida na ilação de que a superação do subdesenvolvimento somente ocorreria por meio de um processo que equacionasse a industrialização, com planejamento conduzido pelo Estado e com a conjugação de uma reforma agrária. De uma política econômica desenvolvimentista, portanto, cujo maior objetivo é a libertação do Brasil de suas raízes coloniais. Tais premissas são reconhecidas pela Constituição de 1988<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> A respeito do assunto, ver também GRAU, Eros. Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 179**, p. 241-244, 2008.

<sup>432</sup> Nesse sentido, ver, por todos, MICUÛ, Roberto. El Mercado en la Doctrina de La Constitución como Ciencia de La Cultura: La Aportación de Peter Häberle. **ReDCE. Año 7. Núm. 13**. Enero-junio/2010. Págs. 165-188; e HERRERA, Miguel Ángel García; BUELGA, Gonzalo Maestro. **Dirección Económica y Mercado en la Constitución Europea**. Cuestiones Constitucionales. N.º 15. Julio-Diciembre, 2006, pp. 137-175. Segundo esses autores, a constitucionalização do mercado, no âmbito da União Europeia, teve como base os postulados ordoliberais da Escola de Friburgo. Com efeito, a constitucionalização do mercado, naquele ambiente, objetiva um desenho de um modelo embasada nas premissas de livre-mercado e livre-concorrência, ainda que voltados para o que se denomina de *economia social de mercado*.

<sup>433</sup> De acordo com Ignacy Sachs (2001), já no seu primeiro livro consagrado à análise do desenvolvimento da economia brasileira, datado de 1954, Celso Furtado destacava o mercado interno como principal fator econômico do desenvolvimento, voltado à construção de um mercado nacional capaz de, ao mesmo tempo, inserir o país no âmbito econômico internacional e promover a transformação das estruturas internas.

Diferente da orquestração de um desenho constitucional de mercado prioritariamente orientado para o livre-mercado e à livre-concorrência, o texto constitucional brasileiro preocupa-se com os conflitos socioeconômicos derivados da assimetria presente nas estruturas econômicas do país. A inserção do mercado no texto constitucional é, diante disso, o reconhecimento de que o sistema econômico não é outra coisa senão a prevalência de critérios políticos sobre a lógica dos mercados na busca do bem-estar social.

Ao constitucionalizar o mercado, a Constituição de 1988 constrói uma ideologia econômica que, embora se comunique com determinado modelo de capitalismo, não se confunde ou se submete a ele<sup>434</sup>. Nela, estão insertas a Política (econômica do Estado) e a Democracia. A relação entre esses elementos encontra seu ponto de equilíbrio no controle do poder econômico, subvertendo a ordem pré-constitucional e reordenando os microssistemas presentes na realidade infraconstitucional. Tal dinâmica torna o poder econômico (capitalismo) e os subsistemas econômicos a ele relacionados submissos ao mercado constitucionalmente previsto.

A Constituição, portanto, reconhece um mercado e o transforma em patrimônio nacional, cuja instrumentalidade confunde-se como mola propulsora do desenvolvimento econômico. Ao assim proceder, não é correto afirmar que o texto constitucional tão somente instrumentaliza a proteção do mercado visto como espaço de trocas e atividades econômicas que visam ao lucro. O objetivo da previsão constitucional não é apenas garantir segurança jurídica a respeito dos termos de troca e dos seus limites.

A amplitude da referida previsão constitucional é alcançada, por conseguinte, quando se cogita de uma ideia de mercado refratária ao capitalismo (monopolista) de contramercado, conforme referido por Braudel (1987)<sup>435</sup>. A Constituição de 1988 endereça um modelo de capitalismo cuja subsistência depende e é intrínseca à noção de mercado transparente, onde as regras são produtos da cultura que o gera. No caso do Brasil, tal formação cultural – e definidora do mercado interno, portanto – sugere a necessidade de proteção de um mercado cuja finalidade última é o desenvolvimento socioeconômico.

Uma transformação econômica que ultrapasse a mera assimilação e modernização econômica somente é possível, numa economia periférica, se os elementos estruturais que a condicionam ao subdesenvolvimento forem combatidos. Tal pretensão requer diagnósticos e

---

<sup>434</sup> A respeito da Constituição de 1988 ter adotado um determinado modelo de capitalismo, ver, por todos, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016; e GRAU, Eros R. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

<sup>435</sup> Cf. nota 2.

soluções específicos. Ao que tudo indica, o ordenamento jurídico brasileiro endereça um modelo de política industrial que percebe o mercado como instrumento de transformação. Esse diagnóstico tem reflexos para a análise antitruste.

#### 4. Antitruste, proteção ao mercado e política industrial.

A política industrial é um modelo de política pública. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci (1996), as políticas públicas constituem programas de ação governamental destinados à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Gilberto Bercovici (2016) define as políticas públicas como programas setoriais que têm por fundamento a necessidade de concretização de direitos por prestações positivas do Estado. Para Fábio Konder Comparato (1998), a política pública aparece, antes de tudo, como atividade, ou seja, como um conjunto organizado de normas tendentes à realização de objetivos predeterminados estampados na Constituição.

Vinicius Marques de Carvalho (2008)<sup>436</sup> sugere que uma política industrial nada mais é do que um mecanismo de correção e fomento dos mercados. Sua funcionalidade é de servir de instrumento para auxiliar o crescimento de determinado setor estratégico, seja no aspecto regional, por estratégia geopolítica ou, ainda, em razão de resolução de problemas de crise setorial. Paula A. Forgioni (2015) observa que inexistente técnica ideologicamente neutra e, a respeito disso, a técnica antitruste não seria uma exceção. Segundo a autora (2015), a afirmação de que a melhor política industrial é não ter política industrial ainda assim implicaria escolha política.

A despeito da possibilidade de um modelo técnico ideologicamente neutro, como evidenciado nas linhas acima, o ordenamento jurídico brasileiro indica a necessidade de adoção de políticas públicas orientadas para o fortalecimento do mercado. No caso brasileiro, pode-se dizer que a conexão entre política industrial e concorrência encontram seus fundamentos e seus limites na mesma previsão normativa.

A defesa da concorrência como instrumento de política industrial advém de interpretações amplas a respeito do previsto no art. 170, da Constituição Federal. Para Gilberto Bercovici (2016), a defesa da concorrência deve ser compreendida no contexto da política econômica constitucional, como parte integrante da mesma, e não como uma política totalmente

---

<sup>436</sup> Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65752,21048-Politica+Industrial+e+defesa+da+concorrenca>. Acessado em 15 de janeiro de 2018.

autônoma, fragmentada e contraproducente aos objetivos estabelecidos pelos arts. 3.º, 170 e 219 da Constituição.

Paula A. Forgioni (2016) observa que o texto constitucional não deixa dúvidas de que a defesa da concorrência é instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tal qual como previsto no art. 170 da Constituição. Com efeito, a partir dessa ilação, a disciplina antitruste também figuraria como instrumento para a implementação de política industrial.

Calixto Salomão Filho (2012) observa que os limites da atuação do Estado no estabelecimento e na execução de política industrial estão também estabelecidos no art. 170 e 174 da Constituição Federal. Para o autor (2012), especialmente a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a busca da justiça social, mencionados no art. 170 e incisos, sobressaem-se como limites absolutos a qualquer política industrial. É dizer, ao mesmo tempo em que permite políticas industriais, a Constituição veda o Estado de apagar a livre iniciativa.

O desafio imposto a partir daí é o de fomentar políticas industriais estratégicas sem que isso implique na substituição ou eliminação do sistema concorrencial. Para Calixto Salomão Filho (2012), políticas industriais tendentes a eliminar a concorrência são claramente contrárias à livre iniciativa, de modo que sua instrumentalidade, com essa base, em relação ao objetivo de justiça social teria caráter duvidoso. Referido autor (2012) observa que a realização da justiça social como objetivo da ordem econômica, no ordenamento jurídico brasileiro, não se dá como parâmetro oposto à livre iniciativa.

Com efeito, as políticas industriais não podem ser direcionadas para substituir ou eliminar o sistema concorrencial. Segundo Gilberto Bercovici (2016), embora possa existir prevalência dos objetivos de política industrial sobre as preocupações concorrenciais, elas são perfeitamente compatíveis. Calixto Salomão Filho (2012) aponta quatro instrumentos básicos de política industrial cuja influência no sistema concorrencial seria direta, a saber: *pesquisa tecnológica, auxílio às indústrias em crise, proteção da pequena e média empresas e regulamentação dos monopólios naturais*.

Percebe-se daí, portanto, que as políticas públicas concorrencial e industrial não são binárias entre si. Em tese, de acordo com a atual formação do modelo de Estado, elas estão paralelamente dispostas. O que denota consideração maior é como elas interagem e de que maneira o aparato político da conta dessa interação e de sua efetivação. Paralelamente a isso, é necessário destacar que a própria gênese da ideia de mercado e de domesticação do poder econômico guarda em si o auxílio mútuo entre políticas estatais e políticas industriais.

Contra aqueles que argumentam pela adoção de um modelo concorrencial exclusivamente voltado para a análise econômica e despido de orientações de políticas industriais – quase sempre orientado pelo padrão norte-americano<sup>437</sup> – é interessante observar os fortes indícios existentes no sentido de que foram as políticas industriais dos países desenvolvidos que os colocaram no padrão de dominação tecnológica que hoje se encontram<sup>438</sup>.

A atual arquitetura da inovação industrial igualmente depende da articulação e da formação de uma arquitetura de mercado. Sobre este tema, Mariana Mazzucato (2014) ressalta que o governo norte-americano não só diretamente incentivou o crescimento da tecnologia no seu mercado interno, como protegeu a indústria norte-americana contra violações comerciais. Os maiores exemplos disso, segundo a autora (2014), são a proteção da propriedade intelectual e a luta ativa para que as indústrias acessem de forma segura o mercado mundial de consumo.

Outro ponto que chama a atenção relaciona-se ao fato de que a política concorrencial brasileira, nos últimos anos, pesou mais para o controle das estruturas do que para a análise das condutas<sup>439</sup>. Embora os números demonstrem um acentuado crescimento da análise de condutas, inclusive com ações institucionais do CADE no sentido de orientar padrões preventivos, percebe-se que pouco ou nada se fala a respeito de programas concorrenciais para empresas em crise. O número crescente de análise de condutas é, sobretudo, sancionador.

Em contrapartida, os últimos anos foram marcados por contextos econômicos agressivos de crise. Alguns autores chegam a sugerir que o capitalismo compõe-se de uma sequência de crises econômicas globais<sup>440</sup>. O Brasil não ficou imune aos efeitos dessas crises. Além disso, as estruturas de mercado estão sendo constantemente revisitadas pela inovação tecnológica disruptiva. Na prática, a resposta das empresas ante esse cenário é de adoção de medidas que implicam certo nível de coordenação de atividade.

De modo geral, as medidas coordenadas, no Brasil, são elencadas como condutas

---

<sup>437</sup> Nesse sentido ver SOKOL, Daniel. **Tensions Between Antitrust and Industrial Policy**. 22 Geo. Mason L. Rev. 1247, 2015; e, especialmente: DE LEON, Ignácio. **Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy To Reality-Based Institutional Competition Building**. 83 Chi.-Kent. L. Rev. 39, 2008. De acordo com o primeiro autor (2015), toda a política industrial parte de uma racionalidade de exclusão da política antitruste. Com isso, o pressuposto do antitruste é o “livre mercado”, de modo que, quando se tem política industrial, há intervenções alocativas e, por conseguinte, tais intervenções alocativas, segundo o autor, sempre são anticompetitivas.

<sup>438</sup> A respeito do assunto, ver especialmente CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004 e MAZZUCATO, M. **O Estado por trás do Iphone in O Estado Empreendedor: desmascarando o mito setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

<sup>439</sup> Conforme dados disponíveis em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2017.pdf>. Acessado em 16 de julho de 2018.

<sup>440</sup> Nesse sentido, ver especialmente STREECK, Wolfgang. **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. Second Edition. London/New York: Verso, 2017, pp. viii-xxxiii.

anticompetitivas e se enquadram nas hipóteses de cartelização previstas em lei. Isso demonstra que, diferentemente de outras economias, o sistema econômico brasileiro está mais inclinado a traçar processos punitivos do que impedir a saída de empresas do mercado ou a promover reformas estruturais capazes de resolver o abuso de poder econômico. Visto como um instrumento de política industrial, o antitruste não pode ser tomado exclusivamente como ferramenta sancionatória. Ainda que a cooperação econômica entre empresas seja delicada do ponto de vista legal, entende-se que uma reestruturação a respeito do assunto é iminente<sup>441</sup>.

## 5. Considerações Finais.

No imaginário comum é frequente a percepção do mercado como uma estrutura perene e paralelamente disposta ao lado de outras instituições. Assim percebido, o mercado não se confundiria com a sociedade ou tampouco derivaria diretamente dela. Consequentemente, tal qual uma entidade sobrenatural, o mercado acaba sendo percebido como uma unidade social autorregulável, de modo que a expansão da estatalidade sob os seus domínios passa a ser vista como algo ameaçador às suas estruturas.

De maneira geral, essa percepção está intimamente relacionada à histórica noção da conservação do homem em si mesmo. No pensamento moderno, o funcionamento da sociedade civil é baseado na conservação do homem pela defesa de seus interesses pessoais, dentre os quais, o de propriedade e de liberdade. O comércio, juntamente com outros vínculos, estreitaria os laços da sociedade. Nesse espaço, a economia se manifestaria como realização da política por meio do mercado e do contrato. A concorrência, por sua vez, conciliaria todos esses interesses, figurando como um instrumento de igualização entre classes sociais e nações.

Examinar a interface entre o direito concorrencial e a implementação de políticas industriais requer o abandono dessa percepção. Apesar de teorias que se posicionam exclusivamente pela eficiência econômica, é preciso compreender que o marco normativo brasileiro adota um modelo de capitalismo que é estruturado a partir de uma ideia específica de

---

<sup>441</sup> Em alguns outros países, o fortalecimento de um movimento sancionatório e internacionalizado de combate à corrupção têm provado reflexões mais profundas, fazendo-se questionar o quanto disso não é, também, estratégia de dominação econômica. Sobre isso, ver, especialmente QUATREPOINT, Jean-Michel. **Au nom de la loi... américaine: quand la justice orchestre le racket des entreprises européennes.** Le Monde Diplomatique. Paris, 2017, pp. 1, 22 e 23. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/01/QUATREPOINT/56965>, acessado em agosto de 2018; Ainda sobre o assunto, ver FELARDOS, Mathis *et al.* **L'extraterritorialité américaine: une superpuissance juridique de la lutte contre la corruption mondiale.** Disponível em <https://portail-ie.fr/analysis/1720/lextraterritorialite-americaine-une-superpuissance-juridique-de-la-lutte-contre-la-corruption-mondiale>, acessado em agosto de 2018.

mercado, a qual é constituída pela experiência hitórico-econômica nacional. A Constituição não apenas engloba a proteção do mercado, mas o define e o direciona.

Com base nisso, é possível afirmar que as bases constitucionais do antitruste, também percebidas a partir do art. 219 da Constituição, transformam a defesa da concorrência em “defesa da concorrência-instrumento de políticas industriais”. Assim percebida, a defesa da concorrência, como política pública, coloca-se ao lado das políticas industriais do Estado, demonstrando que elas não são binárias entre si. Com efeito, a política concorrencial não pode excluir as demais políticas. O contrário também é verdadeiro. Fundamentada nesse pressuposto, a política concorrencial, na sua processualização, integraria e abrangeria a política industrial.

Em que pese às possíveis reflexões que podem ser feitas sobre o assunto, aparentemente o problema central da interface entre o direito concorrencial e a adoção de políticas industriais, no âmbito das economias periféricas, reside, parafraseando Gilberto Bercovici (2011), na aceitação ingênua e acrítica de conceitos pré-constitucionais só por eles estarem ou consolidados ou na doutrina administrativa ou – acrescentamos – na comercial, o que provoca um descolamento absoluto de funções e de conceitos econômicos da lógica constitucional.

Tal perfil é acentuado pela crença de que teria ocorrido, no Brasil, durante a década de 1990, uma revolução antitruste. A despeito desse entendimento, o que parece ter ocorrido é a transposição de teorias fora do lugar que deram espaços a um espectro de esvaziamento do projeto constitucional. Isso provocou o afastamento dos objetivos da proteção à concorrência dos problemas inerentes às particularidades da economia nacional. Opera-se, com isso, uma espécie de legitimação do poder econômico despido de sua função social, ou seja, do abuso do poder econômico.

## Referências Bibliográficas

- BERCOVICI, Gilberto. Os Princípios Estruturantes e o papel do Estado *in* CARDOSO Jr, José Celso (Org.) **A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Brasília: Ipea, 2009, pp. 255-291.
- \_\_\_\_\_. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- \_\_\_\_\_. **A Constituição Invertida: a Suprema Corte Americana no Combate à ampliação da Democracia**. São Paulo: Lua Nova, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito Econômico Aplicado. Estudos e Pareceres**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.
- BOGUS, C. **The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust**. (29) 49 U. Mich. J. L. Reform 1, 2015, pp. 85-114.
- BORK, R. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy**. Columbia L. Rev. 365, 1965.
- BRAUDEL, Ferdinand. **A Dinâmica do Capitalismo**. Rio de Janeiro: 1987.
- \_\_\_\_\_. **Civilização Material, Economia e Capitalismo – Séculos XV-XVIII**. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público n. 13**, 1996.
- CARVALHO, V. M. de; SCHAPIRO, Mario Gomes. **Política industrial e defesa da concorrência**. *Migalhas*. 29 de Julho de 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65752,21048-Politica+Industrial+e+defesa+da+concorrencia>. Acessado em julho de 2008.
- \_\_\_\_\_. **A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas?** In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência, 488, 2015.
- CHANG, Ha-Joon (2004, pp. 38-94).
- COMPARATO, Fabio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 54, v. 353, março de 1968.
- \_\_\_\_\_. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pp. 39-48.
- \_\_\_\_\_. **Poder Político e Capitalismo**. Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pp. 1115-1144.
- DAHLMAN, Carl J. **On Property Rights, Transaction Costs, and Economic Institutions**. Disponível em: [journals.lub.lu.se/index.php/st/article/download/3164/2747](http://journals.lub.lu.se/index.php/st/article/download/3164/2747), acessado em 4 de dezembro de 2018.

DELGADO, Juan. **Competition Policy and Industrial Policy: Time for Reconciliation**. December 31, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2593958> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2593958>.

DEMSETZ, Harold Toward. A Theory of Property Rights *in The American Economic Review*, Vol. 57, Nº. Papers and Proceedings of the Seventy-ninth. Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1967), pp. 347-359; disponível em: [https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz\\_Property\\_Rights.pdf](https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz_Property_Rights.pdf);

FLIGSTEIN, Neil and CALDER, Ryan. Architecture of Markets in Emerging *in Trends in the Social and Behavioral Sciences*. Edited by Robert Scott and Stephan Kosslyn, 2015 John Wiley & Sons, disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/sites/default/files/faculty/fligstein/architecture%20of%20markets%20Calder%20Trends.pdf>, acessado em 4 de dezembro de 2018.

FORGIONI, Paula A. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, p. 1713, 2015.

\_\_\_\_\_. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. Desenvolvimento e subdesenvolvimento *in* BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. Rio de Janeiro: Record, 2000b.

GRAU, Eros. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. **Mercado, Estado e Constituição**. Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, pp. 107-119.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HALÉVY, Elie. **L'ère des tyrannies: études sur le socialisme et la guerre**. Paris: Librairie Gallimard, 1938.

HOVENKAMP, Herbert J. **Antitrust Policy After Chicago**. University of Pennsylvania Law School. Penn Law: Legal Scholarship Repository Faculty Scholarship, 1985.

\_\_\_\_\_. **The Antitrust Movement and The Rise of Industrial Organization**. Penn Law: Legal Scholarship Repository. University of Pennsylvania Law School, 1989, pp. 105-168.

\_\_\_\_\_. **The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm**. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-19, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1014153>. Acessado em julho de 2018

\_\_\_\_\_. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Faculty Scholarship. 1769, 2017.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Laterza, 2004.

LAMOREAUX, Naormi R. **The Great Merger Movement in American Business 1895-1904**. New York: Cambridge University Press, 1985, pp. 159-186.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo e a Constituição Econômica**. Editora

Centelha: Coimbra, 1978.

MAZZUCATO, M. O Estado por trás do Iphone *in* **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito setor público x setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MACHADO CABRAL, Mario André. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. Dissertação (Doutorado em Direito Econômico e Economia Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016

NOVAK, William J. Revisionist History of Regulatory Capture *in* CARPENTER, Daniel e MOSS, David (coord.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it**. The Tobin Project. Cambridge University Press, 2013.

ORBACH, B & REBLING, G. **The antitrust curse of bigness**. 85 Southern California Law Review 605, 2012.

PITOFISKY, R. **The Political Content of Antitrust**. 127 U. PA. L. REV. 1051, 1075, 1979.

PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1966.

\_\_\_\_\_. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert *in* **A Regulação da Concorrência**. 2013, p. 11. Disponível em [http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20), acessado em julho de 2018.

ROSANVALLON, Pierre. **O Liberalismo Econômico: história da ideia de mercado**. São Paulo: EDUSC, 2002.

Emma Rothschild (2003),

SALOMÃO FILHO, Calixto. Paralisia Antitruste. In: **Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência: estudos em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo**, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o Direito *in* **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora RT, 2012b, pp. 531-547.

SACHS, Ignacy. Um Projeto para o Brasil: A Construção do Mercado Nacional como Motor do Desenvolvimento *in* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; REGO, José Marcio (Orgs). **A grande esperança em Celso Furtado: ensaios em homenagem aos seus 80 anos**. São Paulo: Editora 34, pp. 45-52.

SKLAR, Martin. **The Corporate Reconstruction of American Capitalism 1860-1916**. New York: Syndicate of the University of Cambridge, 1988

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996, pp. 373-377.

STOLLEIS, Michael. **A History of Public Law in Germany 1914-1945**. Oxford University Press, 2004.

SWEDBERG, Richard. **Max Weber and the idea of Economic Sociology**. Princeton. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo após o New Deal *in* MATTOS, Paulo (coord). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no Domínio Econômico**. Rio de

Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

WAKED, D. **Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges**. *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 12, No. 2, 2016.

WHITE, G. Edward. **The Constitution and the New Deal**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

WU, Tim. **The Curse of Bigness. Antitrust in The New Gilded Age**. New York: Columbia Global Reports, 2018, pp. 78-92;