UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

ERIC MONTEIRO DE MEDEIROS

**FINANCIANDO A CONCORRÊNCIA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO E
PROMOÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA MEDIANTE A TRIBUTAÇÃO E A
INTERVENÇÃO ESTATAL**

NATAL/RN - 2016

ERIC MONTEIRO DE MEDEIROS

**FINANCIANDO A CONCORRÊNCIA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO E
PROMOÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA MEDIANTE A TRIBUTAÇÃO E A
INTERVENÇÃO ESTATAL**

Dissertação apresentada como requisito de conclusão do Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto.

NATAL/RN - 2016

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Medeiros, Eric Monteiro de.

Financiando a concorrência: uma proposta de efetivação e promoção da livre concorrência mediante a tributação e a intervenção estatal / Eric Monteiro de Medeiros. - Natal, RN, 2016.
203f.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito antitruste – Dissertação. 2. Livre concorrência - Dissertação. 3. Direito constitucional – Dissertação. 4. Função social - Dissertação. 5. Justiça social - Dissertação. I. Silveira Neto, Otacílio dos Santos. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA
346.546.4

CDU

Dedico o presente trabalho a meus pais, meus maiores investidores.

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, logo em seguida aos meus pais, pelos ensinamentos e educação iniciais, bem como pelo apoio e incentivo.

Agradeço também aos professores, em especial ao orientador, que, além de me apresentar para o Direito Econômico e Antitruste em muito colaborou para minha aprendizagem e pesquisa jurídicas.

"Freedom has a thousand charms to show, That slaves, howe'er contented, never know".

SEN, Amartya.

RESUMO

O Direito Antitruste contemporâneo, da forma como se originou e se desenvolveu ao longo dos últimos anos, apresenta uma compreensão de sistema normativo que serve para promover o desenvolvimento socioeconômico, sobretudo pela geração de competitividade, a qual vai promover a eficiência, inovação e bem-estar do consumidor, além de melhorar os níveis de liberdade, igualdade, democracia e justiça. Suas ampliação e efetivação no Brasil se revelam importantes, justamente pela constatação dos baixos índices brasileiros de competitividade e liberdades econômicas e com a pretensão de proporcionar a percepção desses benefícios, o que perpassa pela consolidação da função e da justiça sociais inerentes ao Princípio da Livre Concorrência, do papel da intervenção estatal nessa exigência, especialmente mediante as atividades da agência concorrencial, e pela necessidade de financiar, fomentar e induzir essas ampliação e efetivação, o que se propõe por intermédio da criação de uma nova Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Livre Concorrência. Função e Justiça Sociais. Regulação e autoridade concorrencial. CADE. Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico.

ABSTRACT

The current Antitrust Law, under its origin and last year's development shape, presents a normative system comprehension to promote social and economic development, especially by generating competition, which promotes efficiency, innovation, consumers welfare, besides the improve on liberty, equality, democracy and justice levels. Its extension and effectiveness in Brazil are important, precisely under the finding of the low Brazilian competitiveness and economic freedom indexes, and the willing to allow these benefits by social's role and justice consolidation attached to the Free Competition principle, the State intervention role to this requirement, especially throughout the antitrust enforcement authority activities, and the necessity to fund, foment and induce these extension and effectiveness, which it is proposed by the creation of a new Tax Contribution of Economic Domain Intervention.

Keywords: Antitrust Law. Free competition. Social's Role and Justice. Antitrust Regulation and Enforcement Authority. CADE. Tax Contribution of Economic Domain Intervention.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

Art. – Artigo

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Ce – Critério Espacial

CF – Constituição Federal

CIDE – Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico

Cm – Critério Material

Cq – Critério Quantitativo

Cs – Critério Subjetivo

Ct – Critério Temporal

DRU – Desvinculação de Receita da União

FTC – Federal Trade Commission

FUNTTEL – Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações

FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações

GATT - Acordo Geral de Tarifas e Comércio

INOVAR-AUTO – Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores

Nº - Número

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

RMIT – Regra-Matriz de Incidência tributária

SMC – Agreement on Subsidies and Countervailing Measures

STF – Supremo Tribunal Federal

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento

US – United States

V. – Versus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE: A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO	9
2.1	ORIGEM E DESENVOLVIMENTO: O COMMON LAW E A CULTURA CONTRA AS RESTRIÇÕES MERCANTIS	9
2.2	O PENSAMENTO ANTITRUSTE NAS ACADEMIAS: CIÊNCIAS JURÍDICAS, CIÊNCIAS ECONÔMICAS E FILOSOFIAS.....	13
2.3	OS BENEFÍCIOS DA COMPETITIVIDADE E DA CONCORRÊNCIA.....	25
2.4	BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	36
2.5	CONCLUSÃO PARCIAL.....	38
3	FUNÇÃO SOCIAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA PROMOÇÃO: INTERVENÇÃO ESTATAL.....	40
3.1	O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA: A LEITURA CORRIQUEIRA ...	40
3.2	FUNÇÃO SOCIAL E JUSTIÇA SOCIAL: VALORES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL.....	44
3.3	LIVRE CONCORRÊNCIA: LIBERDADE E IGUALDADE; COMPROMISSO SOCIAL; DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.....	53
3.3.1	Liberdade como Meio e Fim.....	53
3.3.2	Liberdade Individual, Compromisso Social, Cooperação e Intervenção Estatal.....	58
3.3.3	Competitividade (Liberdade e Igualdade) como elemento promotor do Desenvolvimento Socioeconômico	63

3.4	CONCRETISMO: INSTRUMENTO E MÉTODO HERMENÊUTICOS DE VERIFICAÇÃO E EXTRAÇÃO DO CONTEÚDO E ALCANCE DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA FEIÇÃO SOCIAL.....	66
3.5	CONCLUSÃO PARCIAL.....	76
4	REGULAÇÕES SETORIAL E CONCORRENCIAL: HISTÓRICO, DESENVOLVIMENTO, DICOTOMIA E COMPLEMENTARIDADE.....	79
4.1	REGULAÇÃO SETORIAL X REGULAÇÃO CONCORRENCIAL	88
4.2	COMPLEMENTARIDADE E DIÁLOGO	103
4.3	CONCLUSÃO PARCIAL.....	107
5	FINANCIANDO A CONCORRÊNCIA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO E PROMOÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA MEDIANTE A TRIBUTAÇÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL.....	110
5.1	ATIVIDADES DO CADE E OS NÍVEIS CONCORRENCIAIS BRASILEIROS	110
5.2	ORÇAMENTO	119
5.2.1	Taxas.....	122
5.2.1.1	Classe tributária, Conceito, Características e Regra-Matriz de Incidência tributária	123
5.2.1.1.1	Serviço Público e seus critérios material e subjetivo.....	128
5.2.1.1.2	Poder de Polícia e seus critérios material e subjetivo.....	130
5.2.1.2	Quantificação das taxas: valor prefixado, suas ineficiência e inadequação.....	133

5.2.2 Multas	137
5.2.2.1Quantificação da multa: (i)legitimidade e escassez de parâmetros objetivos.	139
5.2.2.2Carência de benefícios advindos da aplicação de multa e confusão com a reparação dos danos pelas práticas antitrustes	141
5.3 PROPOSIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO PARA O DIREITO ANTITRUSTE	144
5.3.1 Classe tributária, Conceito, RMIT, Características e Finalidade da CIDE: a adequação constitucional da proposta	145
5.3.1.1Critério Material	147
5.3.1.2Critério Espacial	150
5.3.1.3Critério Temporal.....	150
5.3.1.4Critério Subjetivo	151
5.3.1.4.1Sujeito ativo e competência constitucional	151
5.3.1.4.2Sujeito passivo e correlação material	152
5.3.1.5Critério Quantitativo.....	155
5.3.1.6Demais características: a vinculação da receita e da despesa.....	157
5.3.2 Indução de Comportamento, Neutralidade Tributária, Igualdade e Art. 146-A da Constituição Federal	160
5.3.3 Aumento de receita	166

5.3.4	Justificativa e conformação do aumento da carga tributária e atual contexto econômico brasileiro.	167
6	CONCLUSÃO FINAL	170
7	REFERÊNCIAS	174
8	ANEXOS.....	184
8.1	LENIÊNCIAS E EFEITOS CRIMINAIS NOS ESTADOS UNIDOS.....	184
8.2	DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL: ACORDOS DE LENIÊNCIA E PROCESSOS CORRELATOS	185
8.3	ÍNDICES DE INOVAÇÃO GLOBAL	187
8.4	QUALIDADE DE INOVAÇÃO	188
8.5	FUNDAÇÃO HERITAGE E ÍNDICES DE LIBERDADE	189
8.6	CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	191

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se origina de reflexões e buscas de soluções e medidas que galguem a promoção do desenvolvimento socioeconômico, da eficiência e do aprimoramento dos valores de liberdade, justiça, democracia, cujo resultado se deu na Livre Concorrência.

Prestando-se a analisar uma forma de implementação e efetivação da livre concorrência no Brasil, a partir da reflexão a ela pertinente e suas importância e função em prol do desenvolvimento socioeconômico, o presente trabalho apresenta uma forma de efetivação do Direito Antitruste, mediante uma intervenção estatal, sobretudo por intermédio da proposta de criação de uma contribuição para o financiamento do fortalecimento do CADE.

Com o objetivo de demonstrar a possibilidade técnico-jurídica de o Estado, por meio da intervenção sobre o domínio econômico, efetivar a função social no exercício da livre concorrência, por ser fator determinante na promoção do desenvolvimento do país, precipuamente, por estabilizar e equilibrar o mercado e combater os efeitos nocivos de práticas e condutas contrárias aos ditames constitucionais, bem como proporcionar uma série de benefícios oriundos de um ambiente competitivo, a presente dissertação de mestrado será realizada mediante pesquisa legislativa, bibliográfica e documental, com objetivos-alvo teórico-descritivos-analíticos.

Para isso, o autor se lastreará em pesquisas e leituras amplas sobre o tema proposto, utilizando-se da doutrina interdisciplinar nacional e internacional, de esforços hermenêuticos e reflexões críticas para melhor compreensão da instrumentalização e do processo de intervenção sobre o domínio econômico no exercício da livre concorrência, bem como das características tributárias correlatas e que se fizerem necessárias.

A investigação aqui posta utiliza o método investigativo na doutrina e na jurisprudência, bem como análises hermenêuticas para dar suporte aos argumentos que defende, como também conta com uma representatividade do Direito Norte

Americano advindo de uma pesquisa feita na Faculdade de Direito da Universidade Fordham (Nova Iorque-EUA).

Na primeira parte deste trabalho, a partir de um reporte histórico do Direito Antitruste contemporâneo desde seu germen, sobretudo no Direito Norte Americano, o que leva para o ano de 1711, bem antes da comum referência ao Sherman Act. Essa verificação histórica demonstra o importante papel da sistemática do *Common Law*, tendo sido determinante na edificação de uma cultura e preocupações acerca da fluidez mercadológica e o combate às restrições mercantis e concorrenciais, o que, inclusive, fazia parte da pauta de debates políticos dos candidatos à presidência dos Estados Unidos, com destaque para o pleito de 1912.

Seus desenvolvimento e florescimento demonstraram uma série de valores enraizados e pressupostos, partindo da Doutrina Anciã, a Constitucionalização do Direito Antitruste, as Escolas de Chicago e Yale, o Movimento Pós-Chicago e a participação do Poder Judiciário, que ajudaram na identificação de seus objetivos e a justificação de sua própria existência, cuja função se dava para uma tutela amplíssima, seja para proteger o consumidor, o mercado ou os próprios agentes econômicos.

Nesse percurso, o Direito Antitruste se associou, em muito, às demais áreas de conhecimento, em especial, às ciências econômicas, juntos, conseguiram verificar que a competitividade é um dos maiores fatores de impulsão econômica e produtiva, que proporciona eficiência – em suas mais variadas acepções –, bem-estar do consumidor, inovação, bem como melhora os níveis de liberdade, democracia, igualdade e justiça.

Nessa interdisciplinaridade, várias foram as teorias que se prestaram a assentar posicionamentos associativos e aditivos, dentre as quais a Teoria da Informação, a Teoria das Instituições, a Teoria da Liberdade como Desenvolvimento, mediante o trabalho de grandes pensadores que, inclusive, chegaram a ganhar a honra máxima do Prêmio Nobel.

No Brasil, o desenvolvimento do Direito Antitruste foi muito peculiar, a merecer destaque especial, inclusive para melhores elucidações no curso do trabalho, mas, na primeira parte, já se consegue perceber a necessidade de aperfeiçoamento do Direito Antitruste, sobretudo em seus níveis de amplitude e efetividade.

Na segunda parte do presente trabalho, faz-se uma análise quanto à compreensão mais genérica, difundida e corriqueira acerca do que significa o Princípio da Livre Concorrência para, primeiramente, verificar a necessidade de aprofundamento e desenvolvimento.

Então, prostra-se a uma análise de respaldo filosófico acerca da própria função do Direito em prol da sociedade, pois, esta é uma união de pessoas que vivem em harmonia coletiva e equilíbrio. Para o devido alcance dessa harmonia e equilíbrio é necessária a instituição de regras de convivência regulamentares e restritivas, sob pena de se permitir todas e quaisquer condutas, quer sejam positivas, quer sejam negativas para o grupo e seus membros, o que não se tem como interessante para a perpetuação da coletividade.

Nesse contexto, o filósofo Rousseau imaginou o Estado como entidade representativa do corpo social, constituída pelo chamado “Contrato Social”, no qual cada membro da sociedade se comprometeria a limitar suas liberdades em benefício da coletividade, conferindo ao Estado poderes para gestão e administração do grupo são, como também poderes de atuação para o caso de descumprimento individual.

Noutras palavras, ao compor um grupo de pessoas, o indivíduo abre mão de parte de seus direitos e liberdades para possibilitar a convivência harmônica e equilibrada, remanescendo aqueles direitos e liberdades cujos exercícios não sejam prejudiciais aos demais membros e/ou ao grupo como um todo, em tese.

No curso da história, os direitos individuais se desenvolveram por gerações ou dimensões, a partir do contexto no qual estavam inseridos e a necessidade decorrente de sua promoção.

A primeira geração promoveu a liberdade, com os direitos civis e políticos, contra o Estado opressor; a segunda geração tratou da igualdade, buscando garantir direitos sociais, isonômicos a todos, precipuamente o direito ao trabalho e os direitos prestacionais; e, por fim, a terceira geração, ainda em curso, que promove o direito à fraternidade, com os direitos difusos e coletivos, em especial no presente trabalho, o direito ao desenvolvimento, pois seus reflexos atingem a toda a sociedade e é um interesse de todos que haja um progresso nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, o ordenamento jurídico pátrio inaugurou uma nova perspectiva e sistematização dos direitos, modificando a dinâmica da relação que havia entre eles e inserindo uma nova hermenêutica sobre os direitos e garantias clássicos, após passar 03 anos de maturação do texto constitucional e seu conteúdo.

Nesse cenário, enalteceu-se a chamada função social e justiça social, novos vetores e diretrizes constitucionais, tanto é verdade, que a Carta Magna atual é chamada de Constituição Social, justamente porque destaca e fortalece esses valores e vetores em todo seu conteúdo.

O resultado disso, preliminarmente, é o chamando dirigismo constitucional que passa a exigir uma constitucionalização de diversos institutos, tais como, exemplificativamente, a propriedade, o contrato e a economia, pois estes, além de servir para o particular, têm que servir socialmente também. Além de recair sobre as condutas individuais também, como por exemplo, o abuso de poder econômico. A propósito, essa evolução do constitucionalismo também é refletida nos direitos civis, quando se constata a mitigação do individualismo em prol da sociedade, com a redução das liberdades individuais antes exacerbadas para uma confluência de seu exercício positivo para o grupo, a partir do princípio da socialidade, presente no atual Código Civil, que enseja a função social dos contratos e dirigismo contratual, como também a função social da empresa, por exemplo.

Essas função e justiça sociais consistem na busca pelo Estado de funcionalismo benéfico ao grupo. É o aspecto teleológico inserido amplamente no ordenamento jurídico como objetivo-fim, passando a adquirir, dessa forma, um viés interpretativo no ordenamento jurídico, precipuamente, e um viés norteador das atividades estatais, em primeiro lugar, e das atividades individuais em segundo lugar.

Quer dizer, é um direito de eficácia vertical, na relação entre Estado x Indivíduo, como também de eficácia horizontal, na relação entre Indivíduo x Indivíduo, ainda que de maneira indireta e mediante normas.

Assim sendo, exige-se das atividades uma serventia positiva à coletividade, uma geração de efeitos positivos ou a não geração de efeitos negativos, por atos praticados e do próprio patrimônio, seja mediante serviços, emprego ou utilização da

propriedade, uma vez que, estando ausente, retira-se o interesse público de sua perpetuação, por contrariar ao alicerce no objetivo republicano de se construir uma sociedade livre, justa e igualitária e na justiça social da ordem econômica, contexto no qual foi inserida a livre concorrência, numa nítida evolução dos direitos coletivos e conformadores das liberdades individuais, pois, a partir dela, pretende-se diversas garantias, tanto a liberdade como a igualdade, além da própria melhoria do mercado.

Essa discussão se faz pertinente pela decisão constitucional de 1988 na qual o Estado não seria mais agente econômico direto, reconhecimento, inclusive, de seu fracasso e/ou dificuldades de produzir economicamente enquanto tem que reger a política, prestar os serviços públicos essenciais etc. Isso o fez entregar a atividade econômica para o setor privado, ficando para si apenas a regulamentação e a intervenção econômica.

Diante disso, a Constituição precisava, concomitantemente, garantir a livre concorrência e a livre iniciativa, para que o setor privado atue e produza de forma positiva. Contudo, como o Texto Constitucional é pautado, como dito alhures, nas função e justiça sociais, e a economia tem essa serventia social e coletiva, pois dela se espera proveitos positivos, é que, da livre concorrência, também se visualiza função e justiça sociais, que são justamente a finalidade que a economia tinha antes de ser entregue aos particulares.

Noutras palavras, não é porque o Estado deixar de ser agente econômico direto que a economia deixa de ter função e justiça sociais e a finalidade de gerar um benefício coletivo. E é, precisamente por entregar a atividade econômica para o setor privado, que a Constituição passa a dispor acerca da livre concorrência, que deve, necessariamente, manter a mesma finalidade que a economia sempre teve, ou seja, a livre concorrência tem que se coadunar com as função e justiça sociais.

Para essa compreensão é necessária a utilização da hermenêutica constitucional, suas técnicas e teorias, para compreender o alcance e o conteúdo dos institutos jurídicos, quer sejam constitucionais ou infraconstitucionais, como também os direitos e garantias, para que tudo seja colocado num ambiente de harmonização, conformação e sistematização.

Não obstante, a livre concorrência, por ser valor, princípio e postulado com alto grau de abstração e indeterminação, necessita dessa harmonização, conformação e sistematização com a Constituição Federal e seus valores, sobretudo, as função e justiça sociais, ainda que já decorra do próprio texto constitucional, não pode se dissipar da unidade.

Portanto, primeiramente, é imprescindível compreender o que viria a ser a livre concorrência, sob o enfoque filosófico, perpassando por sua perspectiva meio e fim, entrelaçando-a com as função e justiça sociais para, ao fim, visualizá-la como elemento promotor do desenvolvimento socioeconômico, a partir da doutrina de Amartya Sen.

Logo após, tentar-se-á estabelecer o alcance e o conteúdo da livre concorrência sob a perspectiva jurídica, em consonância com as diretrizes e valores apregoados pela Constituição Federal vigente, sobretudo, as função e justiça sociais, o que se fará, não exaustivamente, mediante a utilização da corrente Concretista encontrada, sobretudo, na Teoria Estruturante do Direito de autoria de Friedrich Müller.

Nesse aspecto, será apontado que a finalidade social ou a busca do benefício coletivo é uma constante no ordenamento jurídico, de modo que a livre concorrência deve se coadunar com a função e justiça sociais como forma de promover o desenvolvimento socioeconômico.

Na terceira parte do presente trabalho, adentra-se na discussão intervenção estatal em prol da livre concorrência. Numa economia na qual o Estado tem uma intervenção mediante regulação, o Direito Antitruste pode ser aplicado tanto a partir de um órgão próprio, como o CADE, como qualquer outra agência reguladora setorial, ou seja, ele compreende uma feição descentralizada.

O Direito Antitruste Norte Americano, a partir de seus precedentes, enfrentou a possibilidade de concentração da livre concorrência apenas no órgão que lhe é próprio, ou permitir que o órgão regulador setorial o faça – oportunidade na qual o primeiro não poderá fazê-lo –, e uma opção mista, que permite ambos os órgãos de tratar da livre concorrência, do que resultou numa série de doutrinas de interessante análise.

Ademais, parte da doutrina Norte Americana desde de 1970 defende e comprova a maior efetividade do Direito e da Agência Concorrencial nas intervenções econômicas. As regulações setoriais exigem mais e constantes atualizações para se adequarem às práticas mais modernas que as atividades econômicas empreendem. Enquanto que o Direito Antitruste, de maneira geral, já possui uma incidência mais genérica e transversal que vai permitir aplicação constante sobre todas as atividades econômicas, independente do segmento.

Muito embora o Direito Antitruste Norte Americano não tenha qualquer forma de aplicação no ordenamento brasileiro, essas reflexões dicotômicas se fazem muito interessantes para o desenvolvimento da relação entre regulação setorial e regulação concorrencial, pois, como se depreende, a bem da verdade, ambas as regulações, seja setorial seja concorrencial vão refletir pontos positivos e negativos.

Ao contrário da regulação setorial, a concorrencial não consegue lidar com questões intimamente específicas e técnicas de determinados mercados, o que pode lhes impedir de enfrentar análises quanto ao preço, por exemplo. Enquanto que a regulação concorrencial tem uma incidência mais transversal a correr menos riscos de captura, em tese.

Dessa forma, essas duas feições regulatórias apresentam características que tornam interessantes um diálogo e a atuação complementar como uma forma mais adequada, eficiente e necessária de interação e existência de ambas as feições regulatórias com vista a maximizar a positividade de cada qual, bem como reduzir suas fraquezas e fragilidades.

Na quarta e última parte do presente trabalho, considerando todo o suporte teórico precedente, apresenta-se uma proposta que se acredita proporcionar a efetivação da livre concorrência no Brasil e trazendo todos seus benefícios, mediante a necessária intervenção do Estado, qual seja, a ampliação e a efetividade do Direito Antitruste, sobretudo mediante a atuação do CADE. Contudo, quanto mais complexas, elaboradas e amplas forem suas atividades, mais recursos financeiros irão exigir.

Acreditando que o CADE não possui os recursos necessário para adotar uma postura mais proativa, ampliada e efetiva e considerando as funções arrecadadoras e indutoras da tributação, interessante é a criação de uma Contribuição

de Intervenção sobre o domínio econômico para, juntamente com as taxas que já lhes são próprias, permitir o aumento de suas receitas.

A partir da proposta de criação e cobrança de um novo tributo, é necessário enfrentar o crivo de constitucionalidade e adequação de todos os critérios e quesitos necessários para se realizar a atividade tributante, bem como do instrumento escolhido. Do que será percorrido a Regra-Matriz de Incidência Tributária da CIDE em tese e adstrita à proposta, dando atenção especial para as questões de indução de comportamento e vinculação de receita que se pressupõe ao se mencionar a ideia de Contribuição, bem como outras questões que se fazem necessárias, tais quais, a efetividade do objetivo arrecadatório e a conformação do aumento da carga tributária, especialmente considerando o atual contexto econômico. Para, ao fim, tentar traçar considerações finais.

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE: A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

2.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO: O COMMON LAW E A CULTURA CONTRA AS RESTRIÇÕES MERCANTIS

Os registros históricos apontam que a primeira lei contemporânea do Direito Antitruste adveio no Canadá, o chamado “*Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraints of trade*”, em 1889. Muito embora se saiba que, em tempos idos, também há registros jurídicos de práticas anticoncorrenciais que ensejaram a produção de normas antitruste pelo Imperador Romano Zeno, em 483 a. C., proibindo monopólios, arranjos e acordos de preço, bem como um julgamento de um tribunal inglês em 1603 (*Darcy v. Allin*) para invalidar monopólio do jogo de cartas¹.

Não obstante, foi nos Estados Unidos que o Direito Antitruste e seu desenvolvimento ganharam destaque. E foi lá de onde se inspirou para a edificação do sistema brasileiro.

A despeito da vasta doutrina apontar a origem do Direito Antitruste Americano como sendo o *Sherman Act* de 1890², sabe-se hoje que seu gérmen foi o próprio sistema *Common Law* e sua produção jurisprudencial. Os problemas envolvendo a restrição mercantil em detrimento da livre concorrência foi primeiramente solucionado pelo Poder Judiciário.

Uma investigação mais apurada³ demonstra que o progenitor ancião da doutrina na qual a restrição mercantil é uma limitação da concorrência, que deu origem ao Direito Antitruste, remonta ao ano de 1711 com o julgamento *Mitchel v. Reynolds*⁴. Logo, tal precedente se tornou o *Leading Case* para a produção jurisprudencial

¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ou supranacional. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 261

² 15 US Code

³ COLLIN, Thomas J.; Antitrust common law: restrictive covenants and reasonableness. Akron Law Review. Vol 24:3. 1990-1991. P. 480-481

⁴ 1 P. Wms. 181, 24 E.R. 347 (Q.B. 1711)

subsequente, vindo a ser citada por casos levado à Suprema Corte Norte Americana, como *Oregon Steam Navigation Company v. Winsor*⁵, *Gibbs v. Consolidated Gas Company*⁶, e *Fowle v. Park*⁷, antes mesmo da promulgação da lei *Sherman Act*.

Portanto, constata-se que, na verdade, o embrião do Direito Antitruste Norte Americano foi justamente sua cultura, que desde tempos idos já detinha compreensão mercadológica suficiente e se preocupava com a fluidez mercantil.

Inclusive, é possível verificar tal embrião inserido na própria Carta Magna dos Estados Unidos de 1787 que, na chamada *Commerce Clause* (artigo I, seção 8, clausula 3)⁸, já fazia alusão ao poder de regular as atividades mercantis, compreendendo a importância e a necessidade dessa fluidez mercantil e já inseria normatividade alusiva à atuação estatal nesse aspecto.

Foi com todo esse suporte pressuposto que surgiu a primeira legislação Antitruste no Direito Norte Americano, o *Sherman Act* de 1890, colocando as disposições num patamar mais elevado, de garantia básica do sistema econômico em si e garantia fundamental do cidadão⁹.

A partir do *Sherman Act*, o Direito Antitruste Norte Americano, agora formalizado em lei, foi se desenvolvendo com mais dinamismo e sempre em busca de atualização para fazer frente às mais modernas técnicas mercantis que pudessem gerar as restrições comerciais que o sistema visava a combater.

Ora, num mercado em que se preza pela não restrição mercantil, é razoável que as práticas comerciais se desenvolvam com maior naturalidade e agilidade. Logo, o Direito Antitruste tem que possuir uma postura de renovação constante. O que de fato aconteceu nos Estados Unidos.

⁵ 87 U.S. (20 Wall) 64 (1873)

⁶ 130 U.S. 396 (1889)

⁷ 131 U.S. 88 (1889)

⁸ Constituição dos Estados Unidos da América: “The Congress shall have power To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 137

No curso da história, cuidou-se em inserir previsões que legais que contemplassem, além do combate ao monopólio e à formação de cartéis (*Sherman Act*), outras disciplinas que propiciassem: uma agência própria para fiscalização e combate de condutas anticompetitivas (*Federal Trade Commission Act*, 1914); o controle posterior de fusões e aquisições (*Clayton Antitrust Law*, 1914), o controle de discriminação de preço (*Robinson-Pactan Act*, 1936); o controle de verticalização e formação de conglomerados (*Celler-Kefauver Act*, 1950); o controle prévio de fusões e aquisições (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, 1976); a extraterritorialidade do sistema antitruste Norte Americano (*Foreign trade antitrust improvement act of 1982*); o agravamento das penalidades e sujeições do sistema antitruste (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, 2004), dentre outras¹⁰.

Como se não bastasse, a sistemática Norte Americana permite a convivência harmônica e paralela entre leis federais e estaduais¹¹, de modo que, em adição às leis exemplificadas acima, ainda há as leis estaduais que versam sobre antitruste nos 50 Estados Americanos. Isso viabiliza uma maior plenitude e completude do sistema antitruste, além de inserir vários partícipes, sobretudo de controle e fiscalização, quer sejam agentes de controle federal, quer sejam agentes estaduais.

Ademais, inclusive em correlação com sua origem, muito do desenvolvimento do Direito Antitruste se deu também no seio do Poder Judiciário, mediante os vários precedentes erigidos pelas Cortes. A partir dos casos que lhes foram apresentados, com as mais variadas características, nuances práticas e em altos e profundos níveis de complexidade, exigia-se um posicionamento, uma solução, as quais transcendiam os limites próprio do Direito e faziam uso, também, das ciências econômicas, principalmente, o Direito Antitruste nos Estados Unidos se engrandeceu muito.

Essa sistemática de uma pluralidade de instrumentos normativos implementados e aprimorados no curso do tempo, quando interpretada em unidade,

¹⁰ 15 US Code

¹¹ *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989)

demonstram que o âmago mais nuclear do Direito Antitruste é a garantia do equilíbrio das relações econômicas, o que vai exigir impulsos de reequilíbrio a cada vez que um patamar mínimo de harmonia não se revele satisfeito¹².

Aliás, a partir disso é possível ver também que a própria cultura e a preocupação que deram azo à criação do Direito Antitruste nos Estados Unidos evoluiu, disseminou e se incutiu de tal maneira na sociedade que as práticas anticompetitivas são de extrema aversão social, associadas à desonestidade, à ganância, à cobiça e ao prejuízo coletivo imensurável¹³.

Inclusive, a preocupação com a competitividade econômica e o Direito Antitruste eram pauta dos debates políticos. DANIEL CRANE nos conta que, na corrida presidencial de 1912, os quatro candidatos, Theodore Roosevelt (Partido Republicano), Eugene Debs (Partido Socialista), William Howard Talf (Partido Republicano) e Woodrow Wilson (Partido Democrata), incluíam em seus debates e agendas políticas a importância de uma economia competitiva e a necessidade de um arranjo institucional que melhor proporcionasse isso¹⁴.

Uma preocupação levantada por Wilson em 1912 viria a ser comprovada e efetivada anos depois, na década de 70, que foi justamente a manutenção da eficiência e da competitividade advindas pela abertura econômica à competição estrangeira. Isso causaria uma redução dos preços muito menor do que um fortalecimento da agência antitruste¹⁵.

Por fim, independentemente da posição que cada candidato adotou, havia o denominador comum quanto à necessidade de intervenção estatal para o combate

¹² Nesse sentido, fica a lição de CALIXTO: "O centro da garantia está no equilíbrio das relações econômicas por ela proporcionado". SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 137.

¹³ A esse respeito fica a seguinte reflexão: "participation in a cartel is viewed in the US as a property crime, akin to burglary or larceny, and it is properly treated accordingly. Like other serious crimes, cartel are never socially desirable". WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A.; Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions. Department of Justice. The 26th Annual National Institute on White Collar Crime. March 1, 2012. P. 2

¹⁴ CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2028

¹⁵ CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2034

às práticas anticompetitivas¹⁶, o que exigia o relacionamento entre concorrência e regulação como núcleo das questões econômicas¹⁷⁻¹⁸.

De todo modo, as preocupações com eficiência econômica, competitividade, restrição de mercado e Direito Antitruste já se faziam presentes no contexto político Norte Americano desde pelo menos 1912, enraizando-se e trazendo à tona questões importantes tanto quanto ao Direito Antitruste quanto à regulação econômica que persistem até os dias atuais¹⁹.

2.2 O PENSAMENTO ANTITRUSTE NAS ACADEMIAS: CIÊNCIAS JURÍDICAS, CIÊNCIAS ECONÔMICAS E FILOSOFIAS

A livre concorrência, em consubstanciação e desenvolvimento tanto conjunto quanto paralelo entre as ciências jurídicas e econômicas, sob os olhos de hoje, podem ser sintetizadas nas doutrinas com maior destaque. A Anciã, Constitucionalização, Escola de Chicago, de Yale e o Movimento Pós-Chicago, que cuidaram em apontar suas preocupações motrizes, os benefícios alcançados e proporcionados em compasso com a livre concorrência e suas implementação, efetivação e aprimoramento.

A bem da verdade, as doutrinas tiveram influência e suporte imprescindíveis das ciências econômicas, cujas pesquisas também lograram o recebimento do Prêmio Nobel de Economia, nos Séculos XX e XXI, além de auxiliarem

¹⁶ CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2036

¹⁷ CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2037

¹⁸ Esse relacionamento será enfrentado um próximo capítulo.

¹⁹ Em conclusão de seu artigo, CRANE sintetiza a mentalidade e preocupação acerca da importância da Regulação e do próprio Direito Antitruste no meio político em tempos pretérito, muito embora tenha diminuído no decorrer da história essas mesmas questões e debates permanecem atuais: "1912 was a magnificent year for antitrust because its prime contestants posed and debated so eloquently the foundational questions about a competition law system and its regulatory alternatives. Antitrust has diminished dramatically in political salience since that time; candidates for higher office pay it precious little attention. However, the set of questions posed and debated in 1912 persist to this day. Natural experimentation over the last century has given us more data with which to debate the questions, but no better framing of the questions". CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2038

numa percepção empírica acerca da importância da livre concorrência para o desenvolvimento socioeconômico, dando suporte tanto para o desenvolvimento da legislação quanto da doutrina²⁰.

Primeiramente, a doutrina anciã, como já dito alhures, foi o gérmen do Direito Antitruste Norte Americano construído pelo sistema *Common Law*. Partindo de uma difundida cultura preocupada com o fluxo das transações e as restrições de mercado que representavam mitigação à concorrência e, conseqüentemente, à própria livre iniciativa.

Essa doutrina permaneceu como o substrato do entendimento antitruste, inclusive no Poder Judiciário Norte Americano, e consistia, em síntese, na ideia de harmonizar as várias liberdades, em especial o exercício da livre iniciativa e a liberdade contratual, que, por vezes, podiam vir a colidir com o exercício de outro titular e, dessa forma, ultrapassar o exercício legítimo da liberdade individual. Assim, era necessário analisar, num juízo de razoabilidade, a então denominada *Rule of Reason*, se as restrições mercantis eram (i)legítimas, logo, (não) podiam ser admitidas, então (não) estariam submissas à incidência da lei antitruste²¹.

Mais adiante, em meados das décadas de 40 e 50, a doutrina que se desenvolvia no Estados Unidos era chamada de Constitucionalização do Direito Antitruste. Um grande diferencial deste movimento foi a menor influência sofrida pelas ciências econômicas para se ater com mais foco nas nuances jusfilosóficas de cunho nitidamente constitucional, especialmente quanto aos valores de igualdade e liberdade, bem como suas implicações, a partir do sentimento de um vazio no

²⁰ Na verdade, as ciências econômicas tiveram e ainda têm importante influência no desenvolvimento do Direito Antitruste, como destaca KAPLOW e SHAPIRO: “Having surveyed several key economic underpinnings of antitrust policy and applied the lessons to the core features of existing regimes, we have seen that economics has had a tremendous influence on the law, but also that there is still much unfinished business for economists and lawyers alike. (...) we have noted that modern antitrust law in the United States—and to a substantial degree in the European Union—is aimed in large part at economic objectives and heavily employs economic tools in achieving them”. KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working Paper 12867 <http://www.nber.org/papers/w12867> P. 130

²¹ COLLIN, Thomas J.. Antitrust common law: restrictive covenants and reasonableness. Akron Law Review. Vol 24:3. 1990-1991. P. 550

substrato jusfilosófico havido nas ideias de análise concorrencial e competição sem a preocupação com os ideais de coletividade/cooperação²².

Aqui, defendia-se a ideia de regulação econômica como uma engenharia social que deve pressupor uma configuração constitucional para a criação de políticas, inclusive as políticas antitruste²³, o que levaria a não só proteger o indivíduo contra o poder coercitivo do Estado, mas também a resgatá-lo de uma situação de dominância social em prol da preservação da sociedade²⁴.

Essa construção deveria influenciar a hermenêutica e a produção jurídicas erigidas no Direito Antitruste, especialmente aquelas tidas sobre o *Sherman Act*, por incluir considerações constitucionais a respeito da preservação da dignidade, da liberdade e da igualdade dos indivíduos, preocupações muito mais amplas e elaboradas do que aquelas – eficiência, organização e distribuição – das ciências econômicas²⁵.

Acreditava-se, pois, que seria muito mais atrativo e flexível no combate ao monopólio a ideia de constitucionalização dos centros de poder econômico privado. A partir disso se garantiria uma proteção isonômica que ofertaria a igualdade perante a lei – sob o ponto de vista mercadológico e de exercício da livre iniciativa –, sobretudo porque a liberdade não era mais vista apenas numa relação indivíduo-Estado, mas também indivíduo-indivíduo, na qual não podia um se sobrepor aos outros, especialmente o detentor de maior poder econômico. Assim, buscava-se instituir uma orientação positiva como condições necessárias para aproveitar e gozar dos frutos da organização social de maneira plena e igual²⁶.

A visão de proteção isonômica viabilizava uma satisfação maior de constitucionalização e seus objetivos, bem como oferecia uma arquitetura mais compreensiva quanto aos padrões de gerência dos problemas econômicos antitruste do que as teorias econômicas davam. Entretanto, as Cortes não utilizaram claramente

²² WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 506-507

²³ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 510

²⁴ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 514-515.

²⁵ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 518

²⁶ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 527

tais dogmáticas para articular a igualdade como fundamento do Direito Antitruste²⁷. Um dos poucos precedentes que o fez foi *FTC v. Morton Salt Co*²⁸.

O núcleo central da ideal de isonomia constitucional Norte Americana, seja advinda da cláusula de proteção individual, da quinta emenda, da cláusula de comércio ou da primeira emenda, traz o conceito de razoabilidade na oferta de privilégios ou na imposição de restrições oriundas de decisões particulares ou públicas. Tudo assente na premissa basilar de que os iguais devem ser tratados iguais²⁹.

Assim, a constitucionalização do Direito Antitruste apresentava e defendia uma racionalidade mais satisfatória sob o ponto de visto jusfilosófico e constitucional do que as orientações econômicas. A constitucionalização da ideia de igualdade apresentava uma rota que interliga os extremos do individualismo e do coletivismo e as implicações de uma competição imperfeita. Além disso, era uma fórmula que partia da própria Constituição³⁰ e tentou inserir novas perspectivas aos juízos e análises econômicas³¹. Contudo, a força dos argumentos econômicos foi maior e mais convincente, sendo, portanto, mais acolhida pelas Cortes.

Nesse sentido, floresceu a Escola de Chicago, em meados da década de 70, envolvida num contexto econômico problemático. Primeiramente, a recuperação econômica pós-guerra vivida na Alemanha e no Japão permitiu uma produção forte e a entrada de produtivos altamente competitivos em preço e qualidade no mercado Norte Americano³². Havia, também, a crise do petróleo oriunda da cartelização dos grandes produtores mundiais, que resultou no aumento vertiginoso dos preços do

²⁷ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 527-528

²⁸ 334 US 37 (1948)

²⁹ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 528

³⁰ WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 531

³¹ Ao final de seu artigo, RICHARD WILSON cita uma frase sintetizadora e muito esclarecedora de EUGENE ROSTOW, para quem “uma economia deve ser julgada pelo que agrega à riqueza da nação... Além desse objetivo, julgamento deve medir seus efeitos sobre os homens, política, e sobre os valores e cultura da sociedade”. [tradução livre] WILSON, Richard B.; Antitrust policy and constitutional theory. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961. P. 531

³² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 138

petróleo e trouxe várias consequências negativas para os mais variados mercados e segmentos produtivos e de consumidores.

Portanto, viu-se a necessidade de melhorar as qualidades do mercado Norte Americano, sobretudo quanto à eficiência e à competitividade, tanto para fazer frente aos produtos importados quanto para oferecer opções e inovações que se coadunassem com as novas realidades e necessidades da vida cotidiana e promovessem o bem-estar do consumidor. Essa reflexão foi buscar respaldo no Direito Antitruste³³.

Nesse cenário, a Escola de Chicago encontrou na eficiência³⁴ uma forma de garantir a competitividade mercantil como também o bem-estar do consumidor e, por conseguinte, o bem-estar social, sedimentando tais atributos como o suporte e o objetivo para pensar e desenvolver o Direito Antitruste³⁵.

Apesar de não ser necessariamente da Escola de Chicago, o pensamento quanto à importância do consumidor, a busca por seu bem-estar e seu papel na economia influenciaram outros economistas. Em meio a esse contexto, advindo da Escola Clássica Austríaca, LUDWIG VON MISES, defendia a sociedade vista a partir do consumidor. Na verdade, para ele, as relações de consumo eram quem ditavam o caminhar econômico, a prevalência ou a falência de determinados modelos produtivos, influenciavam os valores financeiros de tudo, dos produtos e serviços até da própria mão-de-obra³⁶. Mas para tanto, era necessária a liberdade.

³³ Nesse sentido, destaca-se o registro histórico de CRANE que verificou de maneira associativa o desenvolvimento do pensamento do Direito Antitruste junto aos acontecimentos havidos à época bem como os valores que refletiam: "In the post-War Era, the rise of the free trade movement allowed testing of the claim advanced by Wilson that the trust problem was largely a function of trade barriers. The Chicago School arose at a time when foreign competition was flooding the U.S. market as never before. Its generally *laissez faire* policy recommendations for antitrust resonated with realities that many markets were becoming intensely more competitive as a result of foreign entry". CRANE, Daniel A., All I really need to know about antitrust I learned in 1912. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015. P. 2037

³⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 42

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 138

³⁶ "MISES, Ludwig von. As seis lições. 7 ed. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. P. 29

Contemporânea à Escola de Chicago, havia também a Escola de Yale. A primeira, considerada mais positiva, centrava-se muito na ideia de eficiência como fator de promoção do bem-estar. Contudo, a segunda, criticando a impossibilidade de se ater e se prender tanto ao critério de eficiência e a não adequação total de tal juízo para promover o bem-estar, defendia a inserção de outras variáveis nos juízos de bem-estar, como, por exemplo, a felicidade³⁷.

Entretanto, a Escola de Chicago foi muito mais difundida que a Escola de Yale, pois, ao fim, conseguiu demonstrar que a busca pela eficiência é uma importante contribuição econômica para a própria justiça distributiva. Além disso, a inserção do juízo e a avaliação de custo-benefício não implica compulsoriamente em se deixar de lado outros valores, pois ela consegue conviver bem com as políticas redistributivas e as ideias de justiça³⁸.

Posteriormente, viu-se o surgimento do movimento Pós-Chicago, que trazia uma preocupação quanto à proteção da concorrência em si como o âmago central do Direito Antitruste. Aqui, defende-se que a concorrência gera competitividade e ambas são fatores imprescindíveis para a preservação das próprias liberdades econômica e de iniciativa³⁹.

FOX sintetiza e narra os trabalhos de JOSEPH BRODLEY, quem defendeu que, mediante uma mistura de eficiência econômica promovida pela competitividade, é que o Direito Antitruste poderia alcançar seu objetivo econômico de incrementar o bem-estar social e do consumidor. Para ele, o chamado bem-estar antitruste se suporta pelo tripé eficiência, bem-estar do consumidor e rivalidade. Só assim, o Direito

³⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. 43-44

³⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 43

³⁹ Nesse sentido, já traçando as diretrizes iniciais do movimento Pós-Chicago, o Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos disse: “Antitrust laws... are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms”. US Supreme Court Justice Thurgood Marshall in *US v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972). De igual sentir, atualmente, AREEDA e HOVENKAMP sintetizaram muito bem essa ideia do foco sobre a competitividade que se compreende do Direito Antitruste: “Today it seems clear that the general goal of the antitrust laws is to promote ‘competition’ as the economist understands that term. Thus we say that the principal objective of antitrust policy is to maximize consumer welfare by encouraging firms to behave competitively”. AREEDA, Philip E.; HOVENKAMP, Herbert.. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application* (2013) ¶100, p. 4

Antitruste poderia perseguir metas além da dinâmica e da progressividade econômicas para alcançar, também, questões sociais não econômicas⁴⁰.

Para BRODLEY, há três tipos de eficiência: a produtiva, a alocativa e a dinâmica (inovadora), sendo esta última a mais importante por beneficiar as outras duas⁴¹. Além disso, ele tenta firmar uma definição para a ideia de bem-estar do consumidor, pois discorda da associação disso com eficiência e com interesse superior. Para ele, o termo representa benefícios quantitativos e qualitativos, harmonizados com um interesse social geral entrelaçado com a eficiência gerada e promotora da inovação⁴².

BRODLEY apontou que a rivalidade que gera a competitividade é o novo paradigma Pós-Chicago⁴³. A partir do trabalho de MICHAEL PORTER, BRODLEY enfatizou que fusões e alianças são tendências que asseguram a mediocridade⁴⁴. Para ele, a perda de rivalidade doméstica é como uma raiz seca que vagorosamente corrói as vantagens da competitividade e reduz o ritmo da inovação e de dinamismo⁴⁵.

BRODLEY disse, ainda, que o Direito Antitruste que não promove a rivalidade é uma tolice, pois, apenas a competitividade gerada pela rivalidade é que vai proporcionar o bem-estar antitruste⁴⁶. Por fim, como FOX narra, BRODLEY conseguiu contornar a ideia negativa de rivalidade no contexto antitruste para associá-la com vetor de eficiência dinâmica⁴⁷.

Como dito anteriormente, o desenvolvimento das doutrinas Antitruste se fez paralelamente nos campos do saber jurídico e econômico, um dando suporte ao outro. Nessa equação, essas ciências juntas demonstram que outras características que

⁴⁰ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1377-1378

⁴¹ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1378

⁴² FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1378

⁴³ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1378-1379

⁴⁴ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1379

⁴⁵ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1379

⁴⁶ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1380-1381

⁴⁷ FOX, Eleanor M.; Antitrust welfare - the Brodley synthesis. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010. P. 1383

ajudam a fortalecer ainda mais o Direito Antitruste são a informação, a instituição, a liberdade, a democracia e a justiça.

No que diz respeito à informação, ressaltam-se os trabalhos de AKERLOF, a partir de suas pesquisas, ele constatou um problema envolvendo a assimetria da informação no mercado, sobretudo no tocante à qualidade das mercadorias e serviços, o que pode levar, inclusive, ao desaparecimento do próprio segmento, em face das incertezas geradas e os malefícios decorrentes⁴⁸.

Para ele, o melhor instrumento de contra-ataque dessa assimetria é a presença de instituições⁴⁹, que vão atuar em prol de garantias, especialmente das informações de quantidade, qualidade e correspondência de preço, para dar suporte ao fluxo mercadológico.

Em associação a essa linha de raciocínio, há também os trabalhos de STIGLITZ e SPENCE. O primeiro trabalhou a sistematização da ideia da economia da informação e a importância que a informação tem nas transações mercantis⁵⁰; e o segundo discutiu as formas pelas quais se transmite informação e a consequente redução das assimetrias decorrente dessa difusão⁵¹. Os três autores compartilharam o Prêmio Nobel de Economia de 2001.

Portanto, a informação é circunstância importante que vai proporcionar cenário benéfico às transações comerciais, logo, combate as restrições mercantis, bem como subsidia garantias ao consumidor, dando-lhe condições de discernir o que realmente está adquirindo, quantitativa e qualitativamente, e se o preço é condizente

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan e OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 17

⁴⁹ AKERLOF, George A.; The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970). P. 499.

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan e OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 17

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan e OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 17

– ou se há sobrepreço injustificado –, bem como teria ciência da oferta, logo, dá bem-estar aos consumidores.

Em consonância com a economia da informação, HAYEK defendia a ideia de conhecimento econômico⁵². Nesse sentido, segundo a narrativa de CALIXTO, o conhecimento seria o fator a partir do qual se conferiria proteção ao consumidor, mormente a descoberta das utilidades dos produtos e das opções existentes no mercado. Assim a concorrência, sob essa perspectiva, é o único fenômeno que permitirá o conhecimento no ambiente mercadológico, servindo, principalmente ao consumidor, mas também aos próprios concorrentes⁵³, que vão se dimensionar e ajustar as características e peculiaridades de cada ambiente econômico.

Quanto às instituições, destacam-se os trabalhos de DOUGLASS C. NORTH. Sob a narrativa econômica de PAULO GALA, as instituições vão combater as incertezas e os custos de transação⁵⁴ e vão proporcionar um contexto que viabiliza uma abertura para as novas organizações, ou seja, as instituições constroem um ambiente favorável à efetivação do exercício da livre concorrência pelos outros titulares e maximiza a democracia⁵⁵.

Já sob a narrativa econômica de FIANI, as instituições de NORTH são vetores garantidores da democracia e da liberdade. Justamente por reduzir os custos de transação, reduz-se, também, os custos de transação inerentes à democracia, favorecendo o aumento das transações democráticas, especialmente nos processos de decisão que envolvem eleitores, parlamentares e burocratas, além de reduzir a ignorância e aumentar as percepções subjetivas dos processos democráticos⁵⁶.

⁵² Segundo relata CALIXTO, para HAYEK, “o conhecimento econômico é, por sua natureza, prático, e o melhor conhecimento é adquirido individualmente, através do processo de escolha, isto é, através da efetiva existência de concorrência”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 38

⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 39-41.

⁵⁴ GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North - Revista de Economia Política, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003. P. 100

⁵⁵ GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North - Revista de Economia Política, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003. P. 101

⁵⁶ FIANI, Ronaldo. Crescimento econômico e liberdades - a economia política de Douglass North. Economia e Sociedade, Campinas, v. 11, n. 1 (18), p. 45-62, jan./jun. 2002. P. 60

Ademais, a partir do momento em que as instituições garantem direitos, especialmente à propriedade e à liberdade, reduz-se os custos transacionais econômicos a proporcionar um incentivo para o desenvolvimento, mediante a ampliação, também, do universo de escolhas e da oferta de ferramentas para se tomarem escolhas ótimas⁵⁷.

Agora, sob a narrativa jurídica de BOHRER e SCORZA, vê-se a grande ascensão das teorias neoinstitucionalistas⁵⁸, nas quais se destaca NORTH, quem atribuiu especial importância da concorrência como componente fundamental para o desenvolvimento econômico e a evolução das instituições, as quais vão se utilizar da concorrência e do desenvolvimento para aumentá-los⁵⁹.

Na leitura que BOHRER e SCORZA fizeram de NORTH, ficou claro que as instituições amoldam a interação humana e têm como função reduzir as incertezas e estabilizar as estruturas⁶⁰ e vão atuar de forma a influenciar na construção e da definição das possibilidades de escolha que, com o vetor de informação, induzem a participação dos agentes nas atividades econômicas⁶¹. Ou seja, a concorrência é uma garantia institucional mínima⁶².

⁵⁷ FIANI, Ronaldo. Crescimento econômico e liberdades - a economia política de Douglass North. Economia e Sociedade, Campinas, v. 11, n. 1 (18), p. 45-62, jan./jun. 2002. P. 61

⁵⁸ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 243

⁵⁹ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 244

⁶⁰ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 244.

⁶¹ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 245

⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 158

As instituições podem atingir vários níveis de eficiências, mensurados pelas condições de realização da garantia maior ou menor de direitos. Portanto, cada sociedade tem suas próprias formatações institucionais e níveis de eficiência estabelecidos e almejados⁶³ a impossibilitar ou tornar inapropriadas comparações rápidas e superficiais.

De todo modo, esses dois autores apontam que, a partir de NORTH, a livre concorrência oferece nítidos e robustos benefícios institucionais. A competitividade é fator fundamental para um processo contínuo de desenvolvimento econômico, mormente o incentivo às mais variadas formas de inovação (métodos produtivos, produtos, serviços, formas de distribuição etc.), como também um incentivo à entrada de novos agentes econômicos. Tal ambiente promove a competitividade, aumenta a eficiência sistêmica e efetiva o desenvolvimento socioeconômico⁶⁴.

Por outro lado, a carência da livre concorrência e das instituições gera uma série de prejuízos, tanto à competitividade quanto à inovação. Num ambiente de monopólio, não há incentivos para qualquer tipo de inovação e ainda se chega ao ponto de subversão da própria lei da oferta e demanda, logo, apenas os monopolistas percebem benefícios em detrimento do consumidor⁶⁵.

E mais, a competitividade e a inovação geradas pela livre concorrência vão exigir também um ritmo evolutivo das próprias instituições, como por exemplo, a regulação setorial que vai ter que acompanhar novidades tecnológicas dos nichos que regem, como se viu na segunda metade do Século XX e começo do Século XXI⁶⁶.

⁶³ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 249.

⁶⁴ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 251

⁶⁵ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 251

⁶⁶ BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA

Por fim, a conclusão de NORTH foi que o chamado *Path Dependence* vai além da criação da matriz das instituições e seu desenvolvimento – as instituições de ontem é que criam o cenário orgânico e econômico de hoje –, há, na verdade, um emaranhado de instituições independentes que, além de permitir que organizações e ambientes econômicos afluam, vai permitir, também, as oportunidades⁶⁷.

Em se tratando de oportunidades, destacam-se os trabalhos de AMARTYA SEN. Para ele, o desenvolvimento requer a remoção das privações das liberdades, o que implica dizer oferecer reais oportunidades⁶⁸. O leque de oportunidades é um reflexo da moldura das instituições e das liberdades instrumentais que aos sujeitos são oferecidos em determinado sistema normativo⁶⁹. Sejam oportunidades para a participação das decisões públicas (democracia)⁷⁰, sejam como o leque de opções de exercício das liberdades individuais (plenas, inadequadas, insuficientes ou inexistentes)⁷¹, ambos vão refletir as chances que a pessoa tem para levar uma vida boa e viver numa situação de bem-estar como também vão servir de substrato para compreender as influências causais que prejudicam as oportunidades⁷².

Sendo assim, SEN vai demonstrar que a negação das oportunidades pode ser uma privação de liberdade, dentre as quais as liberdades de iniciativa e política, mediante restrições arbitrárias⁷³, como por exemplo, práticas anticompetitivas, como também, a participação das tomadas de decisões públicas ou falta de acesso isonômico aos serviços públicos.

DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 253

⁶⁷ NORTH, Douglass C.; Institutions. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1. (Winter, 1991), p. 109.

⁶⁸ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 18

⁶⁹ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 25

⁷⁰ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 31

⁷¹ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 31

⁷² SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 40.

⁷³ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 41.

Por isso, SEN defende que a oportunidade é o instrumento que proporciona a liberdade individual, a qual subsidia o aprimoramento pessoal e coletivo, quando o exercício singular é feito de modo socialmente adequado, apropriado e eficaz⁷⁴. De igual modo, SEN vê a democracia tanto como instrumento criador de um conjunto de oportunidades quanto um vetor sobre o uso das oportunidades por ela criadas⁷⁵.

Noutra obra, SEN defende que mais liberdade proporciona mais oportunidade e quanto mais oportunidades mais se consegue buscar a satisfação daquilo que cada pessoa valoriza⁷⁶. Por isso, para ele, a oportunidade é vista sob as perspectivas da igualdade e justiça, mediante os aspectos de processo e capacidade. Ele entende ser necessário haver oportunidades reais para a realização de funcionamentos valiosos, o que seria a formalização das liberdades que vem a chamar de capacidade, mas vai exigir também um procedimento para implementação e efetivação, bem como decisões livres e conscientes⁷⁷. Um aprofundamento maior na obra de AMARTYA SEN será feito no próximo capítulo.

Diante disso, entende-se que a oportunidade é um fator intrínseco à liberdade, à democracia e à justiça. Para o Direito Antitruste, quando se defende a competitividade e a efetivação da livre concorrência, quer-se maximizar as liberdades de iniciativa e contrato de forma harmônica entre seus titulares, em doses equivalentes para cada qual, proibindo e coibindo excessos, mas compelindo um exercício republicano, logo justo e democrático.

2.3 OS BENEFÍCIOS DA COMPETITIVIDADE E DA CONCORRÊNCIA

Tomando como base todo esse suporte teórico, constata-se que a importância da livre concorrência e das instituições não só para a performance

⁷⁴ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 46

⁷⁵ SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 182

⁷⁶ SEN, Amartya Kumar. A Ideia de Justiça. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009. P. 228

⁷⁷ SEN, Amartya Kumar. A Ideia de Justiça. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009. P. 353

econômica, mas também para outros segmentos, a exigir instituições de natureza política e social, além daquelas propriamente econômicas⁷⁸.

Portanto, o que se vê é que o movimento Pós-Chicago não superou ou se opôs às ideias defendidas pela Escola de Chicago, mas tratou de implementá-las e atualizá-las, mediante a inserção dos fatores informação, instituição e competitividade, aliada à importância da liberdade, da igualdade, da democracia e da justiça, as quais resultam tanto na proteção e no bem-estar do consumidor, quanto no desenvolvimento socioeconômico que preza pela eficiência e pelo dinamismo.

Dessa forma, o Direito Antitruste é comprovadamente um instrumento que proporciona benefícios à sociedade em várias perspectivas. Um dos grandes nomes associados à Escola de Chicago e ao Direito Econômico é RICHARD ALLEN POSNER. Em um de seus mais de 300 artigos, ele demonstra o custo social (negativo) gerado pelas atividades em monopólio, mormente a transferência da riqueza do consumidor para os detentores do poder econômico abusivo⁷⁹, a redução da competitividade causada pelo monopólio⁸⁰, o surgimento da perda pelo peso morto (*deadweight loss*)⁸¹ e a ineficiência (*x-inefficiency*)⁸². O que o leva a defender a utilização do Direito Antitruste para combater todas essas negatividades e promover a competitividade, pois, apesar de representar um custo social e um custo transacional em si, é menor e melhor do que a existência de práticas anticompetitivas⁸³.

⁷⁸ FIANI, Ronaldo. Crescimento econômico e liberdades - a economia política de Douglass North. Economia e Sociedade, Campinas, v. 11, n. 1 (18), p. 45-62, jan./jun. 2002. P. 61

⁷⁹ POSNER, Richard A.; The social cost of monopoly and regulation. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974. P. 1-3, 20 e 24.

⁸⁰ POSNER, Richard A.; The social cost of monopoly and regulation. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974. P. 20

⁸¹ POSNER, Richard A.; The social cost of monopoly and regulation. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974. P. 20

⁸² POSNER, Richard A.; The social cost of monopoly and regulation. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974. P. 26-27

⁸³ POSNER, Richard A.; The social cost of monopoly and regulation. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974. P. 30.

Não obstante, ALAN DEVLIN comprova que o Direito Antitruste é uma ferramenta muito poderosa em tempos de crise econômica, especialmente quando a regulação setorial não se consegue ajustar para fazer frente às novas práticas mercadológicas de maneira adequada e em tempo hábil suficiente. Segundo o referido autor, o Direito Antitruste se revela aplicável e constante mesmo diante das inovações ocorridas, pois as formatações econômicas, em regra e de maneira geral, permanecer-se-ão enquadráveis aos conceitos antitruste⁸⁴.

Nesse mesmo sentido, ainda na década de 70, RICHARD POSNER, em outro de seus artigos, analisa as teorias de regulação econômica para concluir que nem a tradicional teoria do interesse público ou a teoria da regulação econômica são satisfatórias⁸⁵. Ele defende, ao fim, a melhor adequação e efetividade do Direito Antitruste e reforça esse mesmo entendimento em tempos atuais, especialmente diante da economia digital que se desenvolve com muita celeridade, não sendo devidamente acompanhada pela regulação setorial⁸⁶.

Em trabalho de referência tanto jurídica quanto econômica, LOUIS KAPLOW e CARL SHAPIRO apontam e demonstram empiricamente os malefícios que práticas anticompetitivas resultam, tais como o aumento do preço decorrente da formação de cartéis⁸⁷, bem como o aumento dos preços decorrente das fusões horizontais e formação de conglomerados⁸⁸, a prática de preços predatórios pelos monopólios⁸⁹, além da consequente redução da concorrência do setor⁹⁰.

Um dos principais efeitos dessas práticas é a subversão da primeira lei do mercado, a lei da oferta e demanda, mormente o conluio instaurado passa a gerir

⁸⁴ DEVLIN, Alan. Antitrust in an era of market failure. Harvard Journal of Law and Public Policy. Vol. 33. Nº 02.

⁸⁵ POSNER, Richard A.; Theories of economic regulation. Working paper nº 41. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, May 1974, p. 37.

⁸⁶ POSNER, Richard A.; Antitrust in the new economy. 68 Antitrust L.J. 925 2000-2001. P. 19

⁸⁷ KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 59

⁸⁸ KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 77.

⁸⁹ KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 113

⁹⁰ KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 81.

arbitrariamente a produção e a distribuição, bem como o respectivo preço, impedindo que novos agentes possam tentar ingressar no mercado com uma nova equação financeira.

O referido trabalho ainda enfrenta o suposto argumento de eficiência trazido como argumento de justificação das fusões. Para eles, muitas vezes as propostas de fusões se utilizam de estudos robustos que tentam demonstrar uma suposta eficiência advinda da formação do conglomerado. Contudo, se não for verdadeiramente analisado, acaba por legitimar a formação de conglomerados que vão aumentar apenas preços arbitrariamente sem capacidade alguma de inserir qualquer eficiência⁹¹.

Portanto, os KAPLOW e SHAPIRO demonstram que essas práticas apenas reduzem a competitividade dos segmentos e mercado, bem como das próprias liberdades de iniciativa e contratual⁹².

Com efeito, verifica-se uma série de benefícios advindos do Direito Antitruste e da efetivação da livre concorrência, tais como a estabilização, o equilíbrio e a correspondência de preços. Nem eles são alterados discricionariamente mediante decisões unilaterais abusivas dos cartéis ou monopólios, nem eles deixam de refletir o real valor do que representam, são preços enquadrados num patamar justo.

Ademais, favorece-se e se estimula a inovação tecnológica. A disputa pelo consumidor faz com que os agentes econômicos desenvolvam novas tecnológicas para angariar maiores fatias do mercado, seja mediante a oferta de produtos mais inovadores, mais eficientes, seja por produtos que satisfaçam mais os anseios pessoais e detalhistas do consumidor.

E isso gera uma maior fluidez mercadológica, aumentando a eficiência (produtiva, distributiva, alocativa e dinâmica) e reduzindo os custos (de transação e

⁹¹ KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 83

⁹² KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>. P. 121.

de produção), criando um cenário de maior pujança mercantil a dar suporte a um desenvolvimento socioeconômico.

Por fim, implementa-se um melhor cenário de acesso e informação em prol do consumidor que vai, justamente com todas as características anteriores, enaltecer suas liberdades, bem como as liberdades do próprio mercado, quanto à iniciativa, à concorrência e ao contrato.

E é precisamente nesse contexto que ALBERT FOER discute os objetivos do Direito Antitruste. Segundo sua pesquisa, há um leque variado de finalidades a que o sistema antitruste se preza, dentre as quais a adequação/conformação de um enquadramento da economia conforme os valores da sociedade (objetivo político)⁹³; fazer mais a partir do menos (eficiência produtiva) e melhorar a distribuição (eficiência alocativa)⁹⁴; e fazer a torta – economia como um todo – crescer (eficiência dinâmica)⁹⁵. Para, ao fim, concluir que, na verdade, esses objetivos são todos secundários, pois o foco principal é instituir a competitividade como princípio regente básico da economia, a partir do que se conseguirá galgar os objetivos que entende por secundário⁹⁶.

Assim, em síntese, vê-se que o Direito Antitruste, sob o prisma propedêutico, tutela a liberdade (econômica, contratual, iniciativa e concorrência), a democracia, a igualdade, a justiça, protegendo não só o consumidor, mas também,

⁹³ FOER, Albert A.; The goals of antitrust: Thoughts on consumer welfare in the US. MARSDEN, Philip. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. 2007. P. 574-575

⁹⁴ FOER, Albert A.; The goals of antitrust: Thoughts on consumer welfare in the US. Philip Marsden. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. 2007. P. 575-576

⁹⁵ FOER, Albert A.; The goals of antitrust: Thoughts on consumer welfare in the US. Philip Marsden. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. 2007. P. 576-577

⁹⁶ A reflexão conclusiva de FOER é de um brilhantismo sem comparações, veja-se: "I would say that there is only one primary goal of antitrust, namely a market-based economic system in which competition should be the ruling principle so long as it creates a reasonable balance of certain specified outcomes, which constitute the secondary goals: stimulation and opportunity for innovation and growth; efficient production and allocation of resources; competition-determined prices for consumers; a reasonable range of choices for all participants in the market; and a set of guiding rules make decisions within the system. I would admit that sometimes these desired outcomes will clash and that there are no lasting algorithms for setting priorities in such instances. Human judgment (primarily that of law enforcers and courts, egged on by the critiques of learned commentators) will simply have to sort things out on a case-by-case basis. Dependent upon the strength of the evidence that happens to be available, and informed by best economic analyses and legal argumentation of the day. A science? No. More or an art form that goes by the name, common law". FOER, Albert A.; The goals of antitrust: Thoughts on consumer welfare in the US. Philip Marsden. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. 2007. P. 586

indiretamente, o próprio competidor⁹⁷, objetivando o desenvolvimento socioeconômico, do que se conclui que protege, também, o mercado e a sociedade.

Além disso, o Direito Antitruste é um instrumento fortíssimo para o combate à corrupção. JOSH GOODMAN verificou várias tendências de convergência e paralelismo entre o sistema antitruste de combate a práticas anticompetitivas e o sistema de combate à corrupção. Segundo aponta, é possível combinar ambos os sistemas nos mesmos casos de persecução, o que o leva a crer e defender que as práticas antitruste e anticorrupção se beneficiam muito de um intercâmbio de conhecimento e experiências⁹⁸.

Inclusive, como apresentado por EDUARDO PÉREZ-MOTTA, na Conferência Internacional Antitruste ocorrida em outubro de 2015 na Universidade de Nova Iorque⁹⁹, o Direito Antitruste é de tamanha importância que suas preocupações e objetivos se relacionam e entrelaçam com tantos outros ramos do Direito, em especial o combate à corrupção, a ponto de ser incluído pela Organização das Nações Unidas como a 16ª meta de sustentabilidade.

Conforme EDUARDO PÉREZ-MOTTA, a ONU entende que a corrupção é fenômeno que tem a ocorrência favorecida num ambiente de fraqueza institucional, seja por parte dos órgãos, seja por parte do sistema normativo que não é

⁹⁷ Acerca da tutela do Direito Antitruste quanto aos agentes competidores remanesce válida lição e reflexão de EDLIN e FARREL: “Antitrust protects the potential beneficial trades between competitors and consumers. Since both consumers and competitors gain from such trade, this view can explain why both consumers and thwarted competitors have antitrust rights, even though antitrust protects 'competition and not competitors'. Consumers are not protected from all high prices, but only from those that a competitor would be happy to beat but some thwarting action; this explains why a pure monopoly does not violate the law simply by charging high prices. Competitors are not protected from actual everyday low prices, but only from tactics such as moving the goalpost that block them from giving customers a better deal than a monopoly does. Antitrust does not ban everything that reduces consumer welfare in equilibrium. Instead congress banned restraint of trade and monopolization which can be understood as a monopoly's erection of unnatural barriers (restraint) that 'restrict free competition' in the words of judge Wyzanski in United Shoe. We explored the idea that these prohibitions may be unified if the competitive process is understood to mean the process of seller and buyers forming improving coalitions. This contrasts with the ahistorical view that the meaning of 'competition' is anything that improves total or consumer welfare”. EDLIN, Aaron; FARREL, Joseph. Freedom to trade and the competitive process. Working paper 16818. <http://www.nber.org/papers/w16818>. P. 9

⁹⁸ GOODMAN, Josh. The anti-corruption and antitrust connection - the antitrust source. April 2013. www.antitrustsource.com. P. 1 e 10

⁹⁹ Antitrust in Emerging and Developing Economies: Africa, Brazil, China, India, Mexico. New York University. New York (USA). October 23rd, 2015.

suficientemente bom na teoria e/ou na prática. De qualquer forma, a ONU associa a corrupção com os problemas institucionais que, além de causar desperdício de recursos, mitigam o desenvolvimento socioeconômico e o acesso à serviços públicos, seja por dificultar o fluxo mercantil, seja por obstar liberdade, justiça e democracia.

No Brasil, a utilização do Direito Antitruste para auxiliar o combate à corrupção é interessantíssima, especialmente porque se tem altos índices de corrupção, sobretudo ocorridas no seio da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93). Essa própria normatividade se preza a tutelar a livre concorrência e a competitividade por ela gerada, as quais, por conseguinte, proporcionarão economia aos cofres públicos e eficiência para as obras e serviços públicos.

A licitação visa a proporcionar um procedimento que garanta a observância da isonomia e que resulte na seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública – aqui a administração pública figura como consumidor de bens e serviços –. Tudo isso, acreditando-se que, assim, será possível promover um desenvolvimento sustentável, ou seja, eficiente e racional, considerando a economia de recursos públicos.

Numa rápida leitura da Lei de Licitações, é fácil encontrar vários dispositivos que veiculam a importância da competitividade¹⁰⁰, inclusive a criminalização de sua fraude¹⁰¹, quando se busca (i) aumentar o caráter competitivo e (ii) combater sua restrição. Isso, pois, é justamente a competitividade que justifica a liturgia exigida pela licitação, tendo em vista que, dada a inexistência ou inviabilidade

¹⁰⁰ Lei nº 8.666/93, Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

¹⁰¹ Lei nº 8.666/93, Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

de competição é que se possível/autorizada a inexigibilidade do processo licitatório (art. 25, caput, Lei nº 8.666/93)¹⁰².

Entretanto, dentre as mais variadas formas de se fraudar licitação, acaba-se por incorrer em práticas anticompetitivas, como por exemplo, combinar preços, distribuir mercados, superfaturamento (preço abusivo) e formação de cartéis.

Aliás, importante destacar que há entendimento de que a formação de consórcios para a participação de licitações não passa pelo crivo das autoridades antitruste. Ou seja, há uma lacuna na regência das licitações, especialmente os pregões e leilões públicos quanto à incidência do Direito Antitruste¹⁰³.

Ora, se o Direito Antitruste se presta a combater prática anticompetitivas e formação de conglomerados que prejudiquem ou possam prejudicar a concorrência, não deveria haver tal imunidade, sobretudo porque, na licitação, o Estado é o consumidor dos bens dela advindos e, ao se atingir o Estado, atinge-se toda a sociedade (administrados-cidadãos-contribuintes). Esse permissivo legal põe a Administração Pública, os administrados e os serviços e obras públicas à mercê da possibilidade dos potenciais malefícios oriundos das práticas anticompetitivas já expostos acima. Tal sistemática não pode mais prevalecer.

Não custa ressaltar que a economia da receita pública por resultar uma necessidade menor de arrecadação ou sobra de recurso para prover mais/melhores serviços públicos para contemplação de um maior número de cidadãos. É uma questão de eficiência e até mesmo de sustentabilidade, ou seja, fazer mais a partir do menos.

Folheando precedentes do Poder Judiciário Brasileiro, vê-se uma considerável parcela de casos que, muito embora não foram associados com o Direito Antitruste de alguma forma, foram levados ao crivo do Poder Judiciário sob a égide

¹⁰² Lei nº 8.666/93, Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

¹⁰³ “O novo regime inaugurado pelo art. 90 da Lei n. 12.529/2011 tornou-se imunes ao controle estrutural do CADE quando acordos associativos, consórcios e joint ventures forem firmados com o objetivo de participação em processos de licitação, e os contratos delas decorrentes”; E, “não há obrigatoriedade de manifestação das autoridades concorrenciais no que tange aos editais de licitação e aos processos de desestatização de serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 391

da Improbidade Administrativa (art. 10, VIII, e art. 12, II, da Lei nº 8.429/94)¹⁰⁴ e de Ações Penais movidas por fraudes à licitação (art. 89, 90, 93, 95 e 96, da Lei nº 8.666/93)¹⁰⁵. Assim, perdeu-se ótimas oportunidades de tutelar a livre concorrência e a ordem econômica e financeira, que deveriam ter impellido a associação com e aplicação do Direito Antitruste (art. 36, da Lei nº 12.529/2011)¹⁰⁶ e suas conseqüentes

¹⁰⁴ Lei nº 8.429/92, Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Lei nº 8.429/92, Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

¹⁰⁵ Lei nº 8.666/93, Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Lei nº 8.666/93, Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Lei nº 8.666/93, Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Lei nº 8.666/93, Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Lei nº 8.666/93, Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

¹⁰⁶ Lei nº 12.529/2011, Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

sanções [(art. 37 e 38, da Lei nº 12.529/2011)¹⁰⁷, e (art. 4º, da Lei nº 8.137/90)¹⁰⁸]. Inclusive, até mesmo, para a gradual e progressiva implementação de uma cultura de respeito a essa disciplina.

Aliás, com o advento da nova lei anticorrupção, busca-se punir também a pessoa jurídica que tenha se envolvido nas práticas fraudulentas e prejudiciais à licitação e seu caráter competitivo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Lei nº 12.529/2011, Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Lei nº 12.529/2011, Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

¹⁰⁸ Lei nº 8.137/90, Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

¹⁰⁹ Lei nº 12.846/2013, Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra

2.4 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

O Direito Antitruste das terras tupiniquins viveu uma história bem diferente do que se viu nos Estados Unidos. A primeira previsão normativa da livre concorrência foi na Constituição Federal de 1946¹¹⁰. Logo se vê que a compreensão brasileira acerca da importância de uma economia competitiva e a germinação de uma cultura e uma educação econômicas veio com bastante atraso¹¹¹, do que se verifica sua ainda feição bastante embrionária.

Não obstante a criação do CADE e a primeira regulação do abuso de poder econômico só em 1962, mediante a Lei nº 4.137, não houve maiores efetivações e promoções de suas aplicações e atividades e, conseqüentemente, da livre concorrência em virtude do regime militar instaurado. Nessa época, a economia brasileira era muito concentrada, caracterizada por grandes conglomerados e, até mesmo, muitos monopólios estatais¹¹², o que não justificava qualquer preocupação com a livre concorrência e a competitividade.

Apesar de um começo tardio e um contexto de muita concentração e conglomerados econômicos, semelhante ao histórico brasileiro, no Japão houve um impulso maior com melhores resultados, tanto que a competitividade da produção e a economia japonesa atingiram os EUA ainda na década de 70 a ponto de repercutir em seu Direito Antitruste, como dito anteriormente. A experiência japonesa verificou a

os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

¹¹⁰ CF/1946, Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

¹¹¹ "Até a Constituição de 1946 não houve previsão constitucional em relação à disciplina da concorrência ou ao abuso do poder econômico". AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ou supranacional. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 266

¹¹² Nesse sentido, destaca-se o relato histórico de TAVARES: "o CADE foi criado pela Lei 4.137/62, mas, conforme observou a doutrina, restava como um órgão inoperante, sem maior força. 'A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados". TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 334

necessidade de suporte cultural e educacional para o pleno desenvolvimento e o funcionamento do Direito Antitruste, tanto que investiu nos guias informativos de boas práticas, programas de *compliance* e leniência¹¹³.

Portanto, ainda que se aduzam obstáculos passados e más decisões pretéritas contrários ao desenvolvimento e à implementação do Direito Antitruste nas terras brasileiras, bem como um vazio de cultura e compreensão, vê-se a imprescindibilidade de promover a livre concorrência e o Direito Antitruste o quanto antes, especialmente pela rápida verificação de resultados positivos.

Sob a égide da atual Constituição Federal, viu-se um verdadeiro despertar da livre concorrência no Brasil, especialmente promovida pela abertura econômica e os programas de desestatização da década de 90 que promoveram a renovação legislativa – com o advento das Leis nº 8.137/90, 8.158/91, 8.884/94 e 12.529/2011 – e a tardia implementação das atividades do CADE¹¹⁴.

Ainda somos um recém-nascido no tocante à livre concorrência e ao Direito Antitruste, com muito a amadurecer, sobretudo no tocante à cultura e à educação econômicas¹¹⁵. Assim, não se tem essa consideração quanto a sua importância e a seus efeitos benéficos para a sociedade, a economia e o consumidor, pelo menos não tão difundida quanto se deveria. De uma forma ou de outra, a ampliação e a efetivação

¹¹³ Quanto a isso, destaca-se o seguinte trecho: "Como resultado, houve maior difusão da cultura antitruste e obediência à lei. A própria JFTC passou a difundir a política antitruste, divulgando suas guidelines, baseadas na experiência já consolidada nos Estados Unidos e Europa". (...) "Deve-se ter em vista, entretanto, que só foi possível a efetivação da defesa da concorrência no Japão quando as previsões legais tornaram-se compatíveis com as práticas arraigadas na sociedade. Um país que estimulou por muito tempo a formação de cartéis a fim de fortalecer as indústrias nacionais e permitir um melhor posicionamento na economia global não poderia, subitamente, criminalizar tais condutas. Ao contrário, apenas com a disseminação da importância da política concorrencial é que a competitividade passou a ser valorizada. Dessa forma, conseguiu-se uma maior participação da sociedade, inclusive na definição das práticas a serem adotadas na análise antitruste, como se pode observar no procedimento para a edição das novas guidelines. Assim, o caso japonês é um exemplo bem-sucedido da transição de um sistema de defesa da concorrência praticamente inoperante para dos mais atuantes, inserindo-se no contexto das melhores práticas de defesa da concorrência do mundo". FONTENELE E SILVA, Carolina Saboia. Efetivação Da Política De Defesa Da Concorrência: O Exemplo Japonês. *Juris Síntese* nº 78 - JUL/AGO de 2009

¹¹⁴ Mais a diante, voltar-se-á a falar sobre as atividades do CADE nos últimos anos.

¹¹⁵ "A promoção da cultura da concorrência refere-se ao papel educacional das autoridades concorrenciais na disseminação da política de competição saudável na consciência coletiva de mercado, e ao papel de, direta ou indiretamente, essas autoridades influírem na formulação das demais políticas públicas, de modo a garantir que a concorrência seja maximizada e incentivada". FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 223

do Direito Antitruste revelam sua razão de ser e de se defender, o que se faz doravante.

2.5 CONCLUSÃO PARCIAL

A primeira conclusão a que se chega no presente trabalho é quanto a importância que a livre concorrência tem para a sociedade, sob os pontos de vista jurídico, econômico e social.

Apesar de haver registros quanto à existência de normas antitruste para combater as práticas anticompetitivas já no Império Romano, sua origem contemporânea remonta à construção pelo *Common Law* no início do Século XVIII e formalização em lei no final do Século XIX, primeiramente no Canadá e, logo em seguida, no Estados Unidos, o Direito Antitruste apresenta a busca ao combate das restrições de mercado e as limitações à concorrência em prol de uma fluidez mercadológica.

Considerando o exponencial e a referência do assunto no sistema Norte Americano, no curso do tempo, desenvolvido por vários movimentos pensantes, o Direito Antitruste se revelou um sistema normativo protetor da liberdade, da democracia, da igualdade e da justiça, que, na verdade, reflete uma cultura preocupada com a dinâmica mercantil, quer seja para poder efetivar e exercer seus próprios direitos individuais, quer seja para não ser prejudicado pelo abuso do exercício alheio e pelas perversidades resultantes. Diversos estudos apontaram o mal efetivo ou potencial decorrente das práticas anticompetitivas, em especial, o monopólio, os cartéis, os conglomerados, a ineficiência, o peso morto dos preços ao consumidor, entre outros.

Esses vários estudos são realizados em momentos distintos e muitos característicos da evolução do pensamento e da compreensão do Direito Antitruste, do que se destacaram a Doutrina Anciã, a Constitucionalização, as Escolas de Chicago e Yale, bem como o movimento Pós-Chicago. O destaque de alguns desses trabalhos foi tão grande que proporcionou a seus autores o recebimento de Prêmios Nobel.

Não obstante a evolução legislativa e doutrinária do Direito Antitruste, verificou-se que o Poder Judiciário teve papel fundamental em seu desenvolvimento, a contar da origem embrionária da Doutrina Anciã, erigida num precedente, e as mais variadas decisões que consignaram pontos imprescindíveis para a elucidação do conteúdo e do alcance do que significa o Direito Antitruste, suas função e importância.

Em sendo assim, o Direito Antitruste e a efetivação da livre concorrência vão proporcionar uma série de benefícios, sobretudo a competitividade que, como apontado, é o vetor promotor da eficiência (produtiva, distributiva, alocativa e dinâmica), do bem-estar do consumidor e da inovação, que vão implementar um ambiente equilibrado e sedimentado na informação, na instituição e na oportunidade, a estimular e promover o desenvolvimento socioeconômico, bem como proporcionar melhores níveis de liberdade, igualdade, democracia e justiça, além de servir para o combate à corrupção, especialmente aquela engendrada nas licitações e contratos públicos.

Semelhante ao que se viu e se vê nos Estados Unidos e no Japão, onde se instaurou uma cultura e uma preocupação com a livre concorrência e demais aspectos a ela inerentes e/ou correlatos, o Brasil precisa disso, de um fortalecimento na livre concorrência com uma educação e uma cultura antitrustes. Especialmente porque o Direito Antitruste se demonstra como uma ferramenta interessante para o combate à corrupção associada às licitações e como um instrumento muito efetivo para a promoção do desenvolvimento socioeconômico nos mais variados âmbitos, sobretudo no que concerne à liberdade, à igualdade, à democracia e à justiça.

Tais características motivam e exigem a promoção, a ampliação e a efetivação da livre concorrência no ordenamento jurídico pátrio e na sociedade brasileira, a pressionar pela igual ampliação e efetivação do Direito Antitruste, bem como de toda sua estrutura e sistemática, especialmente quanto às atividades do CADE.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA PROMOÇÃO: INTERVENÇÃO ESTATAL

3.1 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA: A LEITURA CORRIQUEIRA

Ao se discutir o Princípio da Livre Concorrência, parte-se dos posicionamentos havidos, sobretudo aqueles majoritários, ainda que com os quais não se concorde ou que não se satisfaça.

GILMAR MENDES destaca a íntima ligação que há entre o Princípio da Livre Concorrência com a Livre Iniciativa, ambos fundamentos da ordem econômica constitucional. Segundo aponta, e tomando como base GASTÃO ALVES DE TOLEDO, a Livre Iniciativa é uma forma de liberdade política, enquanto que a Livre Concorrência é a possibilidade de atuação sem embaraços justificáveis juridicamente. A partir MIGUEL REALE, o referido autor destaca, ainda, a complementaridade entre ambos os princípios, do que se recomenda a análise recíproca de suas implicações. A Livre Iniciativa é a projeção da liberdade individual para as atividades econômicas (liberdade de fins e de meios), já a Livre Concorrência é uma feição mais instrumental de aversão a atos cogentes e de interferência, configurados como abusivos, de modo a garantir a liberdade econômica e mercantil¹¹⁶.

Já CALIXTO entende que a Livre Iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta, pois, a Constituição autoriza o Estado a influenciar e intervir na ordem privada, limitando a Livre Iniciativa para amoldá-la aos parâmetros constitucionais, mediante a vista posta pelos art. 170 e 174, nos quais se encontra a Livre Concorrência. Dessa forma, a Livre Concorrência é uma limitação, conformação ou restrição da Livre Iniciativa¹¹⁷.

SEIBEL, considerando a disposição topográfica constitucional que insere o Princípio da Livre Concorrência na ordem econômica junto a tantos outros valores, tais quais, a Livre Iniciativa, a Valorização do Trabalho Humano, a finalidade de se garantir a existência digna e sua conformação com a justiça social, entende a Livre

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1409-1410

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 115

Concorrência como liberdade de ação competitiva em igualdade de condições e o Estado como garantidor disso¹¹⁸. Numa primeira dimensão, a Livre Concorrência corresponde à compreensão de competição¹¹⁹. Já a segunda dimensão está atrelada à ideia de igualdade, especialmente de oportunidade, sem que haja intervenção estatal injustificada ou abuso por parte do competidor¹²⁰. Já sua terceira dimensão é a possibilidade de atuação legítima do Estado, como agente regulador, para garantir o exercício regular da posição jurídico no mercado¹²¹.

Sob a perspectiva de harmonização dos vários princípios, direitos e garantias constitucionais, seja no plano teórico, seja no exercício por cada sujeito, AGUILLAR defende que o Princípio da Livre Concorrência é justamente o contraponto da Livre Iniciativa, chamada a intervir para a contenção de abusos e o resultado nocivo que esses abusos podem gerar. Assim, entende que, enquanto a Livre Iniciativa é um direito entre indivíduo x Estado, a Livre Concorrência se dá na relação entre indivíduos a erigir a prerrogativa de se exigir a atuação estatal na repressão do exercício abusivo. O referido autor destaca, ainda, a contradição que se tem quando se passa a restringir a liberdade como forma de garantir ela própria¹²².

Reconhecendo a existência de forças econômicas e falhas mercantis, NOGUEIRA entende a Livre Concorrência como o vetor constitucional de equilíbrios mediante a incidência sobre o exercício da liberdade econômica mais próxima daquela socialmente desejável e atrelada ao interesse social. Logo, visa a tomar medidas contra o abuso no exercício da livre iniciativa¹²³.

¹¹⁸ FREITAS LIMA, Ricardo Seibel. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. Dissertação de Mestrado. UFRS. 2005. P. 131

¹¹⁹ FREITAS LIMA, Ricardo Seibel. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. Dissertação de Mestrado. UFRS. 2005. P. 132

¹²⁰ FREITAS LIMA, Ricardo Seibel. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. Dissertação de Mestrado. UFRS. 2005. P. 132

¹²¹ FREITAS LIMA, Ricardo Seibel. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. Dissertação de Mestrado. UFRS. 2005. P. 132.

¹²² AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ou supranacional. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 265

¹²³ NOGUEIRA, Vinicius A. Rossi. Direito tributário e a Livre Concorrência. 2014. Dissertação (mestrado em direito tributário). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 115-116

Entretanto, considerando a compreensão do Direito Antitruste sob a ótica do ordenamento Norte Americano apresentado no capítulo anterior, bem como a leitura corriqueira que se tem no ordenamento brasileiro, fica a lição de CARLTON, para quem o Direito e a Política Antitrustes para um país não são necessariamente apropriados para outro país¹²⁴.

E é justamente com base nisso que SAMPAIO, associando a ideia de arranjo institucional, busca visualizar e compreender o Direito Antitruste de uma melhor forma, qual seja inserida num panorama de limitações e adequações aos cenários no qual está contida, inclusive pelos vieses político e social¹²⁵.

Nesse pensamento, SCHAPIRO e TRUBEK apontam a existência do fenômeno que chamam de pragmatismo ingênuo, que é a postura de que busca adotar métodos e soluções, para reprodução, implementados por outros sistemas como forma de desenvolver o seu. Contudo, não vislumbra as peculiaridades fáticas e sociais próprias do destino que podem não gerar os mesmos resultados ou, até mesmo, piorar a situação. E o ceticismo paralisante é a crença de que não há solução para os problemas enfrentados em virtude das características sociais, o que não é verdade, pois há solução para tudo, ainda que sejam distintas daquelas já conhecidas e utilizadas¹²⁶.

Dessa forma, por não se satisfazer com a leitura corriqueira que se tem quanto ao Princípio da Livre Concorrência, mas ciente de sua importância e da inviabilidade de se importar pura e simplesmente o Direito Antitruste Norte Americano para o Brasil, adentra-se num preenchimento do conteúdo da Livre Concorrência, do que se parte dos posicionamentos doutrinários, a seguir declinados, que dão ensejo provocativo a esse anseio.

¹²⁴ CARLTON, Dennis W.; USING ECONOMICS TO IMPROVE ANTITRUST POLICY 2004 Colum. Bus. L. Rev. 283 2004. P. 325

¹²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 67

¹²⁶ SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M (org.). Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

Dentre as várias lições de EROS GRAU, destacam-se a compreensão de que a Livre iniciativa necessita de complementação na ponderação do Princípio da Livre Concorrência¹²⁷, pois a Livre Iniciativa não pode ser tomada única e exclusivamente como uma liberdade econômica¹²⁸, pois o desenvolvimento que as atividades econômicas geram têm que ser não apenas quantitativo, mas qualitativo também¹²⁹, de modo a construir uma sociedade livre, justa e solidária¹³⁰.

ANDRÉ RAMOS TAVARES considera a Livre Iniciativa como fundamento da própria República Federativa e concomitantemente da ordem econômica constitucional, a qual, com os vetores da justiça social e do bem-estar social, representa a adoção política da forma de produção capitalista, mormente os quais se faculta aos indivíduos o engajamento em atividades produtivas com utilidade social¹³¹.

Para TAVARES, a Livre Iniciativa tem uma feição normativa positiva – garantia de liberdade – e uma feição negativa – não intervenção estatal –, as eventuais limitações de seu conteúdo só podem advir pela legislação, para composição com os demais postulados constitucionais e sempre mantendo um conteúdo mínimo de sua expressão¹³², quais sejam: a liberdade de iniciativa econômica, a liberdade de trabalho, a liberdade de empreender e a liberdade de associação, sempre pressupondo o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar¹³³.

Contudo, TAVARES ainda reporta que, como toda liberdade, a iniciativa não é absoluta, portanto, está passível de condicionamentos, que começam a surgir para acomodar a justiça social e o bem-estar coletivo¹³⁴.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 205

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 210

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 213

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 214

¹³¹ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 234-235

¹³² TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 235

¹³³ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 237

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 239

Já a Livre Concorrência, para TAVARES, é uma abertura jurídica que faculta aos particulares a competição recíproca, consoante a lei, para que, atuando no mercado, contribuam para o desenvolvimento nacional e a justiça social¹³⁵. Primeiramente, a Livre Concorrência se centra na proteção do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo¹³⁶. Além disso, tutela também a eficiência, a otimização e a legitimidade do sistema econômico de mercado, combatendo o lucro arbitrário e o abuso de poder econômico¹³⁷. Não obstante, utilizando-se da posição de FÁBIO ULHOA COELHO, TAVARES entende que a Livre Concorrência acaba por proteger também a estrutura de mercado, pois pressupõe a existência harmônica da Livre Iniciativa com a Livre Concorrência¹³⁸.

Entretanto, a despeito de haver um pensamento doutrinário que entende a abstenção de atuação estatal, a Livre Concorrência passa a exigir e a impor uma intervenção garantidora desse ambiente econômico harmônico e conciliador dos mais variados exercícios de liberdades sem que se tolha outros¹³⁹. Ou seja, é uma intervenção estatal para buscar manter um equilíbrio, não uma liberdade econômica pura¹⁴⁰, um verdadeiro paradoxo, na qual a intervenção está em prol da liberdade¹⁴¹.

Tomando inspiração nessas colocações, propõe-se a doravante leitura do princípio da livre concorrência sob a égide da Constituição Federal.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL E JUSTIÇA SOCIAL: VALORES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Como apresentado na abertura deste trabalho, a Carta Magna promulgada em 1988, denominada de Constituição Social, foi pensada e produzida contendo em sua essência os valores e diretrizes das função e justiça sociais.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 256

¹³⁶ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 257

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 257

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 257

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 258

¹⁴⁰ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 259

¹⁴¹ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 261

Primeiramente, verifica-se que as previsões constitucionais expressas não deixam espaço para qualquer divergência acerca da existência e da veiculação das função e justiça sociais. São elas: “justiça como valor supremo” (Preâmbulo)¹⁴²; objetivo fundamental da República de construir uma sociedade justa (Art. 3º, I)¹⁴³; função social da propriedade, tanto urbana quanto rural (art. 5º, XII; art. 170, III; art. 182, §2º; art. 184; art. 186)¹⁴⁴; Ordem Econômica pautada nos ditames da justiça social (art. 170)¹⁴⁵; A função social da empresa pública e da sociedade de economia mista (art. 173, §1º, I)¹⁴⁶; e a justiça social como objetivo da Ordem Social (art. 193)¹⁴⁷.

Não obstante, encontram-se ainda as previsões constitucionais implícitas e decorrentes, cujos conteúdos são nítidas consequências e reverberações desses valores. São elas, exemplificativamente: Os princípios da administração pública, sobretudo a impessoalidade, a publicidade e a moralidade, mediante os quais a atividade administrativa visará o bem de todos (art. 37)¹⁴⁸; A ideia de segurança pública como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, pela qual se

¹⁴²CF/88, Preâmbulo. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁴³ CF/88, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁴⁴ CF/88, art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; art. 170, III - função social da propriedade; Art. 182, § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹⁴⁵ CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

¹⁴⁶ CF/88, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

¹⁴⁷ CF/88, Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁴⁸ CF/88, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [].

constituirá um ambiente favorável a todos (art. 144)¹⁴⁹; A ideia de saúde como um direito de todos e dever do Estado, considerando a saúde um requisito fundamental para o desenvolvimento comum (art. 196)¹⁵⁰; A ideia da educação, também como direito de todos e dever do Estado e da família, semelhante à saúde (art. 205)¹⁵¹; A compreensão das finalidade e serventia coletivas do mercado e sua instrumentalidade para o desenvolvimento socioeconômico (art. 219)¹⁵²; A concepção de meio ambiente, que se coaduna tanto com a segurança quanto com a saúde (art. 225)¹⁵³; E, também, a própria ideia de tributo, que servirá de instrumento a partir do qual se dará a receita para o Estado prover seus deveres, tanto sob a perspectiva da justiça social¹⁵⁴, quanto da função social¹⁵⁵.

Ainda há, por fim, as previsões infraconstitucionais que refletem esses mesmo valores, inclusive pelo prisma da irradiação constitucional. São elas, exemplificativamente: A função social do Contrato (CC, art. 421)¹⁵⁶ e a interpretação civilista da função social do contrato e da propriedade (CC, art. 2.035, parágrafo

¹⁴⁹ CF/88, Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos...

¹⁵⁰ CF/88, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁵¹ CF/88, Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁵² CF/88, Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

¹⁵³ CF/88, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁵⁴ Nesse sentido: “Como anotado em outra passagem, a característica tributária do Estado Democrático de Direito contemporâneo assenta-se na opção pela atividade tributante como principal fonte de receitas públicas e na diversificação das fontes de financiamento (tributário), sem perder de vista o necessário equilíbrio entre liberdade individual e justiça social”. DANTAS PINTO, Flávia Sousa. Tributos, Tribunais e Políticas: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 350.

¹⁵⁵ A esse respeito, conferir o seguinte trecho: “Assim, o rearranjo institucional do Estado de Direito contemporâneo, necessário para sua adaptação às exigências atuais, demanda também o reconhecimento de uma relevante função social reservada aos tributos”. DANTAS PINTO, Flávia Sousa. Tributos, Tribunais e Políticas: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 498

¹⁵⁶ CC/2002, Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

único)¹⁵⁷; e a função social da empresa (Lei nº 6.404/76, art. 116, parágrafo único, e art. 154)¹⁵⁸.

Por essa simples análise, percebe-se que as função e justiça sociais são, de fato, valores e diretrizes constitucionais sempre constantes que, até mesmo, pressupõem os próprios bens, direitos, garantias e liberdades, condicionando estes. É como se dissesse, você pode ter propriedade, mas tem que fazer o uso adequado pelas função e justiça sociais, por exemplo.

Resta saber o que viriam a ser essas função e justiça sociais que se encontram em todo o percurso constitucional. A priori, seriam uma forma de favorecimento da fraternidade e da coletividade, uma expectativa de que os bens, direitos e garantias constitucionais sejam utilizados/exercido em benefício da coletividade.

Essa investigação foi realizada por LUIS FERNANDO BARZOTTO que buscou, desde ARISTÓTELES, passando por TOMÁS DE AQUINO, uma definição de justiça social. Primeiramente, distinguiu a ideia de justiça que havia numa relação intersubjetiva (justiça particular) perante uma relação coletiva (justiça legal). Nesta última, não se vê a sociedade como um ente autônomo e nem muito menos acima de qualquer um, mas sim num nível de equiparação entre seus membros¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CC/2002, Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁵⁸ Lei nº 6.404/76, art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender; Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

¹⁵⁹ Nesse sentido: “A distinção entre justiça legal e justiça particular reside no sujeito a quem é devido o ato: ‘A justiça (...) ordena o homem com relação a outrem, o que pode ter lugar de dois modos: primeiro, a outro considerado individualmente, e segundo, a outro em comum, isto é, na medida em que aquele que serve a uma comunidade serve a todos os homens que nela estão contidos.’ A justiça que diz respeito àquilo que é devido ‘a outro considerado individualmente’ é a justiça particular; a justiça que diz respeito àquilo que é devido ‘a outro em comum’ ou à comunidade é a justiça legal. Note-se o realismo de Tomás, ao mencionar ‘o outro em comum’: a comunidade não constitui um ente que paira acima dos seus membros. O beneficiário último do ato devido não é a ‘comunidade’, como ente autônomo, mas os seus membros. Os deveres da justiça legal não se referem, assim,

O referido autor evidencia a existência de três perspectivas da justiça, que na verdade é só uma constatação da relação e da interação sobre a qual recai, seja entre indivíduos, seja da sociedade para com o indivíduo, seja do indivíduo para com a sociedade¹⁶⁰.

A primeira delas é a Justiça Comutativa que se aplica às relações, interações e condutas de um indivíduo para com o outro, ou seja, uma relação horizontal¹⁶¹. A segunda é a Distributiva, que trata da sociedade para com o indivíduo e busca distribuir o que a sociedade tem para com seus membros, uma relação vertical de cima para baixo¹⁶². E por fim, a Justiça Social, que é a relação do indivíduo para com a sociedade, determinando os deveres daquele para com esta, uma relação vertical de baixo para cima, mas com ares de relação horizontal não identificada¹⁶³.

em última instância, ao ‘todo’ social, mas a todos os membros da sociedade. Desta forma, ao passo que o objeto da justiça particular é o bem do particular, o objeto da justiça legal é o bem comum: ‘A justiça legal (...) visa o bem comum como objeto próprio’, sendo o bem comum não o bem do todo, mas o bem de todos. A justiça legal não esgota o conceito de justiça. É necessário o desenvolvimento da justiça particular: ‘A justiça legal ordena suficientemente ao homem com suas relações a outrem: enquanto ao bem comum, imediatamente, e quanto ao bem de uma única pessoa singular, mediamente. Por isso convém que exista uma justiça particular que ordene imediatamente o homem a respeito do bem de outra pessoa singular.’ Atos de coragem na guerra são diretamente devidos à comunidade e não a este ou aquele membro dela. Mas são indiretamente devidos a todos os membros da comunidade, uma vez que a comunidade não existe à margem dos seus membros”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶⁰Nesse sentido: “Um dos motivos mais sólidos em favor da divisão tripartite da justiça advém de uma consideração do número de possíveis relações presentes na vida social. A tradição identificou três: a relação do indivíduo com outro indivíduo (relação de parte com a parte); a relação da comunidade com o indivíduo (relação do todo com a parte) e a relação do indivíduo com a comunidade (relação da parte com o todo)”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶¹ o trecho: “A justiça comutativa trata da relação entre dois indivíduos. Ela trata, portanto, na terminologia da tradição, de relações da parte com a parte no interior do todo social”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶² o recorte: “A justiça distributiva tem como objeto as relações da comunidade com os seus membros. Ela distribui aquilo que pertence à comunidade (bens ou encargos) entre os indivíduos que a compõem”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶³ “A justiça social, por sua vez, trata das relações do indivíduo com a comunidade. É oportuno lembrar, contudo, que para a tradição aristotélica, a comunidade não existe para além dos indivíduos que a constituem. Deste modo, a justiça social, ao tratar daquilo que é devido à comunidade, não faz nada além de determinar quais são os deveres em relação a todos os membros da comunidade”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

Diz-se isso, pois, como já mencionado anteriormente, de acordo com a investigação de BARZOTTO, a sociedade não tem autonomia e nem se posiciona de forma superior, ela é uma representação de seus membros. Logo, é uma relação horizontal plural na qual se identifica o destinatário dela, o bem comum de todos os membros¹⁶⁴.

E esse dever que recai sobre o indivíduo, cujo, beneficiário, são todos os membros do corpo social, é uma relação que preza pelo não privilégio, pelo reconhecimento de cada qual e pela reciprocidade de um para com o demais¹⁶⁵.

Assim, chegou-se à compreensão de que a justiça legal evoluiu para a justiça social, configurando-se como essa ideia de bem comum¹⁶⁶ e, principalmente, a partir da ideia inicial de “dar a cada um o que lhe é devido”¹⁶⁷, dar à sociedade o que

¹⁶⁴Nesse sentido: “Assim, a justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade”. “Ao passo que a justiça particular tem como objeto o bem do particular, em uma troca ou distribuição, a justiça social tem por objeto o bem comum”. “Na justiça social, ao contrário, visa-se diretamente o bem comum e, indiretamente, o bem deste ou daquele particular. O ser humano é considerado “em comum”, como diz Tomás de Aquino. Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade”. “A justiça social regula uma prática social mais complexa, a prática do ‘reconhecimento’”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶⁵Diz-se isso porque: “A justiça social pois, suprime toda sorte de privilégios, no sentido de uma desigualdade de direitos. Cada um só possui os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um é sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito. A recusa no reconhecimento destrói a comunidade dos sujeitos de direito. Aquele que não é reconhecido como sujeito de direitos no interior da comunidade, também não é sujeito de deveres. Na medida em que os demais membros não reconhecem os direitos de alguém, este fica desobrigado de reconhecer os direitos dos demais”. “O sujeito na justiça social, isto é, aquele a quem é devido algo, é, portanto, a pessoa humana. São-lhe devidos todos os bens necessários para a sua realização nas dimensões concreta, individual, racional e social”. “Nas relações do indivíduo com a comunidade, o dever de justiça com todos os demais considerados como membros da comunidade fundamenta-se na reciprocidade. Cada um possui a condição de membro da comunidade somente se os outros membros o reconhecem como tal. Isto significa que o reconhecimento implica a reciprocidade”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶⁶ o seguinte trecho: “Na sociedade democrática, desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum - a lei - para o sujeito do bem comum - a sociedade em seus membros - justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

lhe é devido, sobretudo com essa busca de um objetivo de bem comum a esta sociedade, considerando-a na totalidade de seus membros¹⁶⁸.

Destaca-se, por oportuno, que esse termo justiça social tem uma tradição cristã, que reflete tanto seu valor quanto o próprio valor da Constituição Federal de 1988 e da sociedade brasileira¹⁶⁹, de tal modo a veicular que a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna, e a ordem social vai objetivar esse bem coletivo¹⁷⁰.

Resta, pois, visualizada e constatada a existência intrínseca e permeada da justiça social na Constituição Federal de 1988, quando se trazem objetivos, direitos, deveres e tantas outras ferramentas que na verdade veiculam e prezam pelo bem comum de todos, utilizando-se, por vezes, da justiça distributiva como instrumento de efetivação da justiça social, como, por exemplo, os direitos à saúde, à educação, à assistências etc.¹⁷¹

¹⁶⁸ Nesse sentido: “A justiça legal, segundo Antoine, ‘é a vontade constante dos cidadãos de dar à sociedade o que lhe é devido, a disposição habitual a contribuir, sob a direção da autoridade suprema, ao bem comum, eis o que nós chamamos de justiça legal.’ Antoine pergunta-se se a justiça legal identifica-se com o que vem sendo chamado de justiça social. Para ele, a resposta deve ser afirmativa, uma vez que há identidade de objeto, o bem comum. Assim, a justiça social consiste na ‘observância de todo direito tendo o bem social comum por objeto e a sociedade civil como sujeito ou como termo.’ Na medida em que a sociedade civil só existe na totalidade dos seus membros, a definição de Antoine pode ser lida do seguinte modo: todos os membros da sociedade civil devem colaborar na obtenção do bem comum (sujeito da justiça social) e todos devem participar do bem comum (termo da justiça social)”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁶⁹ Diz-se isso, pois: “Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o termo justiça social ‘em nossa tradição constitucional, deita raízes na Doutrina Social da Igreja’. Este termo se faz presente no caput do art. 170 e no art. 193”. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁷⁰ Nesse sentido: “Tércio Sampaio Ferraz Jr. traça as diferenças entre a justiça social na ordem econômica e na ordem social nos seguintes termos: ‘A ordem econômica deve visar assegurar (grifo no original) a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.’” BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁷¹ Veja-se, no seguinte trecho: “Deve-se atentar, porém, que o capítulo da ordem social tem como objetivo a justiça social, isto é, devem ser atribuídos a todos os bens (que formam o conteúdo do bem-estar) necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de um algum modo. Assim, o direito à saúde,

Com muita similaridade, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO discute a justiça social e demonstra sua existência no texto constitucional, muito embora utilize como objeto de análise a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, ainda se encontra esse mesmo debate na Constituição de 1988.

Segundo o referido autor, quando o Estado Liberal é superado pelo Estado de Bem-estar, adota-se uma formatação orgânica e se insere um objetivo de coletividade. Assim, passa-se a contar com uma finalidade coletiva mesmo sobre as condutas e atividades privadas¹⁷².

Não se confunde aqui com o Estado Social, que mitiga a livre iniciativa. Na verdade, o livre mercado e a livre iniciativa são mantidos. Contudo, a ação do particular passa a ser comprometida com esses valores constitucionais de interesse de todos e dirigida por um objetivo comum e harmônico¹⁷³.

por exemplo, é um típico direito de justiça social: 'A saúde é direito de todos e dever do Estado' (art. 196). Do ponto de vista jurídico, todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviços públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. A pessoa humana, considerada em si mesma, é o sujeito deste direito. Por outro lado, a 'assistência aos desamparados' do art. 6, como o próprio nome indica, só é devida 'a quem dela necessitar' (art. 203, caput). Vale o critério da justiça distributiva, 'a cada um segundo a sua necessidade.' O bem de todos, núcleo do conceito de justiça social, pode assim ser alcançado, considerando cada um como titular de direito apenas na sua condição de pessoa humana ou atentando para algum aspecto relevante (criança, idoso, trabalhador, desamparado, etc). Se é lícito introduzir uma distinção a partir da teoria da justiça, pode-se falar no primeiro caso, de direitos sociais de justiça social (a todos...) e direitos sociais de justiça distributiva (a cada um segundo...).". BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁷² "Então, por força mesmo destas concepções mais modernas - o Estado ultrapassa o papel anterior de simples árbitro da paz, da ordem, da segurança, para assumir o escopo mais amplo e compreensivo de buscar, ele próprio, o bem-estar coletivo. Não deixa, como dantes, que tal resultado desponha - se desponha como simples fruto do livre jogo das forças privadas atuantes na sociedade. Passa a coordená-las, engajando-as na busca desta meta, havida, agora, como finalidade estatal, isto é, escopo de toda a coletividade: indivíduos e Poder Público". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

¹⁷³ "Embora nos Estados que professam a livre iniciativa os protagonistas centrais da atividade econômica persistam sendo os particulares, hoje coadjuvados pelo Poder Público, a ação privada já não é concebida como descompromissada com os interesses do todo e de todos (vale dizer: dos vários indivíduos). Pelo contrário, a propriedade privada, a livre iniciativa, a ação econômica dos empreendedores é calibrada para um objetivo comum. É direcionada para desideratos que transcendem os interesses puramente individuais, de sorte a exigir que se compatibilizem com os interesses sociais e, além disso, que concorram para realizá-los. Em suma: são compostos objetivos que se consideram de todos". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

Essa compreensão exposta pelo autor, nada mais é do que um reflexo da Justiça Social que se faz presente em vários bens, direitos, liberdades e garantias¹⁷⁴, de modo a inserir uma expectativa de compromisso coletivo tanto por parte do Estado como também de todos os membros do corpo social em prol de um fim em comum, que é o desenvolvimento socioeconômico¹⁷⁵, ainda que veiculada mediante normas pragmáticas¹⁷⁶.

Portanto, com base no autor e consoante o que já fora exposto até aqui, os valores das função e justiça sociais contidos na Constituição passam a recair sobre bens, direitos, liberdades e garantias, como também a determinar e gerir os atos concretos sobre a ordem econômica e social a lhes exigir um objetivo comum¹⁷⁷.

A esse respeito, fica a lição de GRAU, para quem o valor de justiça social evolui as correções de injustiça de um patamar ético para um nível de exigência¹⁷⁸, pois, como relembra VON IHERING, o direito existe em função da sociedade e não o contrário¹⁷⁹.

¹⁷⁴ “Na Carta brasileira estas concepções estão ilustradas modelarmente na estatuição de que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a Justiça Social”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

¹⁷⁵ “A textualidade das disposições atinentes à matéria social faz desnecessário qualquer empenho em demonstrar que, ao nível da Lei Maior, existe manifesto comprometimento com a realização da Justiça Social. O que cumpre perquirir, então, é o teor de obrigatoriedade que resultará, para o Estado e para o corpo social, em suas fragmentárias personalizações, da existência deste compromisso assinalado na Carta brasileira”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

¹⁷⁶ “Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social - mesmo nas regras chamadas programáticas - está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

¹⁷⁷ “Por força [...] da Carta Constitucional, toda a ordenação jurídica do País, assim como todos os atos concretos do Poder Público interferentes com a ordem econômica e social, para serem legítimos, deverão estar comprometidos com a realização da Justiça Social”. “As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são - inclusive as programáticas - comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

¹⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 224

¹⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 165

De todo o exposto, a compreensão que desenvolvo é a de que a justiça social é o valor-vetor que reflete a relação do indivíduo para com a sociedade, numa perspectiva ética, enquanto que a função social é a instrumentalização e/ou a autorização para criar a cogência jurídica necessária para alcançar e satisfazer o valor-vetor da justiça social, ou seja, uma perspectiva jurídica-cogente.

3.3 LIVRE CONCORRÊNCIA: LIBERDADE E IGUALDADE; COMPROMISSO SOCIAL; DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Ultrapassada a constatação das função e justiça sociais como valores constitucionais, passa-se agora para a compreensão filosófica do que seria Livre Concorrência a partir, principalmente, de AMARTYA SEN e suas obras “Desenvolvimento como Liberdade” e “Ideia de Justiça”.

3.3.1 Liberdade como Meio e Fim

Para concluir que a liberdade é tanto meio (instrumento/procedimento) quanto um fim (objetivo) são fundamentais para o desenvolvimento, quer seja individual, quer seja coletivo, AMARTYA SEN inicia sua intelecção pela consideração preliminar de que o fato de se poder – leia-se a liberdade para tanto – participar das e se inserir nas atividades econômicas é um fator que revela um posicionamento e uma identificação do sujeito para com a sociedade à qual pertence¹⁸⁰, pois constatou que quando se privava e restringia a liberdade econômica igualmente se privava e restringia as liberdades sociais e políticas, da mesma forma que a restrição e a privação de qualquer destas liberdades irá acarretar privação e restrição da liberdade econômica¹⁸¹.

¹⁸⁰ : "A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 22.

¹⁸¹ "A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica". SEN, Amartya

E essas privações refletiam um caráter instrumental que a liberdade veiculava, pois se tratavam de um meio, constante, pelo qual se alcançaria determinado fim, ainda que este variasse. Dentre as privações mais fáceis de se constatar eram as faltas ou negações de oportunidade¹⁸² e aqui não se confunde com falhas de mercado, é a simples ausência, carência ou restrição da liberdade (meio)¹⁸³, muito embora tenha sido verificado que políticas públicas possam vir a reduzir ou contrair as liberdades (meio), o que contribuiu também para que o autor visualizasse a faceta da liberdade substantiva (fim)¹⁸⁴.

Essa interação entre as mais variadas liberdades e as duas facetas (meio e fim) de uma única liberdade evidencia a existência de uma amplitude vertical e horizontal do gênero liberdade, mas também da espécie, que aqui no caso, é a livre concorrência. Todo esse espectro de liberdade é o que permite ao indivíduo desempenhar e explorar todas suas potencialidades¹⁸⁵.

Portanto, nós temos a liberdade – leia-se livre concorrência – como um processo e uma oportunidade (meio). O primeiro é o leque de escolhas e decisões

Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 23.

¹⁸² "Restrições arbitrárias ao mecanismo de mercado podem levar a uma redução de liberdades devido aos efeitos consequenciais da ausência de mercado. Negar às pessoas as oportunidades econômicas e as consequências favoráveis que os mercados oferecem e sustentam pode resultar em privações". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.41.

¹⁸³ "A negação de oportunidades de transação, por meio de controles arbitrários, pode ser, em si, uma fonte de privação de liberdade. As pessoas, nesse caso, são impedidas de fazer o que se pode considerar - na ausência de razões imperiosas em contrário - ser do seu direito de fazer. Esse argumento não depende da eficiência do mecanismo de mercado ou de qualquer análise ampla das consequências de ter ou não um mecanismo de mercado; ele se baseia simplesmente na importância da liberdade de troca e transação sem impedimentos". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 41.

¹⁸⁴ "Políticas que restringem oportunidades de mercado podem ter o efeito de restringir a expansão de liberdades substantivas que teriam sido geradas pelo sistema de mercado, principalmente por meio da prosperidade econômica geral". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 41.

¹⁸⁵ "A concepção de liberdade, para efeitos de desenvolvimento, não pode estar unicamente ligada a conceitos essenciais tais como o direito de ir e vir ou de liberdade de expressão. A ideia de liberdade deve ser a mais ampla possível, de tal forma que permita ao homem na sociedade explorar todo o seu potencial. Restrições excessivas do Estado [...] restringem a liberdade do cidadão, impedindo-o de exaurir todo o seu potencial maximizador de interesses privados". SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumento de promoção do desenvolvimento – a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 41, jan-mar. 2013, p. 126.

que o indivíduo pode vir a tomar, enquanto que a segunda é a circunstância (pessoal, social e ambiental) na qual está inserido esse sujeito¹⁸⁶. E a soma disso vai instrumentalizar o indivíduo para fazer aquilo que quer, da forma que quer e como quer, ou seja, inserir-se e atuar no segmento de mercado de seu interesse ou no qual possui conhecimento para tanto, empregando as técnicas de produção de sua escolha, sem ingerências indevidas, seja por parte do próprio Estado (vertical) seja por parte de outro indivíduo (horizontal).

Assim sendo, é necessário ampliar e expandir a liberdade meio – processo e oportunidade – que, além de servir como avaliação de êxito, um termômetro do ambiente quantitativo e qualitativo da liberdade (meio), aumenta, por consequência, o potencial de uso, individual ou coletivo, dessa liberdade¹⁸⁷. Noutras palavras, o aumento da liberdade meio projeta também a liberdade fim que, para o autor em comento, é visualizada pelo universo de combinações e alternativas que a pessoa pode vir a fazer uso¹⁸⁸, dentro de um cenário de realizações efetivas¹⁸⁹.

¹⁸⁶ "a visão de liberdade aqui adotada envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária). SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31.

¹⁸⁷ "A liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 33.

¹⁸⁸ "A 'capacidade' (capability) de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos)". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 95.

¹⁸⁹ "A combinação dos funcionamentos de uma pessoa reflete suas realizações efetivas, o conjunto capacitório representa a liberdade para realizar as combinações alternativas de funcionamentos dentre as quais a pessoa pode escolher". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 96.

E esse aumento da liberdade meio e, conseqüentemente, da liberdade fim pode se dar mediante políticas públicas que visem expandir os processos e oportunidade, bem como influenciar o uso das capacidades geradas¹⁹⁰.

Nesse momento, já é possível perceber e compreender o caráter cíclico de retroalimentação da liberdade meio e da liberdade fim, porquanto o uso efetivo e adequado da liberdade meio proporciona maiores e melhores capacidades que igualmente podem vir a ser utilizadas de forma adequada e efetiva para a expansão da liberdade meio¹⁹¹.

Na seara da livre concorrência, a existência de um mercado saudável e competitivo que permita a entrada de novos agentes (uso da liberdade meio de processo e oportunidade) aumenta a competitividade a resultar tanto em um mercado mais competitivo com o reposicionamento dos agentes, desenvolvimento de nossos produtos e serviços etc., como, por exemplo, equilibra os preços (uso da liberdade fim individual e socialmente).

Agora, como muito bem destacado por AMARTYA SEN, devemos considerar também os chamados “resultados abrangentes” (aqueles resultados considerados pelo processo realizado), pois, segundo ele, os chamados “resultados de culminância (que são os resultados finais considerados unicamente) são insuficientes e/ou incapazes de gerar o ciclo de retroalimentação. A liberdade fim tem que ser enxergada e compreendida pelo trajeto percorrido para que venha a gerar mais liberdade meio e assim sucessivamente¹⁹², pois de nada adiantaria, por exemplo,

¹⁹⁰ "Atenta-se particularmente para a expansão das 'capacidades' [capabilities] das pessoas levar o tipo de vida que elas valorizam - e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades de participação do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

¹⁹¹ "Um dos argumentos mais poderosos em favor da liberdade política reside precisamente na oportunidade que ela dá aos cidadãos de debater sobre valores na escolha das prioridades e de participação da seleção desses valores. A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.46.

¹⁹² "Há uma distinção entre 'resultados de culminância' (ou seja, apenas resultados finais sem considerar o processo de obtenção desses resultados, incluindo o exercício da liberdade) e 'resultados abrangentes' (considerando os processos pelos quais os resultados de culminância ocorreram) - uma distinção de importância fundamental, que

conferir liberdade meio e fim para um determinado indivíduo que fará um uso inadequado e incompatível a prejudicar as liberdades alheias.

Portanto, a liberdade (meio) é o caminho pelo qual se irá proporcionar acesso, alcance e pleno exercício de diversos outros direitos e liberdade. A liberdade (fim) é a liberdade por si própria e seu uso, que são ampliados pela maior instrumentalidade, bem como podem ampliar a instrumentalidade. Um verdadeiro ciclo de retroalimentação que gera desenvolvimento, tanto individual quanto coletivo, tanto econômico quanto social¹⁹³.

Muito embora se tenha trazido muito a ideia de liberdade, a livre concorrência reflete também igualdade e garantia. A partir do momento em que se diz que a oportunidade é necessária, exsurge a ideia de igualdade para que os indivíduos possam, nas mesmas medidas, inserir-se e atuar (competir) no mercado, participarem de processos equânimes (licitação, por exemplo) e desenvolverem/construírem suas capacidades e potencialidades (educação, por exemplo). Aliás, a discussão de amplitude da liberdade serve também para a igualdade¹⁹⁴.

Com base nisso, pode-se ver e compreender a livre concorrência engendrada como liberdade meio e fim, bem como igualdade e garantia.

procurei analisar mais plenamente em outros trabalhos. O mérito do sistema de mercado não reside apenas em sua capacidade de gerar resultados de culminância mais eficientes. A mudança do centro de atenção da economia pró-mercado, passando da liberdade para a utilidade, teve seu preço: a desconsideração do valor central da própria liberdade". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 43.

¹⁹³ "Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas - dada a oportunidade - na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e a proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda. A perspectiva de que a liberdade é central em relação aos fins e aos meios do desenvolvimento merece toda a nossa atenção". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 71.

¹⁹⁴ "A conclusão dessa discussão é que tanto a igualdade como a liberdade devem ser vistas como multidimensionais dentro de seus amplos conteúdos. Temos razão para evitar a adoção de uma visão estreita e unifocal da igualdade ou da liberdade, que ignora todas as outras considerações que esses valores exigem. Essa pluralidade tem de ser parte de uma teoria da justiça, que necessita estar atenta a vários aspectos diferentes que cada uma dessas grandes ideias — liberdade e igualdade — invoca". SEN, Amartya Kumar. *A Ideia de Justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009, p. 306.

3.3.2 Liberdade Individual, Compromisso Social, Cooperação e Intervenção Estatal

A liberdade é um elemento fundamental para a vida em sociedade, seja porque é seu alicerce, seja porque restringe a atuação do próprio Estado e seus poderes, ou porque permite a identidade de alguém como efetivo cidadão e viabiliza o contexto a partir do qual se vive, trabalha e busca o desenvolvimento pessoal e coletivo¹⁹⁵.

Entretanto, não se pode olvidar que tudo tem seu ônus e seu bônus. A liberdade é tão onerosa para o Estado quanto é benéfica para o indivíduo, mas sua contrapartida é justamente o contrário: é extremamente onerosa para este e benéfica para aquele.

E essa contrapartida nada mais é do que a responsabilidade pelo exercício e pelo gozo da liberdade. Isso ocorre de tal forma que a responsabilidade é considerada como uma exigência decorrente da concessão da liberdade. Logo, qualquer expansão da liberdade expande também a responsabilidade pelo que se faz com a liberdade¹⁹⁶.

Para AMARTYA SEN, essa compreensão de responsabilidade do comportamento e do exercício e gozo da liberdade é pressuposta a esta. Para ele, o fato de sermos criaturas inteligentes, pensantes e reflexivas nos faz responsável por

¹⁹⁵ "As liberdades públicas inscritas na Constituição são as mais expressivas balizas ao poder do Estado. Configura usurpação, constitui-se na mais grave violação constitucional, o exercício - seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário - de ato de poder de todo tipo, ou de qualquer ato de força, voltado contra os cidadãos, ultrapassado essas mesmas barreiras". [...] "É em clima de liberdade e segurança que os cidadãos produzem, trabalham, crescem, afirmam e expandem sua personalidade e perseguem sua felicidade, como consta da solene promessa republicana paradigmática dos tempos modernos". ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª Ed. Malheiros, 2007, p. 165-166.

¹⁹⁶ "Responsabilidade requer liberdade". "O argumento do apoio social para expandir a liberdade das pessoas pode ser considerado um argumento em favor da responsabilidade individual, e não contra ela. O caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla. Sem a liberdade substantiva e a capacidade de realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-la. Mas ter efetivamente a liberdade e a capacidade para fazer alguma coisa impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. Nesse sentido, a liberdade é necessária e suficiente para a responsabilidade". SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 322.

nossas próprias existências e problemas, portanto, temos que fazer sempre bom uso da liberdade até mesmo para nossas perpetuação e sobrevivência como sociedade¹⁹⁷, sobretudo combater as perspectivas de vantagem pessoal e o famoso “ganhar mais um pouco ao custo de tornar as coisas piores para os outros”¹⁹⁸.

Nesse contexto, o referido autor entende e defende que essas responsabilidades e compromissos sociais ultrapassam e não se resumem às ideias de outrora de comportamentos razoáveis de benefícios mútuos e reciprocidade.

Segundo AMARTYA SEN, utilizando-se HOBBS e RAWLS, os comportamentos razoáveis – leia-se condutas, exercícios e forma de gozar a liberdade – não se restringem a uma cooperação mútua benéfica que oferece vantagem para todos¹⁹⁹ ou a uma ideia de reciprocidade, muito embora seja um ponto de partida não são suficientes²⁰⁰.

¹⁹⁷ "como seres humanos competentes, não podemos nos furtar à tarefa de julgar o modo como as coisas são e o que precisa ser feito. Como criaturas reflexivas, temos a capacidade de observar a vida de outras pessoas. Nosso senso de responsabilidade não precisa relacionar-se apenas às aflições que nosso próprio comportamento eventualmente tenha causado (embora isso também possa ser importantíssimo), mas também pode relacionar-se de um modo mais geral às desgraças que vemos ao nosso redor e que temos condições de ajudar a remediar. Essa responsabilidade evidentemente não é a única consideração que pode requerer nossa atenção. Contudo, negar a relevância dessa exigência geral seria deixar de lado algo fundamental em nossa existência social. Não é tanto uma questão de ter regras exatas sobre como exatamente devemos agir, e sim de reconhecer a relevância de nossa condição humana comum para fazer as escolhas que se nos apresentam". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 321.

¹⁹⁸ "A perspectiva baseada na vantagem é realmente importante para as regras sociais e o comportamento, uma vez que existem muitas situações em que os interesses comuns de um grupo de pessoas são muito mais bem servidos quando todos seguem regras de comportamento que impedem cada pessoa de tentar ganhar um pouco mais ao custo de tornar as coisas piores para os outros. O mundo real está cheio de muitos problemas desse tipo, variando desde a sustentabilidade ambiental e a preservação dos recursos naturais compartilhados (os bens comuns) até a ética do trabalho nos processos de produção e no senso cívico na vida urbana". SEN, Amartya Kumar. *A Ideia de Justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009, p. 206.

¹⁹⁹ "O essencial aqui é reconhecer a existência de diferentes abordagens da busca do comportamento razoável, e nem todas elas precisam depender necessariamente do argumento sobre a cooperação mutuamente benéfica baseada na vantagem. A busca de benefícios mútuos, na forma hobbesiana direta ou na forma rawlsiana anônima, tem enorme relevância social, mas não é a única espécie de argumento relevante para a discussão do que poderia ser considerado um comportamento razoável". SEN, Amartya Kumar. *A Ideia de Justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009, p. 209.

²⁰⁰ "O benefício mútuo, baseado na simetria e reciprocidade, não é o único fundamento para pensar no comportamento razoável em relação aos outros. O poder efetivo e as obrigações que surgem dele de maneira unilateral também podem ser uma base importante para o raciocínio imparcial, que vai muito além da motivação pelos benefícios mútuos". SEN, Amartya Kumar. *A Ideia de Justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009, p. 210.

O compromisso social de AMARTYA SEN é a junção do comportamento razoável sob o enfoque do benefício mútuo e da reciprocidade aliada à responsabilidade social, a qual, segundo sua própria filosofia, é um caráter ético, essencial para o próprio capitalismo, atividades mercantil e econômica, instituições e política²⁰¹, que, inclusive, é aprimorado com a liberdade e o desenvolvimento socioeconômico dela resultante.

Portanto, toda essa ideia de responsabilidade atrelada à liberdade conferida, comprometimento social do titular da liberdade para com as função e justiça sociais nada mais é do que uma perspectiva ética desses valores e vetores constitucionais.

Contudo, a história e a ciência demonstram que essa perspectiva ética, por vezes, fracassa e também não é suficiente, mingando toda uma expectativa individual, coletiva e social (Estatal) de desenvolvimento através da liberdade. Vê-se isso pelo fracasso e pela superação da “Mão-invisível” de ADAM SMITH, que acreditava que as condutas individualmente consideradas seriam todas voltadas para o bem-comum, até vierem os desvios, abusos e o surgimento das chamadas falhas de mercado²⁰².

Ora, como AMARTYA SEN defende a liberdade como elemento meio e fim do desenvolvimento e o desenvolvimento compromissado com a liberdade, o exercício e o gozo da liberdade que não ajustados vão mitigar as liberdades alheias e a igualdade dos agentes e indivíduos, bem como comprometer o desenvolvimento e o mercado. Qual seria a solução para isso?

Foi justamente a falha e o fracasso da perspectiva ética que se começou a desvirtuar o direito de propriedade, as liberdades individuais, as garantias constitucionais etc. Isso, na visão de AMARTYA SEN, posta anteriormente, é um fato

²⁰¹ SEN, Amartya Kumar. A Ideia de Justiça. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009, p. 296-315.

²⁰² “cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo da sua própria vantagem leva-o naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. São Paulo: Forense, 2005, p. 219.

que restringe as liberdades e também os demais direitos sociais e políticos. Situação essa que tirou o Estado da inércia e da postura da não-ingerência²⁰³.

Havendo o fracasso da ética no compromisso social por parte das condutas e exercícios individuais, exsurge o Estado para combater esses atos danosos e contrários à própria função e à justiça sociais das liberdades e do mercado em si, que vão gerar as chamadas falhas de mercado e suprimir as liberdades alheias bem como o desenvolvimento²⁰⁴.

O Estado vai advir e atuar mediante a intervenção, em suas mais variadas formas e utilizando seus diversos mecanismos e instrumentos na tentativa de corrigir essas falhas²⁰⁵, mediante a regulação e o disciplinamento da liberdade²⁰⁶ – leia-se, efetivando e promovendo a função social da livre concorrência – para reequilibrar as condutas/comportamentos e retorna para um contexto sistemático de desenvolvimento socioeconômico (bem-estar comum)²⁰⁷.

²⁰³ “o que forçou o Estado a sair de sua inércia e intervir no domínio econômico foi a deturpação, o desvirtuamento do direito de propriedade, pois, se antes se entendia que ela era um dos instrumentos do exercício da liberdade do indivíduo e mola-mestra da expansão dos mercados, agora, desvirtuada de seus propósitos, ela passa a ser instrumento de opressão social”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013, p. 189.

²⁰⁴ “É por essa razão que Forgioni lembra que o surgimento do Direito Antitruste no século passado foi calcado na relação concorrência-liberdade, ou seja, as leis antitrustes, que nasceram a princípios nos Estados Unidos, foram utilizadas para manter o próprio mercado livre, sem abuso do poder econômico de um sobre os outros, como para impedir o cidadão de virar refém do próprio mercado”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013, p. 188.

²⁰⁵ “O que justifica a intervenção do estatal no domínio econômico são as circunstâncias conhecidas como falhas de mercado, impeditivas do equilíbrio das forças competitivas, e cuja experiência demonstrou não serem adequadamente sanadas por meio da auto-regulação. A estas falhas visa o Estado corrigir”. TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walkiria Batista dos (Org.). Curso de direito econômico brasileiro, v.2. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 176.

²⁰⁶ “O exercício daquela [liberdade] por parte deste [indivíduo] pressupõe a sua disciplina legal a fim de se manter o respeito ao exercício da liberdade dos outros”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013, p.188.

²⁰⁷ “Ao mesmo tempo [o Estado] deve exigir do mercado comportamento que promova o bem-estar comum, sob pena de se gerar desequilíbrio social”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013, p. 189.

Essa intervenção estatal apresenta e configura a perspectiva jurídica-cogente das função e justiça sociais da livre concorrência, inserindo a ideia de obrigação jurídica e compulsória do Estado agir contra as falhas de mercado e buscar o equilíbrio e o desenvolvimento econômico por meio da harmonização da liberdade²⁰⁸.

Portanto, a livre concorrência como liberdade, tanto meio quanto fim, possui uma perspectiva ética a partir da qual seu titular é incumbido de exercê-la e gozá-la com um compromisso social (função e justiça sociais) sob pena de acionar a perspectiva jurídica-cogente materializada pela intervenção do Estado.

Não se quer, com isso, colocar o Estado num campo de atuação suplementar, aguardando eventual falha, mas sim em constante atuação, paralelo e muito próximo ao compromisso social de AMARTYA SEN, pois a intervenção pode e deve ser preventiva e reparatória. Ou seja, as perspectivas ética e jurídico-cogente devem coexistir num ambiente de harmonia para, pelas quais, consiga-se efetivar e promover as função e justiça sociais da livre concorrência²⁰⁹.

Em reverberação a essa discussão, sobretudo pelos valores que veicula, exsurge a ideia de cooperação. Como bem expõe CALIXTO, mediante a cooperação a esfera econômica passa a apresentar maiores e melhores níveis de autocontrole, além de permitir um melhor processo de difusão do conhecimento²¹⁰. Utilizando-se do dilema do prisioneiro de AXELROD, o autor sob comentário destaca que a cooperação não se opõe ao benefício individual, pois, ao contrário do que defendia ADAM SMITH,

²⁰⁸ “Essa obrigação de intervenção ocorre justamente para que o Estado corrija as falhas naturais de mercado e, assim, haja dentro da economia um crescimento equilibrado, ordenado, equânime, para que se alcance, enfim, o desenvolvimento econômico”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico – O papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, abr-jun. 2013, p. 126.

²⁰⁹ Nesse sentido, corrobora TAVARES, para quem “a justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco”. TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 129

²¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 51

é do benefício público que deriva o privado²¹¹. Assim, instituições e ambientes favoráveis vão propiciar a cooperação, pois esta não aparece naturalmente na sociedade – fracasso do compromisso ético –²¹², do que se passa a exigir a atuação estatal, sobretudo a regulação e a intervenção nos exercícios das liberdades, para criar estímulos a atitudes cooperativas lícitas^{213,214 e 215}.

Assim sendo, a livre concorrência tem, a todo momento, que refletir as função e justiça sociais, seja pelo compromisso individual no nível ético, seja pela atuação estatal de efetivação desses valores no exercício e no gozo dessa liberdade no nível de cogência jurídica.

3.3.3 Competitividade (Liberdade e Igualdade) como elemento promotor do Desenvolvimento Socioeconômico

Resta demonstrar, dentro da proposta teórica deste trabalho, a positividade resultante do que a livre concorrência, refletindo liberdade e igualdade, permeada com as função e justiça sociais, torna-se elemento (instrumento) promotor do desenvolvimento socioeconômico e também como mensurador do alcance de um patamar de desenvolvimento (fim).

A liberdade é o caminho pelo qual se alcançará o desenvolvimento, como também será o que representa o desenvolvimento. Pois, é mediante a liberdade que o indivíduo e a sociedade conseguem se desenvolver socioeconomicamente (meio),

²¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 97

²¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 99-100

²¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 189

²¹⁴ Diz-se cooperação lícita pois, por vezes, a cooperação empresarial pode representar uma prática anticompetitivas, tais quais, cartel e alocação de mercado, por exemplo. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 91

²¹⁵ Como aponta SAMPAIO, a partir dos trabalhos de POSNER, para edificar e manter um cartel é necessário um nível mínimo de cooperação e essa cooperação deve ser combatida, preventiva e repressivamente, pelo Direito Antitruste. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 70

como também é a liberdade que revela o patamar de desenvolvimento (fim), servindo de verdadeiro termômetro recíproco²¹⁶.

Logo, a liberdade-meio, quando bem utilizada, exercida e empregada, age e atua para promover a liberdade-fim, que gera mais liberdade-meio, com isso teremos desenvolvimento²¹⁷. Sem esquecer que, como dito anteriormente, a liberdade reflete todo um contexto social e direitos político-sociais, a promoção de uma promove a outra. Costumo fazer a analogia com o capital. É um mecanismo (meio) que quando bem utilizado, e sendo este seu objetivo, pode gerar mais dele mesmo (fim), como diria TITO MÁRCIO PLAUTO, você tem que gastar dinheiro para poder produzi-lo²¹⁸. Ou seja, tanto é meio como fim.

E essa liberdade contribui em muito para o progresso econômico²¹⁹, devendo ser substantiva e profunda para promover, também, um desenvolvimento substantivo e profundo, uma vez que esta reflete o aumento da daquela (liberdade como fim)²²⁰.

Sendo assim, a livre concorrência aumenta o equilíbrio do mercado e sua eficiência²²¹, expandindo, vertical e horizontalmente os mercados e,

²¹⁶ "O objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 70.

²¹⁷ "O principal é que o impacto do crescimento econômico depende muito do modo como seus frutos são aproveitados". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 61.

²¹⁸ Tradução livre: "You have to spend Money to make Money"

²¹⁹ "O fato é que essas liberdades e direitos também contribuinte muito eficazmente para o progresso econômico". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 20.

²²⁰ "O crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora na vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo". SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.

²²¹ "O equilíbrio concorrencial do mercado é peça chave para a sua eficiência e é ela – a eficiência – que promove o acesso dos consumidores aos bens e serviços. Sendo assim, o Estado pode e deve intervir nessa relação, promovendo o equilíbrio do mercado concorrencial". SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico – O papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa. In: *Revista de Direito Público Econômico: RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, abr-jun. 2013, p. 132.

consequentemente, o bem-estar social²²², o emprego e a renda²²³, o equilíbrio de preços e os lucros²²⁴.

E não só isso, mas a partir do momento em que se desenvolve com foco no interesse social e do exercício das liberdades individuais, dar-se ao consumidor e à sociedade uma maior liberdade, mais acesso a bens e serviços²²⁵ que proporcionam mais opções para efetivar a escolhas que o indivíduo quer para si, ou seja, mais liberdade ainda, como defende AMARTYA SEN, já demonstrado anteriormente.

E isso é uma forma de ampliar e maximizar tanto os interesses individuais, quanto os coletivos, além de expandir a própria liberdade e as capacidades. É um ciclo de retroalimentação²²⁶.

²²² “esse raciocínio assenta-se na premissa de que nenhum outro instituto tem o condão de promover de forma tão perfeita a expansão dos mercados e sua eficiência como a livre competição entre seus atuantes. Dessa forma, o livre mercado transmuda-se de seu individualismo para servir de instrumento ao bem-estar social”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez., 2013, p.. 193.

²²³ “A livre concorrência, seja no comércio internacional, seja no mercado interno, tem o condão de puxar o desenvolvimento econômico dos países, gerando emprego e renda”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. p. 197.

²²⁴ “a experiência que se tem disso nos países cujos mercados são mais desenvolvidos do que o nosso é de que a concorrência – salvo algumas raras exceções – tende a manter-se num patamar de equilíbrio tanto no que concerne aos lucros como nas participações do mercado”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. P. 196.

²²⁵ “ao curvar-se à livre concorrência o empresariado põe todos os seus esforços na promoção dos melhores bens e serviços para a sociedade e, mesmo que diretamente não o queira, ao agir dessa maneira promove a reboque o bem comum. Noutras palavras, suas ações indiretamente servem aos interesses da sociedade. E servem de maneira que nenhum outro instituto poderia servir porque num ambiente de livre competição o consumidor – que mais do que ninguém sabe das suas necessidades – tende, logicamente, a sempre escolher o melhor fornecedor que estará, nesse caso, à sua disposição”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013, p. 193.

²²⁶ “a exaustão do potencial maximizador de interesses privados não é um fim em si mesmo, ela depende também da inter-relação entre outros interesses privados que juntos fazem o intercâmbio de interesses na sociedade comercial de forma mais eficiente possível. A eficiência econômica, como se sabe, é o instrumento mais importante para o desenvolvimento do mercado. Dessa forma, a liberdade, sob todos os seus aspectos, é condição necessária para o desenvolvimento econômico em uma sociedade. É ela que está por trás de todas as grandes mutações sociais que impelem o homem ao desenvolvimento”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumento de promoção do desenvolvimento – a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 41, jan-mar. 2013, p. 127.

Portanto, não resta dúvida de quão importante é a existência da livre concorrência que reflete tanto a liberdade como meio e fim, mas também como igualdade e garantia para a promoção do desenvolvimento socioeconômico.

3.4 CONCRETISMO: INSTRUMENTO E MÉTODO HERMENÊUTICOS DE VERIFICAÇÃO E EXTRAÇÃO DO CONTEÚDO E ALCANCE DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA FEIÇÃO SOCIAL

Os Estados Unidos, consoante da apresentação posta em tópico anterior, vivenciaram o nascimento e o desenvolvimento do Direito Antitruste contemporâneo, cujo gérmen embrionário recaía sobre um juízo de razoabilidade incidente nas práticas econômicas, buscando a verificação de um resultando de restrições mercantis e competitivas advindos, sobretudo, dos exercícios da livre iniciativa e da liberdade de contratar. Esse juízo foi denominado de *Rule of Reason* que originou o *Sherman Act* e era aplicado pelas Cortes Americanas já naquela época, como por exemplo *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*²²⁷ e *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*²²⁸.

Diferentemente da prescrição do *Per Se Rule*, na qual a configuração de prática anticompetitivas sob a égide do Direito Antitruste restaria satisfeita de maneira apenas formal, a *Rule of Reason*, tal qual como proposta e inserida no *Sherman Act* no curso de seu desenvolvimento do Direito Antitruste, exige uma série de testes para se verificar e concluir se uma prática específica num dado contexto foi de fato uma violação – existindo, pois, abusos – ou se é uma prática aceitável e lícita – não abusiva –.

Disso é possível, por exemplo, alcançar lícitamente um patamar de monopólio por intermédio da aplicação de métodos e procedimento mais eficientes que os demais concorrentes, bem como produtos e serviços mais receptíveis pelo consumidor. A lógica por trás disso é não reprimir o mérito, muito pelo contrário, até

²²⁷ 85 F. 271. 6th Cir. (1898)

²²⁸ 221 U.S. 1 (1911)

porque como dito alhures, o anseio do Direito Antitruste é proporcionar e promover os níveis de eficiência, inovação e bem-estar do consumidor.

No Brasil, a sistemática do Direito Antitruste também permite essa diferenciação, especialmente porque os principais dispositivos correlatos veiculam a ideia de abusividade. Logo, a conquista de mercado, resultante de um processo natural fundado no mérito e na eficiência do agente econômico não configura ato anticompetitivo²²⁹.

Portanto, far-se-á uma proposta de interpretação e hermenêutica que possibilite a verificação da abusividade ou não de modo casuístico e abstrato.

No ordenamento brasileiro, tem-se os valores das função e justiça sociais contidas na Constituição Federal, de maneira geral, bem como o discurso da livre concorrência em sua essência de liberdade meio e fim, além de ser instrumento de promoção do desenvolvimento socioeconômico, passa-se agora para a perspectiva jurídico-hermenêutica que permite a visualização e a conclusão desses valores, função e justiça sociais, na livre concorrência, o que se fará mediante o Concretismo.

A corrente Concretista se caracteriza, em síntese, por um processo de análise que parte do texto para a norma²³⁰ e cuja finalidade é justamente a busca de densificação e preenchimento da norma e do espaço normativo²³¹.

Isso porque, segundo PAULO RICARDO SCHIER, o Direito não pode se restringir ao formalismo positivista e à mera literalidade do texto legal (perspectiva sintática). Portanto, deve buscar a materialidade do conteúdo (perspectiva semântica) e a realidade fática (perspectiva pragmática) que disciplina²³², uma vez que o que

²²⁹ Lei Federal Nº 12.529/2011. Art. 36. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

²³⁰ CANOTILHO, José Gomes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1201

²³¹ "Densificação das normas por preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos". "Densifica-se um espaço normativo (=preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto". CANOTILHO, José Gomes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1201

²³² "(...) o direito não é apenas o conteúdo de regras jurídicas concretas, mas é, também, formado pelos princípios jurídicos abertos que devem ser concretizados pelos juízes e que englobam a dimensão fática (real) da juridicidade.

importa é sua essência e ela deve ser compreendida, sob pena de se limitar a ser palavras vazias.

E não só isso. A partir do Concretismo é que se permite uma interpretação com foco na solução de problemas concretos sempre preocupado com a estruturação da norma para com o texto, com a existência de um contexto e de uma realidade que se relaciona simultaneamente em todos os sentidos. Essas características vão, na visão de SCHIER, montar uma liturgia procedimental interpretativa de cinco etapas que considera tanto o meio quanto o fim a que se presta a atividade do jurista na corrente concretista²³³.

Assim, percebe-se um constitucionalismo de base epistemológica crítica, construtivista, prospectivo, mas sem perder a dimensão sistêmica, sempre preocupado com a materialidade, historicidade e funcionalidade dos valores jurídicos e sua força normativa, em detrimento do formalismo procedimentalista"; "Considerando o fenômeno jurídico em sua dialeticidade englobadora das dimensões reais (relativas ao preceito normativo e sua interpretação), reais (relativas ao domínio fático do direito e sua interpretação) e ideológicas (relativas ao intérprete enquanto elemento de pré-compreensão integradora realidade jurídica)". SCHIER, Paulo Ricardo. *A Hermenêutica Constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1997, p. 41.

²³³ "os corolários dos métodos concretistas apontam no seguinte sentido: (i) vinculação da interpretação à resolução de problemas concretos, práticos; (ii) preocupação com a estrutura da norma conjuntamente com a do texto normativo; (iii) hermenêutica da norma em toda sua estrutura, e não hermenêutica da identidade texto-norma, como já se afirmou; (iv) o texto do preceito é apenas a ponta do iceberg normativo, que abrange, também, o domínio ou setor normativo - realidade social- e, por fim, (v) deve-se tratar de interpretação do texto e do domínio normativo: portanto, interpretação do contexto". SCHIER, Paulo Ricardo. *A Hermenêutica Constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. RT. Julho de 1997. p. 53; "reconhecimento dos seguintes tópicos: (i) a consideração dá norma como elemento primário do processo interpretativo; (ii) a mediação (captação/obtenção) do conteúdo (significado/sentido/intenção) semântico do texto constitucional, como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional e, ainda, (iii) independentemente do sentido que se der ao elemento literal (gramatical/filo lógico), o processo concretizador da norma da Constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional". SCHIER, Paulo Ricardo. *A Hermenêutica Constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1997, p. 53. "estrutura do processo de concretização distribuída da seguinte forma, em cinco momentos: 1) existência e averiguação semântica do texto; 2) interpretação do texto com a respectiva atribuição de sentidos; 3) existência e averiguação da componente fática, real, empírica (o problema posto a resolver); 4) interpretação dessa realidade fática e, finalmente, 5) contextualização das componentes fáticas e textuais". "A conjunção dos dois primeiros momentos (o texto e sua interpretação) resulta naquilo que Canotilho convencionou chamar programa normativo; a conjunção do terceiro e quarto momentos (componente real, fática, e sua interpretação) resulta no chamado domínio ou setor normativo e, por fim, da contextualização do programa normativo e setor normativo; obtém-se a norma". "o programa normativo 'é o resultado de um processo parcial de concretização (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado lingüística da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados lingüísticos)'. O setor normativo, por -sua vez, 'é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma)'. Por fim, com a contextualização (relação) do programa normativo e setor normativo, obtém-se a norma constitucional". SCHIER, Paulo Ricardo. *A Hermenêutica Constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1997, p. 54.

Essa fórmula de interpretação concretista trazida na obra de SCHIER com fundamento em HESSE e, sobretudo, em CANOTILHO, em muito se assemelha à Teoria Estruturante do Direito de FRIEDRICH MÜLLER, para quem a compreensão do Direito e, principalmente da norma, perfaz-se mediante a análise do âmbito normativo e do programa num movimento de ir e vir chamado de elipse hermenêutica, o que proporciona a percepção material da norma, especialmente sob ótica sistemática, isto, pois, segundo MÜLLER, a aplicação do Direito vai além do texto normativo (perspectiva sintática), mas nunca além da norma (perspectiva semântica), considerando-se, sempre, o caso analisado e suas circunstâncias, ou seja, os elementos materializantes (perspectiva pragmática)²³⁴.

Isso, porque, para MÜLLER, "*não é a proposição normativa que é vinculante, mas sim a norma que perfaz seu conteúdo enunciativo*"²³⁵, ou seja, não é o texto que importa tão somente, mas sim este associado ao conteúdo com o qual está sendo veiculado, o qual, além de ser transmitido pelo texto, é por este limitado²³⁶.

Além dessa preocupação de não reduzir a norma a uma questão meramente sintática, muito embora considere que o texto possa limitar o conteúdo que veicula²³⁷, MÜLLER se preocupa também em enfrentar o problema e o caso que

²³⁴ "O presente enfoque limita-se à investigação da teoria do direito positivo. Para ela, a disposição legal extensivamente apreendida na normatividade materialmente determinada, e não sua versão linguística é o ponto de referência da concretização. Para o processo de concretização, a norma aparece diferenciada de acordo com o âmbito normativo e com a ideia normativa fundamental do programa normativo. Principalmente no direito constitucional os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas numa pequena escala. A aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo; não vai, porém, além da norma, cuja normatividade concreta deve justamente ser salientada apenas para o caso particular". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

²³⁵ MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 199.

²³⁶ "Aqui, o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar do problema, na medida em que mantém a norma (a ser primeiramente construída) como critério vinculante para a escolha dos topoi. Visto, porém, que, nessa função, a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, o texto normativo estabelece, em todo caso, os limites extremos de possíveis suposições". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

²³⁷ "o espaço da normatividade da disposição materialmente determinada e a ser concretizada para cada um desses tipos legais é restringido primeiramente por meio da convenção linguística e depois, sobretudo, por meio dos topoi já parcialmente, apreendidos pelos cânones tradicionais e oriundos preponderantemente da jurisprudência, da doutrina jurídica e do ordenamento jurídico positivo". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 199.

se busca solucionar, pois, segundo ele, a norma serve justamente para enfrentar problemas e dar-lhes soluções²³⁸, afinal de contas o Direito serve para quê?

Por força disso é que o aludido autor defende a importância do trabalho interpretativo que vai, a partir da utilização de sua teoria, racionalizar todos os elementos postos e definir a norma em sua materialidade e validade, uma vez que tais características não estão postas e nem são trazidas pelo texto normativo²³⁹. Em sendo assim, é necessário buscar mais e maiores elementos de elucidação e compreensão do problema enfrentado, que irão fornecer a materialidade necessária para concretizar a norma²⁴⁰, exigindo-se o que ele chama de âmbito normativo e programa normativo²⁴¹.

Esse método interpretativo, ainda na visão de MÜLLER, exige um labor investigativo para a visualização efetiva da estrutura e do conteúdo da norma que se busca concretizar, com base principalmente na realidade fática e nas características/estados das coisas²⁴², não se podendo, contudo, dissociar ou afastar

²³⁸ "O que é decisivo é que a norma seja considerada não como fator parcial intercambiável, a serviço da solução adequada de problemas, mas como meta da elaboração metódica dos aspectos materiais 'problemáticos'". MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 200.

²³⁹ "O aperfeiçoamento jurídico, atuante na concretização, não é previamente dado no texto normativo. Assim como um texto normativo não é compreensível sob o ponto de vista do direito, sem que esteja materialmente ligado ao âmbito normativo e ao programa normativo (juntamente com o contexto conceitual e linguístico da interpretação sistemática), também a concretização da norma, que engloba a interpretação e a aplicação no sentido tradicional e que, como complemento da norma, aproxima-se eventualmente da formação da norma, somente ocorre no plano do texto normativo. E tanto mais urgente se torna a racionalização de seus elementos, o que a torna tanto mais passível de ser examinada, como discutível pela comunidade jurídica". MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 203.

²⁴⁰ "A determinação material da normatividade e da validade normativa, bem como sua articulação geral, no sentido do âmbito normativo e do programa normativo são o ponto de partida da metódica jurídica; sua elaboração mais específica e formação tipológica no caso particular, bem como para grupos de casos, são suas demais tarefas. Visto ser concebida como algo materialmente determinado, também e justamente a norma, como modelo de um ordenamento parcial, é acessível e necessário à concretização jurídica normativa organizada e, ao mesmo tempo, responsável pelo aperfeiçoamento jurídico. Tal concretização só é possível no sentido da aplicação". MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 227.

²⁴¹ "É essa a razão teórico-normativa para designar como 'âmbito' normativo a estrutura material normativamente assumida, sendo que o âmbito normativo não é um 'objeto' isolado, mas na linguagem figurada indica o escopo do qual a concretização prática sempre necessita. E 'concretização prática' significa que tanto o âmbito normativo como também, de antemão, o programa normativo - e, com isso, a norma jurídica no todo - somente são produzidos pelo operador do direito no caso específico. Concretização da norma é construção da norma". MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 230/231.

²⁴² "a compreensão estruturante da norma restringe e especifica ao mesmo tempo os problemas da 'natureza das coisas', da 'lógica material' ou das 'estruturas lógico-materiais'. Ela conduz à investigação dos âmbitos normativos

do Direito positivo escrito ou não escrito, inclusive pelas próprias limitações sintática e semântica da norma, sob pena de subversão²⁴³.

Assim, o âmbito normativo é justamente o que, na visão de MÜLLER, auxilia o alcance da realidade da norma²⁴⁴, bem como do círculo real de dados fáticos e do meio ambiente social e histórico que circunda o problema posto a ser solucionado²⁴⁵. Todos esses elementos são harmonizados e compreendidos dentro da estrutura normativa em questão²⁴⁶. E, além disso, o concretismo de MÜLLER utiliza o programa normativo para regular, selecionar e delimitar o que fora produzido pelo âmbito normativo.²⁴⁷

Essa associação compreensiva desses dois elementos da teoria estruturante, o âmbito normativo e o programa normativo, funciona em uma simbiose de mútua correção do que cada qual produz (aspecto pragmático e o aspecto semântico), ambos procedidos e relacionados com o texto normativo (aspecto

e, com isso, a estrutura da realidade que são ligadas e transcritas em sua relevância e em sua extensão objetiva da norma jurídica concretizante". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 233.

²⁴³ "Nessas tarefas, a investigação do âmbito normativo e a concepção estruturante da norma que fundamenta tal investigação devem permanecer vinculadas à concretização do direito positivo escrito e não-escrito; elas podem - assim como uma 'natureza das coisas' fundida ao direito natural - querer determiná-la a partir de algo que está fora da constituição positivo do direito". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. SP, RT, 2008. p. 235

²⁴⁴ "O âmbito normativo constitui, com isso, um ponto de vista auxiliar da concretização: a realidade, que pertence inseparavelmente à norma, na esfera de sua eficácia, e é normativamente incorporada a ela, é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 250.

²⁴⁵ "Por outro lado, o aspecto do âmbito normativo sustenta-se em um círculo real de dados fáticos e problemas, que não apenas co-determina a normatividade da norma na modalidade de uma hipótese, mas diretamente em seu meio ambiente social e histórico". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 250.

²⁴⁶ "Do ponto de vista metódico, as características dos âmbitos normativos a serem harmonizadas com as circunstâncias reais individuais no caso particular devem ser elaboradas como elementos tipológicos de ligação, sobretudo de acordo com grupos de casos, na forma que corresponde à natureza tipológica da compreensão normativa estruturante nessa esfera". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 250.

²⁴⁷ "A função reguladora do programa normativo não pode levar a uma adulteração das descobertas da análise do âmbito normativo. Ela é seletiva e delimitadora, todavia não é concebida para proceder à reavaliação do conteúdo. Ela deve, por isso, levar em conta também as alterações da estrutura básica do âmbito normativo, tornando-as componentes fundamentais da solução do caso". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 252.

sintático)²⁴⁸, e que vai proporcionar a norma concreta de decisão, mediante o movimento de ir e vir da elipse hermenêutica²⁴⁹.

O resultado desse processo é a formação e a ampliação das chamadas pré-compreensões²⁵⁰. Ao se realizar o trabalho hermenêutico sintático, semântico e pragmático, amplia-se o campo de visão sobre as diversas situações e problemas que as normas enfrentam e podem vir a enfrentar, permitindo as distinções necessárias e adequadas, além de sedimentar as interpretações resultantes dessa trajetória, eliminando, inclusive, pontos obscuros que dantes não se compreendiam²⁵¹.

Buscando interpretar as normas de direito fundamental, GUERRA e EMERIQUE acabam por trazer uma ótima explicação e aplicação da Teoria Estruturante de MÜLLER, consignando que a sintática e a semântica comumente utilizadas na atividade interpretativa não são suficientes, por isso que se insere a

²⁴⁸ "Programa normativo e âmbito normativo devem também ser mutuamente corrigidos no que diz respeito ao caso particular que os 'provoca' no sentido da palavra. Não apenas a norma jurídica tipizada da teoria estruturante mas também a norma concreta da decisão aparecem, pois, não como decisão lógica aplicada, não como imperativo executado, mas como ordenamento parcial que influencia a realidade, como decisão obrigatória do caso jurídico particular. Dependendo da amplidão, da possibilidade de ser objetivo e da densidade material do âmbito normativo e, ainda, dependendo da fundamentação do programa normativo, ambos são em maior ou menor escala complementemente passíveis de serem formulados pelo texto normativo. Quanto mais inteiramente isso é possível, tanto mais o movimento teórico-normativo da 'elipse' em favor de um processo que se aproxima da 'subsunção' surge no segundo plano". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 263/264.

²⁴⁹ "O caráter da ligação elíptica do programa normativo e âmbito normativo, caráter esse que é sistemático e formador de sistema no sentido amplo, significa, de acordo com esses pressupostos, não um sistema no sentido dedutivo da axiomática prática ou da hierarquia que enfatiza valores, irias sim a conexão, necessária e fundamentada na visão estruturante da norma jurídica, entre normatividade materialmente determinada e realidade fundamentada pela norma". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 264.

²⁵⁰ "Os conteúdos da pré-compreensão a serem distinguidos de abordo com o programa normativo, o âmbito normativo e a estrutura do caso aumentam o número dos pontos de vista que necessitam de fundamentação e tornam possível nomear claramente conteúdos que tradicionalmente permaneceriam tacitamente sob o pretexto da metódica puramente jurídica, fazendo com que se possa distinguir de modo mais preciso quais razões da solução do caso foram desenvolvidas de modo racional e quais, como sempre de modo inevitável, foram obtidas a partir da avaliação mais imprecisa". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 267.

²⁵¹ "Esses conteúdos também podem contribuir para fazer da visão "voltada para os dados reais em si" uma visão voltada para o poder de validade da norma jurídica, o qual é objetivo e passível de ser comprovado, bem como para reduzir as possibilidades de uma mistura velada de conhecimento jurídico objetivo e convicção particular - vez que entre ambos há uma distinção juridicamente relevante, e ainda, de acordo com o mandamento básico de toda aplicação interpretativa, podem contribuir para proteger os intérpretes de suas obscuras formas habituais ele pensar e de modelos de sentido e de significado válidos apenas de modo subjetivo". MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 267.

pragmática e a associa numa nova realidade de interação entre esses três fatores²⁵², que tanto trazem novas informações e perspectivas como também limitam uns aos outros, contribuindo para a condução da atividade interpretativa e a construção de uma norma de decisão completa, estruturada e sistematizada²⁵³. Em nenhum momento se disse que esses instrumento e método seriam simples ou fáceis, suas serventia e utilidade vão proporcionar ferramentas completas de interpretação e aplicação da norma e a solução de problemas.

Muito embora o trabalho de GUERRA e EMERIQUE tenha se limitado aos direitos fundamentais, essa interpretação do Direito e a aplicação do concretismo hermenêutico podem ser utilizadas para tantas outras serventias, inclusive aquela que

²⁵² “O programa normativo não é apenas a soma dos dados lingüísticos relevantes do texto, captados a nível semântico. Outros elementos a considerar são: a sistemática do texto normativo, o que corresponde à exigência de recurso ao elemento sistemático; a genética do texto; a história do texto; a teleologia do texto que aponta para a insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém e daí o recurso à pragmática”. GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1349&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 nov 2014.

²⁵³ “Relevante para o processo de concretização não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de uma norma. O significado do texto aponta para um referencial, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira uma racionalidade formal e material. Compreende-se que é preciso delimitar um domínio ou setor de norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais) que são de diferente natureza (jurídico, econômico, social, psicológico, sociológico) e a análise do domínio da norma será tanto mais necessária quanto mais uma norma faça menção a elementos não-jurídicos e o resultado de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise do domínio de norma; e quanto mais uma norma for aberta, carecendo de concretização posterior, através dos órgãos legislativos”. “A análise dos dados lingüísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (domínio normativo) não são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização. A articulação dos dois processos é necessária desde logo, porque o programa normativo tem uma função de filtro do domínio normativo: como limite negativo e como determinante positiva do domínio normativo, isto significa que é ele que separa os fatos com efeitos normativos dos fatos que, por extravasarem desse programa, não pertencem ao setor ou domínio normativo (função positiva do programa normativo), por sua vez o efeito de limite negativo do texto da norma, significa a prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto (gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação”. “O processo de concretização conduz a uma primeira idéia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: uma medida de ordenação lingüísticamente formulada e um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo). Para a norma jurídica passar da normatividade concreta é preciso que ela se revista do carácter de norma de decisão”. GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1349&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 nov 2014.

se propõe neste trabalho, qual seja, a compreensão das função e justiça social inerentes à livre concorrência.

A partir do que fora exposto e entendido pelo concretismo hermenêutico, sobretudo pela coexistência harmônica com reciprocidade sistêmica e limitadora das perspectivas sintática, semântica e pragmática da norma, tem-se que a norma de livre concorrência, muito embora veicule uma liberdade meio e fim, bem como uma garantia, conforme exposto alhures, pressupõe, sob as perspectivas semântica e, principalmente, a pragmática, o reflexo das função e justiça sociais.

Como dito outrora, a livre concorrência é um instituto jurídico importado para o Direito brasileiro no contexto em que o Estado se retira da função de agente econômico e entrega a atividade produtiva para o setor privado, mas, em nenhum momento, a economia deixou de possuir sua função social, de modo que essa liberdade também se irriga com essa finalidade.

Dessa forma, o programa normativo dessa liberdade demonstra todo o plexo de direitos e garantias associados ao campo semântico, enquanto o âmbito normativo serve, como limitador da liberdade para conformá-la ao texto constitucional, considerando o caso concreto, sobretudo, mediante a inserção das função e justiça sociais que, como dito, é um valor contido na essência de nossa Constituição e se irradia a toda ela.

Portanto, o concretismo permite ao jurista a investigação e a conclusão se a livre concorrência, compreendida sob as perspectivas sintática e semântica que reverberam as função e justiça sociais da Constituição, está sendo garantida e exercida no caso concreto, a perspectiva pragmática ou se há alguma deturpação.

Em arremate do que aqui se defende, traz-se as lições de DUGUIT, citado por VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR, que demonstram, com maestria, a existência das função e justiça sociais em diversos institutos jurídicos, quando assim disciplinado pela Constituição, o que aqui se estende para a livre concorrência, que

resulta numa exigência finalística para o exercício e o gozo da liberdade e da garantia²⁵⁴, a ser verificada casuisticamente, por meio do concretismo.

Apenas com esse giro sintático, semântico e pragmático se faz possível promover o desenvolvimento socioeconômico pretendido e objetivado pela Constituição Federal mediante a livre concorrência, pois, caso não venha a ser materializado e substantivado em nada resultado.

Até aí tudo bem, mas acontece que o concretismo, conforme exposto anteriormente, permite a formação de pré-compreensões e a abertura e o esclarecimento de pontos obscuros.

Isso quer dizer que, muito embora o concretismo se preste a partir do e para o enfoque pragmático, ele permite também uma compreensão genérica e abstrata da existência das função e justiça sociais permeadas e adstritas à livre concorrência, tanto como liberdade, quanto como garantir e elemento fundamental para o desenvolvimento socioeconômico.

Assim sendo, mesmo não se trazendo ou se debruçando sobre um caso concreto, toda essa liturgia vai permitir a consignação da função e justiça sociais da livre concorrência a contribuir para a construção de uma cultura e mentalidade de compromisso individual sob a perspectiva ética mediante o exercício e gozo dessas liberdade e garantia, conforme defendido no tópico anterior a auxiliar, talvez até em retroalimentação, no desenvolvimento socioeconômico sem necessitar da intervenção do Estado.

De todo modo, esse método hermenêutico se caracteriza pela possibilidade de sofrer mutabilidade e atualização no transcurso do tempo, readequando suas

²⁵⁴ “Ao final, como Duguit já afirmara, todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função em razão direta do lugar que ocupa. O possuidor da riqueza pode realizar trabalho, que em função dessa riqueza, só ele pode realizar. Só ele pode aumentar a riqueza geral fazendo valer o capital que possui. Está socialmente obrigado a realizar essa tarefa. A propriedade não é o direito subjetivo do proprietário; é a função social do possuidor da riqueza. O direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário; mas garante a liberdade do possuir da riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato mesmo dessa posse, podendo-se dizer que a propriedade se socializa”. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

perspectivas sintáticas e semânticas, como também as situações a partir das quais se constroem as perspectivas pragmáticas, permitindo, assim, a perpetuação da reflexão das função e justiça sociais na livre concorrência.

Ao fim, essa intelecção é que dá suporte jurídico-hermenêutico para justificar, incentivar e instrumentalizar a efetivação e a promoção das função e justiça sociais da livre concorrência, o que, como visto outrora, gera desenvolvimento socioeconômico, seja num caso concreto, seja de maneira genérica e abstrata a partir das pré-compreensões.

3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

Diante do exposto, a partir da análise de leitura e compreensão corriqueira que se tem acerca do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, especialmente quando é vista como decorrência do princípio da Livre Iniciativa ou uma proteção individual contra intervenção estatal que se faz necessária para equilibrar as liberdades econômicas, que deve refletir os vetores da justiça social e do bem-estar social.

A presença de valores constitucionais balizadores, estruturantes e fundantes do ordenamento jurídico ensejou a necessidade de aprofundamento e uma elucidação mais concreta do que viria a ser a Livre Concorrência permeada e influenciada pelas função, justiça e bem-estar sociais, as quais se fazem constante em toda a Constituição, a ponto, inclusive, de ser uma de suas características de predominância, de modo que a carga axiológica que carregam deve, necessariamente, irradiar-se e direcionar os demais institutos jurídicos, mesmo que o sejam constitucionais.

A justiça social, advinda da ideia de justiça, com tradição cristã, veicula uma relação do indivíduo para com a sociedade numa busca ou com o fim de bem comum de todos, podendo, inclusive, comunicar-se com a justiça distributiva. Isso foi a chamada perspectiva ética desses valores e vetores constitucionais.

A função social seria a perspectiva jurídico-cogente que instrumentaliza e/ou autoriza a efetivação, a promoção e a persecução dos valores e vetores da justiça social nos institutos jurídicos, sobretudo nas ordens econômica e social, bem como na livre concorrência, quando a perspectiva ética e a autonomia dos indivíduos não satisfizerem essa expectativa.

A livre concorrência que surge com um instituto importado em virtude da mudança da lógica econômica adotada pela Constituição Federal de 1988 não se exime da finalidade constitucional que é dada para a economia, qual seja, o dever de proporcionar o benefício coletivo do progresso, do desenvolvimento e da produção. Ou seja, essa liberdade é influenciada pela justiça e função sociais constitucionais.

Na verdade, como demonstrado no curso do trabalho, a livre concorrência é uma liberdade complexa e ampla que veicula tanto uma ideia de liberdade meio (instrumental), mediante a existência de processos, de oportunidade e de igualdade de seus destinatários e titulares, quanto uma liberdade fim (substantiva) que é a liberdade em si associada às capacidades de seu uso e à destinação com a qual é empregada.

No contexto da perspectiva ética envolta à livre concorrência, consignou-se o compromisso individual que o titular da liberdade teria para com seu exercício, devendo fazer uso e gozá-la de modo a satisfazer as função e justiça sociais, o que resultaria numa beneficiação comum a todos os membros da sociedade.

Contudo, diante do fracasso ou da insuficiência da perspectiva ética, teríamos a perspectiva jurídico-cogente que resultaria na intervenção estatal, utilizando de todos seus instrumentos e permissivos legais, para que se efetivasse e promovesse as função e justiça sociais da livre concorrência.

Com isso, um ambiente de competitividade seria erigido, resultando em equilíbrio e eficiência do mercado, ampliação do emprego e da renda, equilíbrio dos preços, promoção e difusão do bem-estar social, quer seja pela ética, comprometimento e cooperação individuais autônomas, quer seja em decorrência da cogência representada pela intervenção estatal.

Na experiência Norte Americana, o desenvolvimento dessa compreensão se utilizava da metodologia denominada de *Rule of Reason*, juízo que deu origem ao *Sherman Act*, para a verificação da adequação das condutas em consonância com o entendimento do que, para eles, seria a Livre Concorrência e se haveria, no caso em concreto, prejuízo a essa compreensão a ser passível de intervenção estatal.

Em consonância com esse pensamento, mas saindo do sistema *Common Law* e voltando para o *Civil Law*, segundo o Concretismo, é possível fazer a leitura adequada da livre concorrência, liberdade esta que deve refletir a função social constitucional. As normas jurídico-constitucionais devem ser compreendidas mediante as perspectivas sintática, semântica e pragmática, o que se faz por meio do programa e âmbito normativos do Concretismo Hermenêutico para a verificação do conteúdo e do alcance da norma, em especial a livre concorrência orientada pela função e justiça sociais, sobre o caso concreto e os exercícios e gozos individuais dessa liberdade. Percebendo, outrossim, que esse método constrói pré-compreensão que serve para essa mesma visualização e compreensão, a saber, a efetivação e a promoção das função e justiça sociais da livre concorrência, de modo genérico e abstrato, sem a existência e a necessidade de um caso concreto de análise.

Com isso, é possível promover um desenvolvimento socioeconômico consoante a determinação constitucional, tudo mediante um processo que igualmente reflete as função e justiça sociais e nos mantemos congruentes, inclusive, com a premissa de liberdade meio em face do processo.

4 REGULAÇÕES SETORIAL E CONCORRENCIAL: HISTÓRICO, DESENVOLVIMENTO, DICOTOMIA E COMPLEMENTARIDADE.

Ultrapassados os pontos anteriores, adentra-se, agora, nas questões pertinentes à intervenção estatal sobre o domínio econômico.

Como dito alhures, a ausência de presença estatal sobre as questões econômicas demonstrou preocupação quanto aos rumos que as atividades iriam traçar, bem como as decisões que os agentes econômicos poderiam vir a escolher, no bojo de sua ética – no exercício de suas liberdades de iniciativa que poderia resultar em falhas/distúrbios mercadológicos²⁵⁵ e efeitos deletérios de alguns aspectos pretendidos²⁵⁶. Por isso, o Estado viu a necessidade de intervir.

Como demonstram SCHEUTTINGER e BUTLER, a ideia de regulação nos remonta a um período ancião, desde o período sumério e O egípcio, há mais de 40 séculos, quando a história revela a existência de um disciplinamento e controle da atividade comercial, sobretudo, na produção alimentícias, inclusive como forma e instrumento de se manter domínio sobre todo o corpo social, considerando a essencialidade do acesso à comida e à água, à época²⁵⁷.

Muito embora não houvesse a figura do Estado tal como compreendemos hoje, havia a formação de uma sociedade com certas organização e disciplina, na qual se faziam presentes instituições ou uma estrutura de liderança e concentração de poder político e legal. Logo, *mutatis mutantis*, havia uma atividade reguladora do Estado, principalmente focada sobre preços e salários, incluindo os povos da Babilônia, da Grécia Antiga, da Índia e até a China.

Nesses episódios, vê-se que a regulação e a atividade reguladora se prestavam a disciplinar as atividades econômicas e algumas condutas dos

²⁵⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 63

²⁵⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 63-64

²⁵⁷ SCHEUTTINGER, Robert L.; BUTLER, Eamonn F.. Wage and Price Controls in the Ancient World. Disponível em: <https://mises.org/library/wage-and-price-controls-ancient-world>> Acesso em 14 de julho de 2015.

particulares, seja para manter um controle social e político, seja para, especialmente, reger a econômica e combater a inflação.

Nos moldes atuais, a ideia de regulação e de atividade reguladora do Estado surgiu nos Estados Unidos, primeiramente com a Constituição, em 1788, que já continha previsões de regulação e disciplinamento, tais quais o comércio internacional e o valor da moeda (Artigo I, seção 8, §§3 e 5)²⁵⁸, por exemplo, cuja finalidade era controlar tanto a atividade particular quanto preços e salários, ou seja, a inflação.

Posteriormente, a regulação e a atividade reguladora iniciaram seu processo de desenvolvimento e fortalecimento de uma regência da atuação particular em meados do final do Século XIX, na figura do *Interstate Commerce Act* de 1887, que inclusive instituiu a primeira agência reguladora federal, e do *Sherman Act* de 1890²⁵⁹. Essa primeira regulação foi editada com vistas a disciplinar a indústria de ferrovias, no que diz respeito à livre concorrência que repercutia em uma disputa desleal entre os agentes do segmento e havia risco de manipulação de preços. A segunda já foi tratada anteriormente neste trabalho. Ambos revelam o fracasso dos padrões éticos no exercício das liberdades.

Trocando em miúdos, a regulação e a atividade reguladora do Estado, em tempos atuais, surgiram diante do fracasso da “Mão-invisível do Mercado” idealizada por ADAM SMITH, que acreditava que as condutas individualmente consideradas seriam todas voltadas para o bem-comum – expectativa ética –. Mas a falta de previsão dos desvios, abusos e do aparecimento das chamadas falhas de mercado²⁶⁰

²⁵⁸ Constituição dos Estados Unidos, Artigo I, Seção 8. “To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes” (tradução livre: Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas); “To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures (tradução livre: Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas);

²⁵⁹ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 2

²⁶⁰ “cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo da sua própria vantagem leva-o naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. São Paulo: Forense, 2005. P. 219.

fez sua teoria ruir, o que BILAC PINTO apontou como a impossibilidade do *self-government* do poder econômico²⁶¹.

Foram justamente os desvios e abusos que começaram a desvirtuar o direito de propriedade, as liberdades individuais, as garantias constitucionais etc., situação essa que tirou o Estado da inércia e da não-ingerência²⁶², à época, para passar a intervir na economia, mediante o combate desses atos danosos e contrários às próprias função e justiça sociais das liberdades e do mercado em si, que vão gerar as chamadas falhas de mercado e suprimir as liberdades alheias bem como o desenvolvimento²⁶³.

De igual forma é o pensamento de BINENBOJM, para quem a regulação se presta a corrigir as falhas de mercado – que inclusive geram falhas sociais também – bem como aumentar a eficiência das prestações e proteções públicas, considerando, especialmente, os serviços públicos submetidos à regulação²⁶⁴.

O Estado vai advir e atuar mediante a intervenção, nas mais variadas formas e utilizando seus diversos mecanismos e instrumentos na tentativa de corrigir essas falhas²⁶⁵, por intermédio da regulação e do disciplinamento da liberdade²⁶⁶ para

²⁶¹ PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.

²⁶² “o que forçou o Estado a sair de sua inércia e intervir no domínio econômico foi a deturpação, o desvirtuamento do direito de propriedade, pois, se antes se entendia que ela era um dos instrumentos do exercício da liberdade do indivíduo e mola-mestra da expansão dos mercados, agora, desvirtuada de seus propósitos, ela passa a ser instrumento de opressão social”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. P. 189

²⁶³ “É por essa razão que Forgioni lembra que o surgimento do Direito Antitruste no século passado foi calcado na relação concorrência-liberdade, ou seja, as leis antitrustes, que nasceram a princípios nos Estados Unidos, foram utilizadas para manter o próprio mercado livre, sem abuso do poder econômico de um sobre os outros, como para impedir o cidadão de virar refém do próprio mercado”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. P. 188

²⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 249-254

²⁶⁵ Ver nota 205

²⁶⁶ “O exercício daquela [liberdade] por parte deste [indivíduo] pressupõe a sua disciplina legal a fim de se manter o respeito ao exercício da liberdade dos outros”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. P. 188

reequilibrar as condutas/comportamentos e retornar para um contexto sistemático de desenvolvimento socioeconômico (bem-estar comum)²⁶⁷.

Essa intervenção estatal se apresenta como um dever compulsório, com natureza jurídico-cogente, do Estado agir contra as falhas de mercado e buscar o equilíbrio e o desenvolvimento econômico pela da harmonização das liberdades, principalmente econômicas²⁶⁸, inclusive porque, como aponta BILAC PINTO, havia uma verdadeira disputa de submissão e domínio entre o poder político e o poder econômico²⁶⁹.

Na experiência brasileira, a história não é muito diferente. O surgimento da regulação e o início da atividade reguladora do Estado advieram pelo fracasso do Estado-Empresário, que concentrava praticamente toda a atividade econômica, sobretudo a de grande quantidade e importância, com a paralela abertura econômica para a iniciativa privada, deixando a atuação estatal restrita ao controle e ao disciplinamento normativo²⁷⁰.

Portanto, com base nisso, vemos que a finalidade precípua da regulação é fazer o controle e a regência de determinadas áreas de interesse social e de condutas particulares, e a atividade reguladora é a efetivação disso por intermédio dos instrumentos criados pelo sistema.

Para BINENBOJM, a ideia de regulação e a atividade reguladora do Estado se presta a erigir um ambiente de equilíbrio e harmonização das condutas e interesses

²⁶⁷ “Ao mesmo tempo [o Estado] deve exigir do mercado comportamento que promova o bem-estar comum, sob pena de se gerar desequilíbrio social”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dez. 2013. P. 189

²⁶⁸ “Essa obrigação de intervenção ocorre justamente para que o Estado corrija as falhas naturais de mercado e, assim, haja dentro da economia um crescimento equilibrado, ordenado, equânime, para que se alcance, enfim, o desenvolvimento econômico”. SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico – O papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, abr-jun. 2013. P. 126

²⁶⁹ PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15-30.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Introdução: Aspectos Constitucionais. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 16-26.

individuais para com aqueles vistos sob a perspectiva coletiva²⁷¹, o que se faz principalmente por intermédio das agências reguladoras²⁷².

Não obstante, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO entende que a ideia de regulação é de uma intervenção estatal que se presta ao equilíbrio e à harmonização do setor privado e econômico sobre o qual venha a recair. Além disso, ela apresenta uma solução de atingimento de um resultado prático como objetivo último, dentre os quais, maior satisfação do interesse público, menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos, menor dispêndio de recursos públicos. Como também, oferecia uma nova dinâmica com vistas à eficiência²⁷³.

Isso porque, como demonstra o referido autor, a regulação possui uma função homeostática que se presta a maximizar a eficiência na solução dos problemas que deve conciliar, oferecer maior flexibilidade negocial privada, mantendo um rigor coercitivo estatal para, ao final, harmonizar tanto os interesses quanto o leque variado de aspectos incidentes e advindos das situações a que se presta²⁷⁴.

Dentre as diversas formas pelas quais o Estado pode lançar mão para exercer e executar a atividade reguladora, tem-se a normatização, a fiscalização, o planejamento, o fomento e a indução, os quais, ainda, podem se fazer presentes dentro de outros instrumentos, como, por exemplo, a tributação e a concessão de serviços públicos.

Cada um desses instrumentos se presta a uma finalidade própria e, por vezes, um único ato de regulação exige a utilização de múltiplos instrumentos reguladores, como, por exemplo, uma norma que institui a sanção geral e abstrata e

²⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. 1

²⁷² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. 2

²⁷³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 100-104

²⁷⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 107-108

outra norma para a sanção concreta e específica expedida num ato de fiscalização. Logo, percebe-se a complexidade inerente.

Além disso, a complexidade se revela também pela compreensão da regulação dentre as várias atividades do Estado. Considerando a origem, a finalidade, as formas, os instrumentos e demais características da regulação e da atividade reguladora, dentro da atual proposta classificatória de SUNDFELD à qual me filio, verifica-se uma mescla de ações administrativas dentro das Administração de gestão, fomentadora e ordenadora²⁷⁵.

Com a finalidade de intervir, o Estado pode atuar de várias formas distintas ou por intermédio de vários instrumentos, a depender do procedimento e/ou da finalidade que se busque.

A Constituição Federal de 1988 traz associada à noção de intervenção a ideia de regulação²⁷⁶, que envolve uma série de atribuições e possibilidades, a partir das quais o Estado pode vir a intervir preponderantemente, cujo destaque é a norma²⁷⁷.

EROS GRAU, valendo-se da ideia de GERSON AUGUSTO DA SILVA, entende e defende a existência de três modalidades/gêneros de intervenção: por absorção ou participação; por direção; ou, por indução²⁷⁸.

²⁷⁵ Segundo Sundfeld, a ação administrativa pode ser posta numa nova classificação, diferente da atual, principalmente pela atualização do termo poder de polícia. Para ele há de haver uma Administração de gestão, compreendendo a prestação de serviços públicos e sociais, manutenção das relações internacionais, administração cambial e emissão de moeda e exploração de setores monopolizados e atividades em concorrência. Enquanto que a administração fomentadora se encarregaria de induzir e incentivar e a administração ordenadora regularia o setor privado com o emprego do poder de autoridade. Entendo que essa classificação é muito importante, inovadora e atual, mas não há um órgão da administração cuja competência se restrinja apenas a uma dessas ações. De igual forma, por vezes a atividade reguladora não se resume a regular as condutas privadas, mas também induzi-las e incentiva-las. Logo, a atividade reguladora do Estado vai refletir um valor leque de ações, as quais estão inseridas umas na gestão, outras no fomento e outras na ordenação. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros. 2003. P. 20-27

²⁷⁶ CF/88, Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁷⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 62

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 90

A intervenção por absorção ou participação ocorre mormente a chamada intervenção do Estado NO domínio econômico, caracterizada quando o Estado atua diretamente no campo econômico, travestido de empresa, para exercer atividade econômica num regime de monopólio (absorção) ou por intermédio de suas empresas públicas ou de economia mista (participação)²⁷⁹. Essa hipótese é excepcional e só se justifica pela necessidade de observação e satisfação da segurança pública e de relevante interesse coletivo²⁸⁰.

O outro gênero de intervenção descrito por GRAU é a direção, no qual o Estado fixa mecanismos, sobretudo normativos, que prescrevem compulsoriamente a adoção de determinados comportamentos. Eles vão além da simples pressão sobre a economia. Esses elementos reflexem grandes imperatividade e cogência com vistas a engendrar o cumprimento efetivo dos comportamentos pretendidos, como, por exemplo, o controle de preços²⁸¹.

Por fim, ainda em GRAU, tem-se a intervenção por indução que, ao contrário da direção, não possui cogência comportamental. São normas dispositivas que conduzem o agente econômico a adotar, dentro de sua facultatividade, uma determina opção econômica que se coadune com os interesses coletivo e social erigidos por determinada política econômica. As normas, aqui, utilizam incitações, estímulos e incentivos para a adesão ou a constituição de um cenário desprivilegiado que se torne desinteressante nele permanecer. É o que o autor denomina de direito premial, que pode ser positivo ou negativo, geralmente por intermédio do Direito

²⁷⁹ No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 143

²⁸⁰ CF/88, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

²⁸¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 144

Tributário e a oneração ou desoneração de determinadas atividades econômicas a refletir e repercutir nas escolhas dos agentes econômicos, mas pode tomar outras feições menos corriqueiras, como por exemplo, a colocação de infraestrutura em determinada localização que facilite em muito o exercício e a exploração econômicos²⁸².

Além dos gêneros de intervenção, há também as espécies/formas de regulação que, como já visto no art. 174 da CF/88, pode se dar por normatização, fiscalização e incentivo.

A normatização nada mais é do que o uso de instrumentos normativos para reger as condutas. A partir dela, vê-se o Estado disciplinando tantos elementos quantos forem necessários para empregar normalidade à economia e restabelecer a livre concorrência²⁸³.

Dentro do universo de regulação e intervenção estatais, destaca-se a fiscalização é um elemento exigido e *sine qua non* da regulação como um todo, sobretudo da normatização, que é a verificação do cumprimento e da efetividade das normas postas, podendo, inclusive, aplicar sanções quando nelas previstas²⁸⁴.

Nesse sentido, tem-se, a título de exemplo, a sonegação fiscal. Dentre os vários fatores que envolvem a sonegação fiscal²⁸⁵, a fiscalização é um dos mais determinantes para os níveis maiores ou menores de sonegação fiscal.

Ocorre que, a sonegação fiscal resulta numa menor carga tributária para o contribuinte/agente econômico que incorre nessas práticas. Logo, consegue-se uma maior margem de lucro e/ou preços mais baixos. Portanto, a falta de fiscalização

²⁸² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 145-146

²⁸³ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 302

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 300-301

²⁸⁵ Para mim, a sonegação fiscal é resultado de um contexto em que há a combinação do sentimento de carga tributária excessiva e falta de contraprestação estatal, viabilidade prática para deixar de pagar os tributos e sistema com baixos níveis de detecção e sanção, ou seja, os sistemas fiscalizatório e sancionador.

suficiente é um fenômeno que pode prejudicar a competitividade e efetivamente o faz²⁸⁶, além dos outros prejuízos de cunho social decorrentes.

Contudo, no Brasil se vê uma ineficiência do sistema de fiscalização do Estado. Ora, como a norma regulamentadora visa a empregar normalidade e reestabelecer a competitividade, além de tantas outras funções, via de regra, sob pena de sanção, a falta de fiscalização suficiente impede a efetividade das normas e, conseqüentemente, impede a satisfação de suas finalidades. Ou seja, sem fiscalização o ambiente continua sem os adjetivos pretendidos. Aliás, a falta de fiscalização corrobora tanto com o surgimento quanto com o aumento das distorções e dos graves prejuízos à economia²⁸⁷.

Importante destacar, também, a figura do planejamento. Como aponta GRAU, não se trata de uma intervenção ou de uma forma de regulação propriamente dita, mas é justamente o planejamento que vai qualificar a atuação estatal, adicionando os vetores de racionalidade e previsibilidade²⁸⁸ à administração, à organização e à promoção do desenvolvimento econômico²⁸⁹.

TAVARES, concordando com o entendimento de GRAU, faz a ressalva da necessária distinção a ser feita entre o planejamento e a planificação. Diferente daquele, este último é impositivo e cogente, a exemplo do que se viu na experiência da União Soviética (URSS)²⁹⁰.

E é precisamente nesse contexto de intervenção estatal sobre o domínio econômico que surge a figura das agências reguladoras. Como descreve AGUILLAR, elas se caracterizam pela natureza autárquica especial com competência normativa; detentora de autonomia e independências financeira e administrativa; competência fiscalizatória do cumprimento das normas que expedem, inclusive para a aplicação de

²⁸⁶ FREITAS LIMA, Ricardo Seibel. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. Dissertação de Mestrado. UFRS. 2005. P. 101-106

²⁸⁷ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. p. 381

²⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 105-106 e 146

²⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 303 e 339

²⁹⁰ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. P. 310

sanções; têm capacidade e veículos para o recebimento de *inputs* do segmento; e, arbitram conflitos²⁹¹.

4.1 REGULAÇÃO SETORIAL X REGULAÇÃO CONCORRENCIAL

Sob as vestes das agências reguladoras, a intervenção estatal pode, ainda, ocorrer por intermédio da intervenção setorial ou da intervenção concorrencial. Ou seja, é possível haver a agência reguladora setorial e a agência reguladora concorrencial, como há tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.

Como relata CARLTON e PICKER, desde 1890 o Direito tem lidado com a dicotomia de disciplinar as atividades econômicas mediante a vertente Antitruste ou a Regulatória setorial, por vezes, prevalecendo um, por outras, combinando ambas²⁹². Nesse aspecto, faz-se necessárias algumas considerações.

Num primeiro momento de choque e colisão entre os Direitos Regulatório e Antitruste, mormente a existência de monopólios e a necessidade de acesso/ingresso no mercado disciplinado sob égide regulação, a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu a chamada *Essential Facility Doctrine*, no caso *United States v. Terminal Railroad Association*²⁹³.

Nesse caso, a regulação como fora posta pelo Estado impedia um mínimo de concorrência. Então, o acionamento do Poder Judiciário para a aplicação do Direito Antitruste se fez necessário, especialmente quanto aos fatores estruturais dos segmentos econômicos²⁹⁴. Ou seja, o Direito Antitruste foi injetado no ambiente regulado que carecia de garantias concorrenciais.

²⁹¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ou supranacional. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 226-227

²⁹² CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 2-3

²⁹³ 224 US 383 (1912)

²⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 67

A *Essential Facility Doctrine*, apesar de ser um dos primeiros resultados interpretativos da interação e da convivência entre os Direitos Regulatório e Concorrencial por envolver regulação, monopólio e concorrência, não trouxe maiores soluções para outras situações de choque e colisão entre esses ramos do Direito, além de possuir muita especificidade para questões de estruturas.

Outra construção que também surgiu dessa dicotomia foi a chamada *Pervasive Power Doctrine* advinda da Suprema Corte Norte Americana em *United States v. National Association of Securities Dealers Inc*²⁹⁵. Segundo ela, há situações em que a regulação imuniza/afasta a aplicação do Direito Antitruste, quais sejam: (i) quando a agência reguladora detém/possui competência para tanto – que inclusive pode ser delegada – com vistas a que o Direito Regulatório venha a substituir o Direito Antitruste para determinado segmento; (ii) quando a agência reguladora é competente para aplicar o Direito Antitruste e, ao elaborar a regulação, leva em consideração seus preceitos de forma extensa e profunda o suficiente²⁹⁶.

Não obstante, a Suprema Corte Americana desenvolveu também a chamada *State Action Doctrine*, muito bem representada no caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc*²⁹⁷. Sob esse entendimento, haveria imunidade/afastamento de aplicação do Direito Antitruste perante o Regulatório quando estiver clara e definida a política de substituição da concorrência pela regulação e quando houver supervisão ativa e constante do cumprimento das disciplinas dispostas pela regulação, inclusive no que diz respeito à concorrência²⁹⁸.

Com semelhança, ambas as doutrinas tratam, nalgum momento, sobre os aspectos de profundidade e extensão, seja da competência da agência reguladora, seja da regulação em si. Tal análise busca verificar a compatibilidade e a satisfação

²⁹⁵ 422 US 694 (1975)

²⁹⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P 109; e SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 171-172

²⁹⁷ 447 US 97 (1980)

²⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008 P. 170; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 120

da mesma tutela da concorrência a que busca o Direito Antitruste, não só formalmente, mas sobretudo materialmente²⁹⁹.

A exemplo dessa análise, a Suprema Corte Americana enfrentou o caso *United States v. RCA*³⁰⁰. Verificou-se que um determinado ato de atividade setorial estaria infringindo o Direito Antitruste, muito embora estivesse sob a égide da agência reguladora das telecomunicações e recebido seu aval. A agência não detinha competência para aplicar a lei Antitruste. Ademais, a regulação não foi elaborada com vistas a combater práticas contrárias à lei Antitruste. Logo, esta não poderia ser afastada e nem o agente econômico e/ou seu ato ser imune à tal incidência.

De todo modo, viu-se que, por vezes, as próprias condutas estatais de intervenção sobre o domínio econômico estavam causando distorções e falhas no mercado a ponto de se perguntar os efeitos disso, sob o ponto de vista da validade, da legitimidade e da responsabilidade.

Em trabalho conjunto, FOX e HEALEY analisaram o impacto que as condutas e atos estatais podem causar no mercado, sobretudo na competitividade. Segundo essa pesquisa, o Estado é, por vezes, um grande consumidor, em especialmente nas licitações. Ocorre que, as fragilidades nos contratos públicos, quando se promove o favorecimento de uns, prejudica-se os competidores que não puderem concorrer em igualdade³⁰¹, num ambiente de possível corrupção e ilicitude. Não obstante, por vezes, o Estado cria regras desarrazoadas que causam restrições à entrada, à permanência e ao fluxo mercadológico, mesmo por intermédio de atos lícitos³⁰².

²⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. 178-179; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 121.

³⁰⁰ 358 US 334 (1959)

³⁰¹ FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When the state harms competition the role for competition law. 79 Antitrust Law Journal No. 3. 2014. P. 783

³⁰² FOX, Eleanor M.; HEALEY, Deborah. When the state harms competition the role for competition law. 79 Antitrust Law Journal No. 3. 2014. P. 787

Com igual reflexão, HYLTON afirma, sob o relato de SAMPAIO, que o Estado é potencialmente o melhor amigo do agente monopolista, pois pode criar circunstâncias que lhe beneficie e proteja³⁰³.

Mediante suas atuações lícitas e corriqueiras, o Estado pode elaborar instrumentos válidos, legítimos e legais que podem colocar determinados competidores num patamar de favorecimento perante o restante dos agentes econômicos do mercado. Dentre os quais, como destaca BONFIM, as normas de exoneração tributária podem instituir os privilégios odiosos – chamados assim justamente porque não são equânimes – a criar uma regência tributária mais benéfica e menos onerosa para competidores, permitindo que se lucre mais e/ou que se reduzem seus custos, logo, vão oferecer produtos e serviços com preços reduzidos³⁰⁴.

Isso é muito criticado porque a redução de preços não advém da competitividade e da melhor eficiência alcançada pela livre concorrência, mas de uma deliberação estatal não isonômica, que por vezes vão exigir um custo não contabilizado, como por exemplo, a renúncia de receita pública.

Apesar de defender uma guerra fiscal entre as diversas jurisdições, no plano internacional, pois acredita que isso resultar em benefícios e eficiências econômicas, TEATHER aponta os malefícios que a concessão de benefícios fiscais odiosos – leia-se, atos de intervenção estatal – causam. Segundo aponta, um dos principais e mais criticados é a construção de paraísos fiscais³⁰⁵, pois, a depender do planejamento que os agentes econômicos elaborem, caso venham a fazer uso de paraísos fiscais, em toda ou em parte da cadeia produtiva, vão sofrer uma carga tributária muito menos de que seus competidores a permitir maior percentual de lucro e/ou menores preços³⁰⁶.

³⁰³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 68

³⁰⁴ BONFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 224

³⁰⁵ Segundo TEATHER, considera-se paraíso fiscal criticável a jurisdição tributária que não cobra qualquer forma de tributo; concede incentivos/isenções para segmentos apenas internos ou apenas externos; ou os concede de forma individual. TEATHER, Richard. The benefits of tax competition. The Institute of Economic Affairs. London, 2005. P.88

³⁰⁶ TEATHER, Richard. The benefits of tax competition. The Institute of Economic Affairs. London, 2005. P. 69-70

Essa vantagem auferida pelo agente econômico não se dá mediante os valores da livre concorrência, sobretudo a competitividade e a eficiência, mas sim, única e tão somente por ato estatal interventivo, do que se entende inadequado, desproporcional e injusto. Além de tudo, ainda gera mais falhas e distorções econômicas³⁰⁷.

Sob essa perspectiva que a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) criticam tais políticas fiscais – leia-se intervenções estatais –.

Ainda em 1947, a OMC, mediante o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), já criticava a intervenção estatal que protegesse determinados agentes econômicos perante competidores com vistas a favorecer a exportação e restringir a importação³⁰⁸.

Outra medida da OMC foi o Acordo de Medidas de Subsídios e Compensações (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* – SCM), o qual é contrário à concessão de incentivos fiscais que causem distúrbios na dinâmica e na fluidez mercantil e concorrencial³⁰⁹.

A OCDE, por sua vez, desenvolveu o Plano contra a Erosão da Base e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS). Segundo ela, os agentes econômicos se utilizam de condições mais benéficas de determinadas jurisdições fiscais para sofrerem menores cargas tributárias. Assim, a aplicação do BEPS busca dar maior isonomia entre os competidores.

³⁰⁷ TEATHER, Richard. The benefits of tax competition. The Institute of Economic Affairs. London, 2005. P. 85-89

³⁰⁸ GATT 1947, Art. XVI, §A,1. [...] Qualquer forma de proteção ou sustentação de preços que tenha direta ou indiretamente por efeito elevar as exportações de um produto qualquer do território... ou reduzir as importações do mesmo no seu território [...] [tradução livre].

³⁰⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla. Subsídios Tributários e sua Compatibilidade com as Regras da OMC. In: Direito Tributário. Coord. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e ALEJANDRO C. ALTAMIRANO, São Paulo: Thomson/IOB, 2005, p. 57.

É basicamente sob essas perspectivas que o Brasil, a título de exemplo, foi acionado perante a OMC, tanto pela União Europeia³¹⁰ quanto pelo Japão³¹¹, contra o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, instituído pela Medida Provisória nº 563³¹² e Regulamentado pelo Decreto nº 7.716³¹³, com as posteriores atualizações³¹⁴.

Tais medidas visam oferecer um suposto incentivo de natureza fiscal para o desenvolvimento do setor automotivo brasileiro, especialmente sob o estímulo de redução das alíquotas dos principais impostos incidentes sobre as operações de produção de automóveis, exigindo algumas contraprestações, tais como a construção de fábricas em território nacional.

Em síntese, o argumento levado à OMC foi de que esse programa de incentivo fiscal estaria prejudicando a concorrência por aumentar a competitividade de determinados agentes econômicos que viessem a aderi-lo, desfavorecendo aqueles que não pudessem recebe-lo, em contrariedade com os acordos internacionais opostos a políticas protetivas. Novamente, a competitividade e a pretensa redução dos preços dos produtos não advém da competitividade e da eficiência, mas por ato unilateral do Estado sob as vestes interventivas.

Portanto, atos estatais, mesmo lícitos e válidos, podem causar distorções e falhas nos níveis de competitividade e concorrência do mercado. Nesse contexto de afetação da competitividade por atos do Estado, adveio a chamada doutrina *Hoerr-Pennington*. Construída pela Suprema Corte Americana nos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*³¹⁵ e *United Mineworkers of America v.*

³¹⁰ Notícia em <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304367204579267790937956798>. Acesso em 14 de maio de 2016.

³¹¹ Notícia em https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/ds497rfc_02jul15_e.htm acesso em 14 de maio de 2016.

³¹² Medida Provisória nº 563, de 3 de abril de 2012

³¹³ Decreto nº 7.716, de 3 de abril de 2012

³¹⁴ Decreto nº 7.819, de 3 de outubro de 2012; Decreto nº 8.015, de 17 de maio de 2013; Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012.

³¹⁵ 365 US 127 (1961)

*Pennington*³¹⁶, questionou-se o Lobby³¹⁷ – as influências políticas, especialmente das forças econômicas e interessadas na efetivação da regulação sob específicas formas e conteúdos –, buscando verificar se haveria responsabilização dos agentes econômicos que viriam a se beneficiar, a partir de uma atuação estatal interventiva, de ambientes pouco competitivos.

O entendimento sedimentado foi de que não há qualquer responsabilização. O ato que deu causa à mácula da concorrência e à criação de falhas de mercado adveio do Estado, motivo pelo qual, em face da ausência de qualquer conduta particular, não pode ser atribuída ao agente econômico. Com base no mesmo argumento, também não se desvaloriza seu benefício, muito embora se critique o benefício isolado em detrimento dos demais competidores.

De igual forma não haveria responsabilidade do Estado, pois estaria exercendo suas atribuições ordinárias. A ressalva feita foi no sentido de se observar a existência de boa-fé no exercício do Lobby, bem como a regularidade nas atuações estatais, pois a simples tentativa de influenciar não é considerada infração³¹⁸.

Adentrando e atendo-se ao sistema normativo brasileiro, SAMPAIO verifica a compatibilidade com a *State Action Doctrine*. Conforme aponta, o primeiro teste da doutrina, a saber a pretensão substitutiva do Direito Antitruste pela Regulação, é contornada pelo fato de que, diferentemente dos Estados Unidos, os Princípios da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa são constitucionais, logo, vão exigir observância sempre e a todo momento, especialmente ao se tratar de temáticas que envolvam a ordem econômica³¹⁹.

Já quanto ao segundo teste da referida doutrina, a saber, a existência de efetiva supervisão de cumprimento do Direito Antitruste, a autora não vê maior

³¹⁶ 381 US 657 (1965)

³¹⁷ Nos Estados Unidos, o Lobby é um instrumento de input válido, legal e legítimo para se influenciar a produção legislativa e de políticas públicas.

³¹⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 131-132

³¹⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 168

relevância para o Direito Administrativo Brasileiro³²⁰. Ao fim, ela conclui que o Direito Antitruste foi inserido no âmbito, na compreensão e nos juízos de ponderação e deliberação do Direito Regulatório³²¹, com a exceção do parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011³²², havendo um ambiente harmônico ausente de conflitos, cujos eventuais choques serão levados, irremediavelmente, para o Poder Judiciário³²³.

Não obstante, a única conclusão que se faz, por hora, acerca da dicotomia entre os Direitos Regulatório e Antitruste é a necessidade de promover o desenvolvimento de ambos os ramos do Direito, sobretudo porque ambos possuem aspectos positivos e negativos.

Como demonstra BINENBOJM, o desenvolvimento da regulação, observada pela experiência Norte Americana, revela um primeiro movimento de expansão e fortalecimento das Agências Reguladoras. Num segundo momento, passou-se a inserir instrumento de controle executivo, legislativo e judiciário sobre as atividades de regulação³²⁴.

Posteriormente, no curso da evolução e do desenvolvimento da regulação, inseriu-se o controle político, a responsabilidade social e a legitimidade democrática, como forma de sopesar a autonomia e a independência que estavam turgidas, bem como o caráter exclusivamente técnico e a dita neutralidade política não estavam satisfazendo totalmente nem demonstrando total efetividade finalística³²⁵.

³²⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 169.

³²¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 391

³²² Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 90. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

³²³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 392

³²⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 265-272

³²⁵ "com o passar dos anos, entretanto, diante (i) do crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas, (ii) da sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados e (iii) da sua não-sujeição aos mecanismos tradicionais de accountability eleitoral, as agências independentes foram submetidas a intensas críticas e pressões dos agentes políticos econômicos. Assim, o grande tema de discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua autonomia, como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu controle político, responsabilidade social e

GARY BECKER, num estudo de 1958, sob a narrativa de SAMPAIO, verificou que as decisões públicas, sobretudo aqueles referentes à regulação, estavam sendo tomadas pelos partidos políticos, especialmente na arena legislativa. Portanto, constatou a existência de falhas democráticas e falhas na política democrática. Essas falhas não teriam como proporcionar resultado diferente senão falhas de mercado. Diante disso, era cético quanto à transferência das decisões econômicas para o Estado³²⁶.

Ainda nesse estudo, viu-se ingerência dos partidos políticos que inseriam seus interesses na elaboração das políticas públicas, tais vetores políticos eram questionáveis, pois não se sabia os níveis de (in)eficiência e legitimidade-representatividade havida dentro dos partidos políticos e nas escolhas políticas por eles postas. Logo, a depender da balança de fatores positivos e negativos, era preferível não ter regulação alguma, submetendo-se às falhas próprias do mercado – como por exemplo monopólios e cartéis – do que a essas falhas de origem política³²⁷.

ANTHONY OGUS, também sob a narrativa de SAMPAIO, aponta que, nos Estados Unidos, os monopólios naturais eram privados, por isso, havia um ambiente que favoreceu o desenvolvimento de uma regulação mais dialogada e menos impositiva entre o Estado e os agentes econômicos, mas foi diante disso que se reforçou os riscos e receios da captura das agências³²⁸.

Para STIGLER e sua Teoria da Regulação econômica, segundo relata SAMPAIO, as políticas públicas são elaboradas sem sequer haver a pretensão de atender aos interesses públicos relevantes. Apenas busca a legitimação e a conformação de um cenário e um ambiente que reflitam os interesses de alguns³²⁹.

legitimidade democrática". BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, P. 269

³²⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 65

³²⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 66

³²⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 66

³²⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 68

STIGLITZ, sob a narrativa de SAMPAIO, diz que uma regulação bem-feita representa uma função decisiva em prol do desenvolvimento social, pois harmoniza os interesses conflituosos e as práticas abusivas, dando maior segurança e confiança ao mercado. Entretanto, ela representa um custo, seja pela onerosidade aos cofres públicos³³⁰, seja pelo impacto financeiro, que causa às operações e/ou transações³³¹. Conforme TONNY PROSSER, sob a narrativa de SAMPAIO, outro aspecto positivo da regulação é sua importância na criação de mercados³³².

Dessa forma, a regulação malfeita é muito perversa, pois, além de implicar em gasto público, gera efeitos deletérios ao mercado e às liberdades. Portanto, há a necessidade de implementar mecanismos de combate e prevenção do risco de captura e corrupção da regulação³³³, para que se permita uma boa regulação, aquela que tome decisões que maximizem o bem-estar social e promovam o desenvolvimento socioeconômico³³⁴.

Diante da sociedade com uma formatação de ampla pluralidade e complexidade, a *accountability* da regulação se revela um mecanismo interessante para conseguir receber e absorver todos os *inputs* de interesse para serem

³³⁰ Conforme relata SAMPAIO: "Estudo publicado pelo Banco Mundial menciona que, de um lado, nos Estados Unidos, 'o custo total da regulação federal em 1991 foi estimado em U\$ 542 bilhões, ou quase 9.5% do produto interno bruto (PIB), incluindo transferências. O maior componente desse custo eram os procedimentos de regulação - U\$189 bilhões de gastos anuais relacionados a exigências burocráticas governamentais [government paperwork requirements]". "Por outro lado, o estudo sustenta que 'os ganhos de bem-estar advindos da regulação nos Estados Unidos têm sido substanciais. Ganhos de bem-estar agregados variaram de U\$ 35 bilhões a 46 bilhões por ano (dólar de 1990). Dos quais entre \$32 bilhões e \$43 foram ganhos pelos consumidores a partir de preços menores e melhores serviços, sendo que os produtores ganharam em torno de \$3 bilhões por ano a partir de maior eficiência e custos menores". SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 69

³³¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 73-74

³³² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 93

³³³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 79

³³⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 83

considerados na decisão pública. Ou seja, um procedimento que permita o diálogo, o fluxo de informação e conhecimento³³⁵.

Além disso, o mecanismo de *accountability* representa um fenômeno de governança e controle a possibilitar um melhor e mais aprimorado arranjo institucional, que irá combater a assimetria de informações e reduzir o risco de captura da regulação seja pelos agentes econômicos, seja pelos partidos políticos³³⁶. Muito embora, como pensa POSNER, no relato de SAMPAIO, é muito difícil controlar o regulador³³⁷.

Não obstante, ainda existe a presença e a forte influência do Lobby junto às Agências Reguladoras, que as levam – a despeito de sua finalidade precípua alinhada ao interesse público e coletivo, à eficiência, dentre outros – a defender, unicamente, os interesses dos agentes e/ou de determinados agentes econômicos, em total dissonância com suas finalidades e com os ditames da concorrência³³⁸.

Assim, diante da constatação que o Lobby e a ingerência indireta dos agentes regulados sobre as agências reguladoras estavam prejudicando a regulação e a atividade reguladora do Estado, novos instrumentos e mecanismos para evitar a chamada captura das agências reguladoras e aumentar o grau de legitimidade democrática, sobretudo pela inserção de igualdade de participação social na figura da sociedade civil organizada³³⁹.

³³⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 77

³³⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 67

³³⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 69

³³⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 130-131

³³⁹ "É possível, assim, concluir que, nos Estados Unidos da América: (i) as agências reguladoras surgiram e proliferaram como instrumentos de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro; (ii) a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo New Deal, só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da common law; (iii) a experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra que o contraponto da autonomia reforçada das agências reguladoras foi incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes regulados por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsabilidade social e legitimidade democrática da

No Brasil, o contexto do surgimento da regulação e atividade reguladora do Estado era de necessidade de uma preservação do *status quo* e de uma estabilidade jurídica e política para os setores econômicos e sociais. Hoje, discute-se a questão democrática, justamente pelo anseio de se buscar legitimidade substantiva da regulação e seu exercício e aumentar a finalidade efetiva³⁴⁰.

Nesse contexto é que se pode defender, com base em BINENBOJM, a abertura cognitiva da regulação e da atividade reguladora do Estado, havidas num ambiente de hipercomplexidade e pluralismo, no qual as decisões devem demonstrar justiça e fiel expressão da igualdade com condições de obter concordância, logo, heterolegitimidade, a serem aferidos por participantes de abertura do processo decisório, qualificados democraticamente³⁴¹.

Para tanto, é necessária uma mudança de critério e método de argumentação das consequências, perpassando por uma justificativa prospectiva, consignando e enfrentando as consequências previsíveis, fazendo juízo de ponderações e considerando, a todo momento, os direitos fundamentais³⁴².

Isso porque, a partir de DIOGO MOREIRA NETO, houve uma evolução do método subsuntivo clássico, para a argumentação sobre valores e a utilização da ponderação como um processo racional, no qual o conceito de justo não é mais estranho ao Direito. Assim, a atividade administrativa, no caso, a atividade reguladora do Estado, irá se envolver numa perspectiva de justiça, focando, especialmente, o caso concreto e a realidade³⁴³, considerando, a eficácia, a legitimidade pelo máximo

função regulatória". BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 271-272

³⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 272-273 e 294-305.

³⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 71-78

³⁴² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 117-124 e 187-197

³⁴³ "A operação de concretização aplicativa de uma norma não significa apenas densificá-la em seus elementos para assim alcançar a realidade, mas, sobretudo, produzir uma norma para o caso, como se fora uma norma nova que, embora geral, é a que se faz justa para o caso". NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 103

proveito geral e a eficiência pelo o menor sacrifício³⁴⁴, com base no *case system*, a inspirar a regulação e a adoção do *Law in Action*, a partir do qual se tenta encontrar o direito – interpretação jurídica – aplicável ao caso em concreto³⁴⁵.

Como expõe SAMPAIO, em virtude da competência transversal da autoridade concorrencial sobre a generalidade dos setores, sejam eles regulados ou não, dificulta as ingerências desinteressantes e há uma menor propensão à captura³⁴⁶.

Entretanto, apesar de haver esse consenso quanto à inexistência do risco de captura, a autoridade Antitruste também está à mercê das ingerências políticas indesejadas e contrárias a sua finalidade. SCHUGHART e MCCHESENEY sintetizam e narram o estudo feito por ROBERT TOLLISON, em seu livro “*Antitrust Pork Barrel*”. Segundo consta, o referido livro foi o primeiro trabalho que demonstrou a influência do Congresso nos trabalhos da Autoridade Antitruste³⁴⁷ e apontou que a limitação de orçamento conferida a ela, mediante deliberação do Congresso, restringia a capacidade de atuação, que passava a ter que escolher quais iniciativas iria tomar dentre de um universo de possibilidade³⁴⁸.

Segundo o estudo, o controle orçamentário pelo Congresso impedia que se fizesse, ampla e profundamente, a fiscalização e os estudos econômicos para o cálculo da performance dos agentes e do peso morto dos preços³⁴⁹, bem como

³⁴⁴ "a atividade administrativa justa é aquela que deve buscar, na linha da legalidade, a realização da solução presta na lei (eficácia), em que se logre, na linha da legitimidade, o máximo de proveito geral com o mínimo de sacrifício particular (eficiência)". NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 103

³⁴⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 104-105

³⁴⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 85

³⁴⁷ SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. Public choice theory and antitrust policy. *Public Choice* (2010) 142. P. 394

³⁴⁸ SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. Public choice theory and antitrust policy. *Public Choice* (2010) 142. P. 390

³⁴⁹ SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. Public choice theory and antitrust policy. *Public Choice* (2010) 142 P. 388

impedia que se promovessem quantas ações se achassem necessárias³⁵⁰. Ao fim, conclui-se que a Autoridade Antitruste não é imune às influências políticas como se acreditava, estando sob o risco de alguma forma de captura³⁵¹.

Analisando os instrumentos de pesquisa *online*, CRANE verificou uma certa hegemonia e dominância do GOOGLE nesse mercado, quem, aparentemente estaria prejudicando a competitividade e a livre concorrência ao dar preferência a determinados concorrentes nos resultados das pesquisas, via de regra, mediante pagamento e por intermédio de programas computacionais que usariam algoritmos variados³⁵². Ele concluiu que, apesar de tutelar a competitividade, o Direito Antitruste não possui expertise necessária para disciplinar questões que exigem profunda compreensão técnica³⁵³.

Não obstante, como exposto alhures pelos trabalhos de ALAN DEVLIN, o Direito Antitruste é uma excelente e poderosa ferramenta para tempos de crise econômica, em especial quando a regulação setorial não se ajusta satisfatoriamente, seja por adequação, seja por velocidade, para fazer lidar com as novas práticas do segmento. Segundo o referido autor, o Direito Antitruste parece mais aplicável e constante, apesar das inovações ocorridas, pois invariavelmente as formatações econômicas, de um modo ou de outro, são constantes e vão continuar submissas aos conceitos antitruste³⁵⁴.

Nesse mesmo sentido, como já dito, RICHARD POSNER defende que há uma melhor adequação e efetividade do Direito Antitruste, inclusive atualmente, diante da economia digital que se desenvolve com muita celeridade³⁵⁵. Inclusive foi isso o que defendeu MARK ISRAEL na 42ª Conferência Internacional de Política e Direito

³⁵⁰ SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. Public choice theory and antitrust policy. Public Choice (2010) 142 P. 389

³⁵¹ SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. Public choice theory and antitrust policy. Public Choice (2010) 142 P. 401

³⁵² CRANE, Daniel A., Search Neutrality as an antitrust principle. 19 Geo. Mason L. Rev. 1199. 2011-2012. P. 1205-1206

³⁵³ CRANE, Daniel A., Search Neutrality as an antitrust principle. 19 Geo. Mason L. Rev. 1199. 2011-2012. P. 1209

³⁵⁴ Ver nota 84

³⁵⁵ Ver nota 86

Antitruste do Instituto de Direito Antitruste da Universidade Fordham³⁵⁶, apresentando um artigo em conjunto com BESEN³⁵⁷.

Entretanto, como demonstra o estudo de CARLTON e PICKER, o Direito Antitruste não se revela adequado para estabelecer preços ou políticas afirmativas, ao contrário do Direito Regulatório. Isto, pois, por ser genérico e não temático e setorial, não detém o conhecimento técnico intrínseco aos segmentos econômicos, muito menos é um espaço para decisões políticas técnicas em níveis e/ou parâmetros de serviços públicos³⁵⁸.

Porém, considerando o maior risco de as agências reguladoras serem capturadas e virem tanto a falhar quanto a promover distorções ao mercado e à concorrência³⁵⁹, eles entendem que o Direito Antitruste demonstrou ser, ao longo do tempo, mais durável³⁶⁰, sobretudo porque o *Sherman Act* de 1890 ainda se encontra vigente com a mesma simplicidade, objetividade e compreensão de um texto legal de uma página³⁶¹.

Acerca dos benefícios e malefícios que ambos, o Direito Antitruste e o Direito Regulatório, possuem, SAMPAIO narra as observações de HYLDON, para quem há um conflito entre as escolas do interesse público [*public interest*] e da escolha pública [*public choice*]. Havendo a crença de que o Estado sempre vai buscar o aumento e a efetivação do bem-estar social, seria melhor um amplo espectro de regulação, isentando os agentes regulados da incidência do Direito Antitruste. Por

³⁵⁶ ISRAEL, Mark. 42nd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Fordham Competition Law Institute. October 2nd, 2015.

³⁵⁷ BESEN, Stanley M.; ISRAEL, Mark A.; The evolution of internet interconnection from hierarchy to mesh: implications for government regulation. *Information Economics and Policy* 25 (2013) 235–245

³⁵⁸ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 3

³⁵⁹ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 3

³⁶⁰ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 3

³⁶¹ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 10

outro lado, havendo a crença quanto à existência do *rent-seeking*³⁶², melhor seria aumentar a incidência do Direito Antitruste³⁶³. De um modo ou de outro, não há garantia em nenhuma das hipóteses.

4.2 COMPLEMENTARIDADE E DIÁLOGO

Além da necessidade de melhorar a regulação e a concorrência, como dito acima, é preciso reforçar a ideia de complementaridade de um para com o outro, o Direito Regulatório e o Direito Antitruste.

No julgamento do caso *US v. Philadelphia National Bank*³⁶⁴, a Suprema Corte Americana afirmou que o afastamento daquelas por estas é uma prática fortemente desfavorecida, apesar de ter decidido, em outros casos, pela repugnância entre as normas Antitruste perante as Regulatórias.

Nesse contexto, partindo do pressuposto de que a economia visa a alcançar as mais variadas formas de eficiência e promover a inovação e o desenvolvimento socioeconômico³⁶⁵, KIMMELMAN e COOPER, reforçam o papel e a importância do Direito Antitruste na preservação da competitividade e da concorrência³⁶⁶, mas acreditam que o Direito Antitruste tem que se complementar com o Direito Regulatório³⁶⁷. Para eles, uma interação complexa e bem-sucedida entre esses dois ramos do Direito é fundamental para prevenir os riscos a um sistema

³⁶² O conceito de *rent-seeking* está atrelado à formação das decisões públicas é fortemente influenciada pelas pressões econômicas a ponto de lhes favorecer a lucratividade em detrimento dos valores precípuos à regulação e à própria ideia de interesse público.

³⁶³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 78-79

³⁶⁴ 374 US 321 (1963)

³⁶⁵ KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015. P. 406

³⁶⁶ KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015. P. 407

³⁶⁷ KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015. P. 410

socioeconômico saudável, pois a Regulação combate os ciclos e especificidades técnicas muito próprias do segmento, enquanto o Antitruste preserva a competitividade e a concorrência³⁶⁸. Por fim, acredita que apenas a compreensão e a aplicação combinada do Direito Regulatório com o Direito Antitruste permitem a promoção da justiça econômica e social a dar suporte a uma democracia robusta³⁶⁹.

Diante disso, é incontroversa a necessidade de diálogo de ambos os ramos do Direito para que, um complementando e suplementando as negatividades alheias por intermédios de suas positivities, erija-se um ambiente mercadológico mais favorável.

Nesse sentido, analisando várias indústrias sob regulação estatal, tais como comunicações, transportes aéreos e transportes terrestres, os pesquisadores CARLTON e PICKER verificaram que a regulação setorial cria inúmeras ineficiências e beneficia determinados grupos. Entretanto, a regulação não pode ser substituída pelo Direito Antitruste, pois nos segmentos em que se retirou esta, vários danos e resultados negativos se sobressaíram³⁷⁰.

Como conclui CARLTON e PICKER, o aumento do uso do Direito Antitruste ao invés da regulação setorial na promoção da livre concorrência e da competitividade ou, quando necessário, o uso complementar de ambos, demonstrou benefícios ao consumidor³⁷¹. Os segmentos e as atividades econômicas têm que se submeterem ao escrutínio tanto da Regulação quanto do Direito Antitruste³⁷².

³⁶⁸ KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015. P. 436 e 439-440

³⁶⁹ KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015. P. 441

³⁷⁰ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 50

³⁷¹ CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 52

³⁷² CARLTON, Dennis W.; PICKER, Randal C.. Antitrust and Regulation. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>. P. 51

Sem discordância é o que defende, dentro do Direito Brasileiro, CALIXTO, para quem se faz necessárias a convivência e a interação do Direito Regulatório com o Direito Antitruste³⁷³.

A respeito dessa complementaridade, SAMPAIO aponta para a semelhança que há quanto aos objetivos gerais da incidência do Direito Regulatório e do Direito Antitruste, quais sejam: preços baixos, inovação e eficiências produtiva e econômica³⁷⁴.

A diferença fica quanto aos instrumentos utilizados para alcance de tais fins. O Direito Regulatório por intermédio do controle direto sobre os preços, níveis quantitativos e qualitativos, requisitos de acesso ao mercado – especialmente entrada e permanência –. Já o Direito Antitruste age de forma indireta, mediante a preservação e a manutenção do ambiente mercantil³⁷⁵.

Em razão disso, como destaca SAMPAIO, a regulação setorial é mais abrangente, definindo, inclusive, as pautas comportamentais, os veículos de transmissão de informações, ou seja, uma série de orientações para o alcance de uma política pública³⁷⁶, a qual pondera os valores atinentes e pode, inclusive, desprestigiar a concorrência³⁷⁷. Já o Direito Antitruste se concentra sobre o processo e seu dinamismo³⁷⁸, funcionando, por vezes, como um órgão julgador que adjudica a defesa da concorrência sem ditar condutas³⁷⁹.

³⁷³ "enfim, a convivência necessária entre órgãos reguladores e órgãos de defesa da concorrência nos processos em que ambos interagem". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 186

³⁷⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 83

³⁷⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 84

³⁷⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 84

³⁷⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 85

³⁷⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 84-85

³⁷⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 86

Diante disso, o Direito Regulatório é mais profundo, determinando e monitorando os agentes econômicos no tocante às condutas, mediante meios persuasivos para que eles ajam dentro de certos conformes, enquanto que o Direito Antitruste é mais pontual e, em regra, posterior, com remédios preponderantemente estruturais para dissuadir o comportamento fora de certos conformes³⁸⁰.

Por essas características é que se defende a complementaridade entre os dois ramos do Direito. De igual forma, a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) incentiva a cooperação progressiva deles, especialmente quanto à troca de informações e à realização de consultas recíprocas para a elaboração de uma política pública maximizada e completa, com vistas a possibilitar um arranjo institucional que não só identifique falhas, mas que ofereça soluções³⁸¹.

Não é por outro motivo que, CLÉMERSON MERLIN CLÈVE e MELINA BRECKENFELD RECK, sob a narrativa de SAMPAIO, propõem formas de relacionamento entre o Direito Antitruste e o Direito Regulatório, seja em articulação complementar, articulação supletiva, articulação concorrente ou articulação coordenada³⁸².

SAMPAIO ainda vai além, defendendo a imprescindibilidade dessa interação, bem como que seja pautada na transparência e na institucionalização, de forma a proporcionar o elo informacional³⁸³, consoante a lição de GERNER OLIVEIRA³⁸⁴.

Indo além de uma análise limitada, quer seja ao Direito Norte Americano quer seja ao Direito Brasileiro, diante da conjuntura atual do fenômeno da globalização

³⁸⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 88

³⁸¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 89-90

³⁸² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 97

³⁸³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 104.

³⁸⁴ “Conforme afirma GERNER OLIVEIRA: ‘a estreita cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e as de regulação é fundamental’”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 104

e da nova economia e das práticas mercantis que transcendem as fronteiras, o Direito Antitruste e sua compreensão internacional são mais difundidos e comuns do que o Direito Regulatório – o qual, por vezes, tem uma feição mais doméstica – revela-se como uma ferramenta útil para a promoção do desenvolvimento socioeconômico com constante implemento da inovação, da efetivação das liberdades de escolha e da satisfação individual.

Por tais considerações, reafirma-se a importância e a necessidade de promoção da efetivação do Direito Antitruste Brasileiro, não se podem deixá-lo diminuir em face da regulação setorial.

4.3 CONCLUSÃO PARCIAL

Nesse capítulo, diante da preocupação que o rumo que as atividades econômicas poderiam tomar e com vistas a proporcionar algumas garantias para o corpo social, sobretudo o bem comum e o combate às falhas de mercado, reafirmou-se a importância da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, verificação, esta, que remonta há mais de 40 Séculos, mas que, em tempos contemporâneos já pode ser observada, em semelhança com a atualidade, já no final do Século XIX.

A saída do Estado de uma postura de inércia quanto aos rumos da econômica para uma postura de ingerência foi promovida para combater os atos danosos e as falhas de mercado, buscando a implementação de melhores níveis de eficiência, equilíbrio e harmonização das liberdades e condutas.

O universo de atuação do Estado perpassa pelos campos das atividades reguladoras, do que se tem a normatização, a fiscalização, o fomento, a indução, a sanção e o planejamento, com vistas a absorver/participar, dirigir ou induzir o domínio econômico. Cada um desses objetivos, métodos e instrumentos apresenta características peculiares a se relevar mais ou menos adequado ou condizente para com as situações de intervenção.

Para a intervenção estatal no que diz respeito à livre concorrência, faz-se uso das agências reguladoras, as quais podem focar a setorização ou a concorrência,

mormente a aplicação do Direito Regulatório ou do Direito Antitruste. Muito embora tenham objetivos gerais semelhantes, utilizam procedimentos distintos e, ambos, apresentam falhas, fragilidades e fraquezas.

A experiência Norte Americana já vivenciou essa dicotomia, do que se desenvolveram algumas doutrinas, a *Essential Facility*, *Pervasive Power* e a *State Power*, além da ressalva quanto ao exercício nocivo do Lobby, na *Hoerr-Pennington*, acreditando-se que, para o Brasil, a doutrina da *State Power* se demonstra mais afim.

De um modo ou de outro, sabe-se que a intervenção estatal pode, ao contrário do que pretenda, gerar mais distorções e falhas, seja pela regulação setorial ou concorrencial, do que se verificou a necessidade de desenvolvimento de ambos, considerando que há positivities e negatividade para os dois.

No curso da evolução e do desenvolvimento da regulação setorial, buscou-se inserir o controle político, a responsabilidade social e a legitimidade democrática, para melhorar as decisões tomadas, especialmente para implementar a satisfação do interesse coletivo e sua representatividade. Contudo, diante da hipercomplexidade e do pluralismo social, acabou-se por aumentar o risco de captura das agências reguladoras setoriais, além de que, as fórmulas de heterolegitimidade, abertura participativa técnicas de argumentação e juízo ponderativo, elevaram em muito o custo das operações e transações no ambiente setorial regulado.

A regulação setorial tem um caráter mais técnico que lhe permite melhor adequação e propriedade para enfrentar questões quanto aos preços e às condutas em determinados setores. Contudo, apresentam maior risco de serem capturadas, enquanto que a regulação concorrência tem uma incidência mais transversal a lhe permitir aplicabilidade nas mais variadas situações, inclusive diante do rápido avanço das práticas mercantis ou em tempos de crise, revelando menor risco de captura, pois já se sabe que não são imunes a influências e ingerências políticas.

De todo modo, não se pode deixar de aplicar o Direito Antitruste. A depender de como se elabore o funcionamento orgânico do sistema e as competências das autoridades reguladoras e concorrências, é possível fazer a descentralização da aplicação do Direito Antitruste, inclusive diante do posicionamento constitucional da Livre Concorrência que exige observância, respeito

e cumprimento por todos os entes públicos. Isso é muito engrandecedor a propiciar maior efetivação da livre concorrência. Contudo, acaba pondo em risco a importância do CADE e colocando o sistema à mercê das fragilidades que a regulação setorial apresenta.

Por esses motivos, defende-se a complementaridade e o diálogo entre as regulações setoriais e concorrenciais, pois maximizam-se suas habilidades e características em prol dos objetivos regulatórios, ampliam-se os instrumentos e procedimentos de intervenção de modo a minimizarem suas fragilidades. Essas compreensão e aplicação combinadas dos Direitos Regulatório e Antitruste vão permitir a promoção da justiça econômica e social, além de dar mais suporte e robustez para a democracia.

A conclusão a que se chega aqui, tomando como especial suportes as circunstâncias da dificuldade de captura, mais perenidade na aplicação do Direito Antitruste e a transversalidade de atuação nos mais variados setores econômicos, defende-se o fortalecimento, a ampliação e a efetividade da intervenção antitruste sem sua redução em face da regulação setorial. Em associação com as necessárias convivência, interação e duplo escrutínio da regulação sob a égide dessas duas vertentes, o que se faz imprescindível para a promoção do desenvolvimento socioeconômico.

5 FINANCIANDO A CONCORRÊNCIA: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO E PROMOÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA MEDIANTE A TRIBUTAÇÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL

Nesse contexto de se reafirmar a importância da livre concorrência e da agência de concorrência, discute-se, agora, a intervenção estatal sobre o domínio econômico nessas searas, mediante o CADE, para o lançamento da proposta a que se presta o presente trabalho.

5.1 ATIVIDADES DO CADE E OS NÍVEIS CONCORRENCIAIS BRASILEIROS

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado em 1962, pela Lei 4.137/1962³⁸⁵, oportunidade na qual lhe foi conferida as competências, tais quais, de averiguação, apuração e repressão dos abusos de poder econômico³⁸⁶.

Como dito alhures³⁸⁷, em virtude do contexto político econômico havido no Brasil nessa época, na qual prevaleciam as empresas estatais e grandes

³⁸⁵ Lei Federal nº 4.137/1962. Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

³⁸⁶ Lei Federal nº 4.137/1962. Art. 17. Compete ao CADE: a) proceder, em face de indícios veementes, a averiguações preliminares para verificar se há real motivo para instauração de processo administrativo destinado a apurar e reprimir as abusos do poder econômico; b) apurar, em face de representação, a existência de quaisquer atos que constituam abusos do poder econômico, puníveis nesta lei. c) ordenar providências que conduzam à cessação da prática de abuso do poder econômico dentro do prazo que determinar; d) decidir sobre a existência ou não de abusos do poder econômico, nos termos desta lei; e) notificar os interessados das suas decisões e lhes dar cumprimento; f) determinar à, Procuradoria as providências administrativas ... (VETADO): ... cabíveis; g) requisitar dos órgãos do poder executivo federal e solicitar dos Estados ou Municípios as providências necessárias para cumprimento desta lei; h) requisitar de todos as órgãos do poder público serviços, pessoal, diligências e informações necessárias ao cumprimento desta lei; i) aprovar a indicação de peritos e técnicos que devam colaborar na realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários e demais despesas de processo que deverão ser pagas pela Empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei; j) requerer a intervenção nos termos desta lei; k) indicar ao Judiciário os interventores ; l) (VETADO); m) cominar multa, nas termos desta lei; n) estruturar o quadro de seu pessoal a ser submetido ao Congresso Nacional, através do Presidente do Conselho de Ministros; o) fornecer anualmente, ao Presidente do Conselho de Ministros, dados relativos à elaboração do anexo do CADE para a proposta orçamentária da União; p) propor a desapropriação do acervo de empresas nos casos previstos nesta lei; q) fazer, quando necessário, o levantamento das pessoas jurídicas; r) instruir o público sobre as formas de abuso do poder econômico.

³⁸⁷ Ver nota 112

conglomerados que operavam em mono/oligopólios, não havia necessidade e nem se tinha interesse na promoção de um ambiente competitivo, muito menos na efetivação de um Direito Antitruste, motivos pelos quais as atividades do CADE eram muito incipientes.

Na década de 1990, o CADE ganhou a qualidade de autarquia especial³⁸⁸, o que significar dizer que é um órgão da administração indireta que conta com autonomia e independência administrativa, financeira, patrimonial, de recursos humanos e quanto a suas decisões, além da liturgia e das garantias conferidas a seus membros, tudo isso com vista a impedir ou reduzir pressões, interesses, influências e ingerências políticas indesejadas³⁸⁹.

Além disso, em decorrência da abertura econômica nesse mesmo período e em face do Programa Nacional de Desestatização³⁹⁰, erigiu-se um ambiente e contexto em que se fazia necessária uma maior e melhor efetividade do Direito Antitruste, bem como da atuação do CADE. Razão pela qual se verificou o aumento e o desenvolvimento expressivo de suas atividades, conforme o relatório de seus 50 anos³⁹¹⁻³⁹².

³⁸⁸ Lei Federal nº 8.884/94, Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

³⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 169-181

³⁹⁰ Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990.

³⁹¹ MARQUES DE CARVALHO, Vinícius; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, 2013.

³⁹² MARQUES DE CARVALHO, Vinícius; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, 2013. P. 131 e 165

Distribuição de ações, recursos e incidentes judiciais envolvendo o Cade em todo território nacional

■ Fonte: Relatórios de Gestão da PFE/Cade

Acordos de leniência assinados ano a ano

■ Fonte: Superintendência-Geral do Cade

Atualmente, por força das modificações legislativas havida nesta década³⁹³, o CADE passou a contar com competências legais, dentre as quais, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades, firmar termos de compromisso de cessação de infrações econômicas, realizar o controle de

³⁹³ Lei Federal nº 12.529/2011, em vigor a partir de maio de 2012.

concentrações, realizar estudos técnicos, instruir o público sobre as infrações à ordem econômica, e prestar consultas³⁹⁴.

A despeito da competência legal do CADE, existem, ainda, as limitações financeiras que tornam sua atuação obrigatória ou facultativa³⁹⁵. Isso implica dizer que as operações e/ou algumas práticas anticompetitivas de menor expressão econômica não passam pelo crivo de adequação ao Direito Antitruste, sobretudo o crivo feito por intermédio do CADE.

Entretanto, sob a Lei Federal nº 8.137/90, não há qualquer limitação financeira. Aqui, toda e qualquer prática anticompetitiva que se enquadre na hipótese será passível de incidência da norma e a constituição do posterior consequente normativo, bem como da aplicação das sanções decorrentes.

³⁹⁴ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; [...]; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. [...]; § 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

³⁹⁵ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

De todo modo, é interessante, a título ilustrativo, fazer a observação e a comparação do ambiente Antitruste e correlato que se verifica no Brasil e em outros países.

Primeiramente, tomando como base os índices apontados no relatório de 50 anos do CADE, veja-se os relatórios relativos aos Estados Unidos, do que se destaca a intervenção estatal de repercussão criminal contra as práticas anticompetitivas, respectivamente, a quantidade de pedidos de adesão ao programa de leniência³⁹⁶, a quantidade de cartéis desvendados em decorrência da leniência e a quantidade de condenações criminais com sentença de restrição de liberdade³⁹⁷:

Figure 3: The Number of Corporate and Individual Leniency Applications Received by DOJ's Antitrust Division, by Fiscal Year of Application

³⁹⁶ Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos, o programa de leniência funciona apenas antes de qualquer processo investigativo e apenas para o primeiro agente que se prontificar a colaborar com a autoridade concorrencial, cujo efeito é o perdão total dos efeitos criminais. Os demais agentes só poderão pleitear uma espécie de delação premiada (plea bargain) com redução de pena.

³⁹⁷ Fonte: Scott D. Hammond. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last two decades. 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Feb 25, 2010; GAO Analysis of Antitrust Division.

Figure 8: Number of Criminal Cartel Cases Filed Each Fiscal Year, Broken Out by Those Assisted and Not Assisted by a Leniency Applicant

Ademais, como dito alhures, o Direito Antitruste é um instrumento que proporciona, a partir de sua aplicação e efetividade, um ambiente de competitividade, o qual, por consectário lógico, gera eficiência e bem-estar ao consumidor, bem como promove a liberdade, a igualdade, a democracia e a justiça. Acerca da competitividade, veja-se a situação brasileira³⁹⁸:

³⁹⁸ Disponível em: < <http://www.imd.org/uupload/imd.website/wcc/scoreboard.pdf> > acesso em 03 de junho de 2016. Observação: em parênteses estão os números referentes ao ano de 2015.

COMPETITIVENESS SCOREBOARD (Ranks 1 - 30)

Numa análise mais ampla, a FUNDAÇÃO HERITAGE oferece os índices de liberdade econômica, liberdade para negócios, comércio, direitos à propriedade e liberdade contra a corrupção³⁹⁹, cuja média geral é⁴⁰⁰:

OVERALL SCORE

Um outro benefício associado ao Direito Antitruste é o estímulo à inovação, bem como a qualidade dessa informação, a esse respeito, veja-se os níveis e colocações publicados pela The Economist⁴⁰¹:

³⁹⁹ Esses índices estão posicionados no anexo, ao fim do trabalho.

⁴⁰⁰ Disponível em: < <http://www.heritage.org/index/visualize?cnts=brazil/unitedstates&src=ranking> > acesso em 03 junho de 2016.

⁴⁰¹ Disponível em: <<http://www.economist.com> > acesso em 03 de junho de 2016.

Com base nesses dados demonstrativos dos índices brasileiros e sua comparação com os mesmos índices alheios, verifica-se a incontestável necessidade de aprimoramento e ampliação dos níveis de liberdade econômica (livre iniciativa e liberdade de contratação), de inovação, de competitividade e concorrência. Tais parâmetros, como dito nos capítulos anteriores, são influenciados e proporcionados por força da aplicação do Direito Antitruste.

Diga-se de passagem, que, muito embora tenha sido aventada alhures a associação do Direito Antitruste com a promoção da democracia, justiça e igualdade, não se encontrou dados a respeito que pudessem ser utilizados para esta ilustração. Portanto, ater-se-á a esses índices, apenas exemplificativos.

Diante disso, verifica-se a necessidade de ampliar e aprofundar ainda mais as atividades do CADE, para que se adote um perfil mais proativo, com análises, juízos e investigações, não só apenas contra os monopólios e cartéis, por exemplo, mas também em prol da edificação e da difusão de parâmetros de cultura e compreensão da importância, da relevância e do significado com os quais o Direito Antitruste se envolve bem como com os benefícios que proporciona.

A despeito de ter uma atuação transversas nos mais variados segmentos econômicos, o combate aos monopólios e cartéis representa uma restrição e concentração de atuação do CADE nesse ou naquele segmento.

Não obstante, consubstanciado com o enfoque institucionalista posto nos capítulos anteriores, mormente a descrição dos trabalhos de NORTH⁴⁰², ou sob a ótica de CALIXTO⁴⁰³, essa necessidade de aprimoramento das atividades do CADE exige também um fortalecimento institucional, inclusive para reafirmar e robustecer a autonomia e a independência da agência concorrencial.

Além disso, é importante empregar uma reflexão para rever e definir os níveis de *enforcement* que se darão, conforme o interesse social, para a prevenção e a repressão das condutas anticompetitivas a serem previstas pelo Direito Antitruste e operadas pela agência concorrencial.

Além do trivial de toda autoridade concorrencial que tenha por finalidade a aplicação do Direito Antitruste, ao CADE compete também instruir a sociedade quanto às questões correlatas. Como antes afirmado, os níveis de cultura e compreensão acerca do que é e qual a importância do Direito Antitruste no Brasil são muito baixos.

Como VIZEU consignou, como toda autoridade concorrencial, o CADE tem um papel educacional de promover a cultura da concorrência, disseminando e difundindo a compreensão e a política da competição saudável, seja na consciência coletiva seja no âmbito da formulação das próprias políticas públicas⁴⁰⁴.

⁴⁰² Ver notas 54-67

⁴⁰³ O entendimento institucional de NORTH e CALIXTO variam, conforme este descreve: "D. North, idealizador e representante mais famoso do neo-institucionalismo econômico, também utiliza o termo estrutura. Ocorre que para ele estruturas são as características da sociedade que acreditamos serem os determinantes básicos do desempenho econômico. Destaca entre elas o direito de propriedade e o Estado (sobretudo por sua influência sobre os direitos de propriedade), além de outros determinantes econômicos e culturais como: tecnologia e ideologia. Instituições são, portanto, regras que não afetam a distribuição de renda ou poder, mas sim, o comportamento econômico dos indivíduos. Ora, estruturas, na concepção aqui defendida, são exatamente as formas de distribuição de poder e renda, essas, sim, constitutivas de uma sociedade e, em última instância, elementos fundamentais na definição de seu comportamento econômico". SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan e OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. P. 24

⁴⁰⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 223

Com esse pensamento, destaca-se o trabalho de STIGLER, para quem cabe a cada sociedade a escolha de combatividade das condutas anticompetitivas, para se saber qual o tamanho deverá assumir tanto o do Direito Antitruste quanto o da agência concorrencial⁴⁰⁵, esclarecendo-se que a possibilidade de benefícios a serem auferidos em contraposição os custos exigidos. Caso haja a decisão pela ampliação, buscar-se-á o equacionamento financeiro, aderindo à proposta de CIDE a ser posta mais adiante.

5.2 ORÇAMENTO

Conforme as disposições legais⁴⁰⁶, o orçamento do CADE consiste em, resumidamente: (i) receitas próprias que a lei lhe permite a cobrança e a arrecadação; (ii) pagamento pelos serviços prestados a terceiros; (iii) receitas oriundas de transferência do orçamento geral da União, que designa parte de sua arrecadação para financiar as atividades da agência; (iv) recursos provenientes de convênios e

⁴⁰⁵ Em interessante assertiva é o trecho da obra de STIGLER, veja-se: “The widespread failure to adopt rational criteria of enforcement of laws has been due often and perhaps usually to a simple lack of understanding of the need for and nature of rational enforcement. The clarification of the logic of rational enforcement, and the demonstration that large gains would be obtained by shifting to a rational enforcement scheme, are presumably the necessary (and hopefully sufficient) conditions for improving public understanding of enforcement problems. There is, however, a second and wholly different reason for the use of what appear to be inappropriate sanctions and inappropriate appropriations to enforcement bodies: the desire of the public not to enforce the laws. The appropriations to the enforcement agency and the verdicts of juries are the instruments by which the community may constantly review public policy. If the society decides that drinking alcoholic beverages or speeding in automobiles is not a serious offense in its ordinary form, they may curtail resources for enforcement and so compel the enforcement agency to deal only with a smaller number of offenses (perhaps offenses of larger magnitude, such as chronic drunkenness or driving at extremely high speeds)”. STIGLER, George J.; *The optimum enforcement of laws*. BECKER, Gary S.; LANDES, William M.; *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NBER. 1974.

⁴⁰⁶ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 28. Constituem receitas próprias do Cade: I - o produto resultante da arrecadação das taxas previstas nos arts. 23 e 26 desta Lei; II - a retribuição por serviços de qualquer natureza prestados a terceiros; III - as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos; IV - os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades ou organismos nacionais e internacionais; V - as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; VI - os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade; VII - o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações; VIII - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo, na forma definida pelo Poder Executivo; e IX - quaisquer outras receitas, afetas às suas atividades, não especificadas nos incisos I a VIII do caput deste artigo.

acordos; (v) doações; (vi) venda de bens; (vii) resultado de aplicação financeira; e (viii) qualquer outra receita afeta a suas atividades.

Entretanto, na prática, as receitas do CADE se resumem, efetivamente, a: transferências da União e arrecadação própria, conforme dados do portal da transparência nos últimos anos⁴⁰⁷, a seguir descritos:

(i) No exercício de 2010, o CADE contou com uma receita realizada de R\$ 10.723.331,14, dos quais R\$ 127.968,50 e R\$ 7.004,66 representam receitas próprias. Por outro lado, a despesa desse exercício foi de R\$9.090.717,95; (ii) Já no exercício de 2011, verifica-se a receita total de R\$11.905.424,40, sendo R\$ 76.888,00 e R\$ 54.344,94 próprias. Com despesa de R\$ 10.547.677,24; (iii) No exercício de 2012, a receita total foi de R\$ 17.547.809,85, sendo R\$ 265.657,85 e R\$ 1.979,09 próprias, com despesa de R\$ 24.466.629,83; (iv) No exercício de 2013, a receita foi de R\$ 17.998.931,34, dos quais R\$ 379.825,01 e R\$ 8.947,83 foram próprias, com despesa de R\$ 30.793.384,78; (v) Quanto ao exercício de 2014, a receita realizada foi de R\$ 20.041.920,80, sendo próprias as quantias de R\$ 363.583,00 e R\$ 67.010,47, com despesa de R\$ 31.597.877,62; (vi) Por fim, no exercício de 2015, o CADE contou com uma receita de R\$ 18.497.549,82, dos quais R\$ 74.187,82 e R\$ 14.605,00 foram próprias, com despesa de R\$ 31.185.671,88.

Diante dessa rápida e simples análise empírica, já é possível fazer uma série de constatações. Primeiramente, reforça-se a prevalência de receita advinda das transferências da União. Segundo, a baixa quantia de recursos em geral para uma atividade tão importante e transversal, atingindo a todos os segmentos da economia. Terceiro, sobretudo nos últimos anos, a evidência proporção deficitária do orçamento, o gasto é maior do que a receita.

A prevalência de receita advinda de transferências da União põe a autoridade concorrencial sob o risco de captura e sob a ingerência e influência políticas dos Poderes Executivos e Legislativo, maculando tano sua autonomia e independência, quanto suas atividades, quantitativa e qualitativamente.

⁴⁰⁷ Informação disponível em <<http://www.portaldatransparencia.gov.br>> acesso em 17 de maio de 2016.

Ademais, independente da origem dos recursos, vê-se a baixa quantidade deles. É pouquíssimo dinheiro, sobretudo quando considerada a necessidade de aprimoramento das atividades do CADE em prol da efetivação da livre concorrência nos termos defendidos por este trabalho.

A título comparativo, veja-se os dados orçamentários, conforme o portal da transparência⁴⁰⁸, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)⁴⁰⁹ teve uma receita realizada de R\$ 3.049.382.546,54 (2015) e R\$ 2.777.318.240,13 (2014), dos quais quase a totalidade é receita própria, sem nenhuma parcela de transferência do orçamento geral da União. As despesas para esses mesmos exercícios ficaram em R\$ 435.509.958,09 (2015) e R\$ 517.983.871,29 (2014).

Isso sem considerar o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL). O primeiro teve uma receita de R\$ 1.784.819.454,11 (2015) e de R\$ 1.756.773.120,44 (2014), com despesas de R\$ 162.395,59 (2015) e 0,00 R\$ (2014). Já o segundo teve uma receita de R\$ 633.313.165,56 (2015) e de R\$ 590.848.516,87 (2014), com despesas de R\$ 201.252.342,98 (2015) e R\$ 177.301.438,49 (2014).

Nota-se, assim, a grande diferença que há entre os orçamentos das agências setoriais e da agência concorrencial. Contudo, esta última tem uma atividade e função transversal, cuja atuação incide sobre todos os segmentos econômicos, inclusive aqueles que já contam com a atuação de suas próprias agências reguladoras setoriais.

Não obstante, diferentemente do exemplo ANATEL, no CADE há uma grande discrepância entre as receitas e as despesas, especialmente nos últimos anos. Não se está defendendo uma atividade superavitária do CADE, até porque ele não

⁴⁰⁸ Ver nota 407

⁴⁰⁹ Em virtude das peculiaridades temáticas e orçamentárias da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que têm receita de royalties e decorrente do uso de bens de titularidade da União quanto ao petróleo e energia elétrica, a comparação orçamentária não se faz interessante para o presente estudo.

tem feição empresarial, mas a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia denotam, ao menos, uma ideia de equilíbrio nas contas. O que não se vê.

Ademais, essa situação deficitária só mantêm o CADE sob a constante necessidade de transferência de recursos do orçamento geral da União, mantendo-se sob o risco perene de ingerências e influências políticas, como já dito acima, além do risco de, caso se reduzam drasticamente as transferências e, conseqüentemente, as receitas do CADE, a tutela da livre concorrência e o Direito Antitruste fiquem incipientes na econômica e no ordenamento brasileiros.

Essas são as constatações e críticas que servem como justificativa para o presente trabalho, especialmente a proposta vindoura.

5.2.1 Taxas

Como dito em capítulos anteriores e demonstrado o permissivo legal, parte da receita do CADE é proveniente de cobrança e arrecadação próprias⁴¹⁰. Ele o faz mediante as taxas⁴¹¹, que podem ser decorrentes da requisição para prática de atos de concentração⁴¹² ou das consultas solicitadas⁴¹³. A primeira será no valor fixo de R\$85.000,00 e a segunda no valor de R\$ 15.000,00.

O controle sobre os atos de concentração econômica é requisito fundamental para a perfectibilização das operações de fusão e incorporação, *joint venture*, *gun jumping*, *codeshare* e tantas outras. Contudo, apenas para as operações com a vultuosidade acima R\$ 400 milhões⁴¹⁴. Já as consultas são os questionamentos

⁴¹⁰ Ver nota 406

⁴¹¹ Lei Federal nº 12.529/2011, Art. 23. Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei, e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4º do art. 9º desta Lei.

⁴¹² Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 88 Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica (...)

⁴¹³ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 9º, § 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

⁴¹⁴ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à

dos agentes econômicos quanto à (in)adequação de suas condutas e operações levadas aos crivo de conformidade com o Direito Antitruste sob a verificação do CADE.

Isso representa, como visto acima, apenas uma pequena parte das atividades do CADE. Todo o restante de sua competência, funções e atividades vão ser financiados pelas transferências de recursos da União, se é que tal modalidade de receita já não financia praticamente tudo, considerando que, por vezes, os valores cobrados pelo CADE, a título de taxa, não são suficientes nem para contrapor o dispêndio realizado, como será enfrentando nos tópicos seguintes.

5.2.1.1 Classe tributária, Conceito, Características e Regra-Matriz de Incidência tributária

Para compreender as distinções das várias espécies de tributos, bem como o conceito e as características de cada qual, utiliza-se os trabalhos de PAULO DE BARROS CARVALHO⁴¹⁵, para quem, a partir da leitura dos dispositivos constitucionais⁴¹⁶ e do Código Tributário Nacional⁴¹⁷, bem como dos ensinamentos de GERALDO ATALIBA, o critério classificatório das espécies tributárias é bipartite, consistindo na verificação da vinculação ou não da atividade estatal e seu gênero, sendo desinfluentes a nomenclatura e a destinação de sua receita, sob o ponto de vista intranormativo.

Nesse sentido, a vinculação é verificada quando há uma atividade do Estado direta ou indiretamente relacionada à pessoa do contribuinte, enquanto que a

operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

⁴¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 406-409

⁴¹⁶ CF/88. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

⁴¹⁷ CTN. Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

não vinculação se atrela aos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte e não relacionados a qualquer atuação estatal.

Assim, segundo o referido autor, tem-se o imposto, que não exige nenhuma atividade estatal, a taxa, que é contraprestação de serviço público ou o exercício do poder de polícia, na qual a atuação estatal é direta ao contribuinte; e a contribuição de melhoria, pela realização de obra pública, cuja atuação estatal é indireta.

Por fim, o autor ainda comenta que, sob o ponto de vista extranormativo, é possível uma classificação tripartite, quadripartite e até pentapartite. Nesse enfoque, ele adere à tripartição, havendo impostos, taxas e contribuições, dentro desta espécie haveria, ainda, outras subespécies, dentre as quais a contribuição de melhoria.

A despeito do posicionamento de PAULO DE BARROS CARVALHO, o posicionamento majoritário da doutrina se atrela à divisão pentapartite, tomando como pressupostos os critérios da vinculação da atividade estatal, destinação do produto da arrecadação a uma finalidade constitucional específica, e a possibilidade de restituição desses valores, numa série de combinações entre a positividade ou negatividade deles, o referido autor demonstra a existência de um universo com o total de oito possibilidades, dentre as quais três se revelam incompatíveis com a Constituição Federal.

Como narrava TÁREK MOUSSALEM, esse pensamento majoritário conclui pela existência de cinco espécies, quais sejam⁴¹⁸:

⁴¹⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Classificação dos Tributos: uma visão analítica. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/classificacao-dos-tributos-uma-visao-analitica-por-tarek-moyses-moussallem/>> acesso em 16 de maio de 2016. P. 25

CASO	VINCULAÇÃO	DESTINAÇÃO	RESTITUIÇÃO	TIPO
1	Sim	Sim	Sim	Incompatível
2	Sim	Sim	Não	Taxas
3	Sim	Não	Sim	Incompatível
4	Sim	Não	Não	Contribuições de melhoria
5	Não	Sim	Sim	Empréstimos compulsórios
6	Não	Sim	Não	Contribuições em geral
7	Não	Não	Sim	Vedado pela CF/88
8	Não	Não	Não	Impostos

Entretanto, apesar de usar os mesmos critérios de vinculação, destinação e restituição, TÁREK MOUSSALLEM defende uma divisão, um pouco diferente, veja-se⁴¹⁹:

OBS: (1) O termo “vinculado” é utilizado no sentido de a h.i. do tributo descrever notas factuais referidas à prestação de serviço público ou ao exercício do poder polícia;

(2) O vocábulo “destinado” é empregado no sentido de previsão de o produto da arrecadação ter finalidade constitucional específica;

(3) O termo “restituível” tem como significação a previsão de devolução do valor pago;

(4) O número ordinário “1^a” equivale às primeiras classes coordenadas (níveis) e assim por diante.

⁴¹⁹ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. Classificação dos Tributos: uma visão analítica. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/classificacao-dos-tributos-uma-visao-analitica-por-tarek-moyses-moussallem/> acesso em 16 de maio de 2016. P. 32

Essa divergência doutrinária acerca das classes e diferenciações das espécies tributárias não será pertinente para o deslinde do presente trabalho, importante se ater às taxas e contribuições, as quais não há maiores debates classificatórios.

De todo modo, é justamente a partir dessas classificações das espécies tributárias, que se faz pertinente a compreensão da Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT), que, nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO⁴²⁰, é o mínimo irredutível do deontico, ou seja, a conjunção de tudo o que é necessário e suficiente para a construção da norma de incidência do tributo. Para o referido autor, é caracterizado como uma fórmula lógica do condicional que une a hipótese e seu consequente.

Com base nisso, quando se refere a evento passível de ocorrência no mundo dos fatos (hipótese), a RMIT se reveste da natureza de norma geral e abstrata. Contudo, quando faz alusão a evento já ocorrido (fato jurídico tributário) adquire o viés de norma individual e concreta.

Suas importância e funcionalidade para a operacionalização do direito são verificadas pela possibilidade de explicitar e identificar os critérios da norma instituidora dos tributos, como também sua adequação ao próprio sistema jurídico tributário.

A hipótese de incidência tributária é o conjunto de elementos abstratos que preveem e descrevem de maneira geral e abstrata os fenômenos físicos antecedentes da regra matriz que são hábeis de ocorrência⁴²¹. Já o consequente identifica e descreve o vínculo jurídico⁴²².

Ao se observar a RMIT, verifica-se que a hipótese é composta pelos critérios material, temporal e espacial, enquanto que o consequente é composto pelos

⁴²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P.148-150

⁴²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 245

⁴²² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 273

critérios pessoal e quantitativo, que podem ser descritos sob o seguinte núcleo lógico estrutural: $D\{[Cm(v.c).Ce.Ct.] \rightarrow [Cp.(Sa.Sp).Cq(bc.al)]\}$ ⁴²³⁻⁴²⁴.

Inserida nessa sistemática classificatória que hoje é majoritariamente aceita e defendida pelos estudiosos do Direito Tributário, a Taxa é, então, tributo que no primeiro quesito é vinculada diretamente a uma atuação estatal, no segundo quesito tem destinação vinculada e no terceiro quesito não é restituível.

E justamente com base nessas características que se distingue a Taxa das outras espécies tributárias, por exemplo, o imposto, o qual não pode ter nenhuma vinculação com a atividade estatal, qualquer que seja ela.

As atividades estatais que podem dar ensejo à taxa são a prestação de serviço público e exercício do poder de polícia, conforme as disposições constitucionais⁴²⁵ e do Código Tributário Nacional⁴²⁶.

E com base nisso, a taxa possui duas regras matrizes de incidência tributária, cuja diferenciação se dá, apenas, no tocante ao critério material, pois, como já dito, pode se dar em decorrência da prestação de serviço ou do exercício do poder de polícia⁴²⁷.

Nos demais critérios, a taxa sempre será no local onde a atuação estatal for desempenhada (Critério Espacial), na data da ocorrência da materialidade (critério temporal), com relação jurídica entre o prestador/administração (sujeição ativa) e o

⁴²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 661

⁴²⁴ D = Dever-ser; [Cm(v.c).Ce.Ct.] = hipótese normativa; Cm = Critério material; v = verbo; c = complemento; Ce = Critério espacial; Ct = critério temporal; . = conectivo conjuntor; $\rightarrow$ = conectivo condicional; [Cp.(Sa.Sp).Cq(bc.al)] = consequente normativo; Cp = critério pessoal; Sa = sujeito ativo; Sp = Sujeito passivo; Cq = critério material; bc = base de cálculo; al = alíquota.

⁴²⁵ CF/88, Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

⁴²⁶ CTN, Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

⁴²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 786

tomador/administrado (sujeição passiva), calculada em referência quantitativa e dimensional à atividade e seu custo (Critério quantitativo).

E essa vinculação característica dessa espécie tributária é que exige a necessidade de guardar remansosa consonância com sua quantificação, precisamente na base de cálculo.

Adiante, enfrenta-se os critérios materiais, subjetivos e quantitativos, justamente os que possuem as discussões na doutrina e se fazem relevantes para o presente trabalho.

5.2.1.1.1 Serviço Público e seus critérios material e subjetivo.

Em se tratando de serviços públicos, oportuno destacar seu conceito, segundo BANDEIRA DE MELLO, é toda atividade que forneça utilidade ou comodidade material com vistas a satisfazer a coletividade em geral, conforme assunção do Estado em relação a seus deveres, mas cujo gozo e fruição sejam individuais por cada administrado⁴²⁸.

Inserido nesse universo de possibilidades, o Direito Tributário tratou de circunscrever uma porção, sobre a qual estaria caracterizado o serviço público suscetível a ensejar a cobrança de taxa, ou seja, seu critério material.

Conforme disposição do Código Tributário Nacional, a taxa é passível de cobrança para os serviços públicos que efetivamente utilizados/consumidos/usufruídos a qualquer título pelo contribuinte, ou aqueles serviços de natureza compulsória que são postos a sua disposição, desde que, em todos os casos, sejam específicos e divisíveis⁴²⁹.

⁴²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 665

⁴²⁹ CTN, Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I - utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de

Dessas disposições legais é que, conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, tem-se a compreensão do serviço efetivo, que não enfrenta nenhuma discussão, pois, tendo sido fruído pelo contribuinte, não se pode negar o dever de pagar pela contraprestação.

Já quanto aos serviços posto à disposição, em virtude do interesse público que se reveste especificamente quanto a este ou aquele serviço, como por exemplo limpeza pública, o serviço adquire natureza compulsória, de modo que a autonomia de vontade do administrado em tomar o serviço não se sobrepõe ao interesse público que o serviço busca alcançar e/ou satisfazer.

Outro aspecto pertinente aos serviços se refere a suas características de especificidade e divisibilidade. Como o serviço é vinculado diretamente a uma pessoa, independentemente de ser efetivo ou potencial, ele vai ser nas exatas proporções que essa pessoa requisitar ou que lhe for disponibilizada, assim é possível quantificar precisamente o que se consumiu e o que foi dispendido em benefício desta única pessoa de modo a permitir sua cobrança contra esse contribuinte e não como gasto diluído para toda a sociedade. Por isso que se diz, diante dessa compreensão, que não é possível cobrar taxa por serviço universal⁴³⁰. Quando os serviços são universais devem ser financiados pela tributação desvinculada, ou seja, os impostos.

No pertinente à taxa pelos serviços do CADE, verifica-se que, via de regra, será necessária a provocação do órgão por parte do agente econômico/contribuinte, para que exerça o controle prévio dos atos de concentração ou que forneça consulta. Logo, a receita proveniente das taxas só será percebida pelo CADE se os agentes econômicos seguirem a lei e provocarem o CADE.

Caso haja subversão e descumprimento amplos e difundidos das disposições do Direito Antitruste, especialmente quanto ao controle prévio, o CADE terá a receita oriunda das taxas, não será apto a verificar as ocorrências os ilícitos e tomar as medidas cabíveis. Tudo bem que a norma prevê sanção à subversão e ao

necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

⁴³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 787-789

descumprimento, mas se não houver constatação alguma, continua-se sem efetividade.

De todo o modo, a aplicação do Direito Antitruste e as atividades do CADE ficariam sob o financiamento dos recursos transferidos pelo orçamento geral da União.

5.2.1.1.2 Poder de Polícia e seus critérios material e subjetivo.

Outro critério material que pode dar ensejo à cobrança de Taxa é o Poder de Polícia, que, segundo BANDEIRA DE MELLO, diante da necessária compatibilidade do exercício dos direitos individuais com o bem-estar social, juntamente com a expectativa de uma utilidade republicana deles, sobretudo a liberdade e a propriedade, é que se desenvolveu a ideia de Poder de Polícia⁴³¹.

Apesar de criticar a terminologia originária de uma época passada em que vigorava a ideia de “Estado de Polícia”⁴³², para o referido autor, o Poder de Polícia é uma atividade estatal com vistas a condicionar a liberdade e a propriedade para conformá-las aos interesses coletivos, quando em sentido amplo, abrange atos estatais, sejam do Poder Executivo, sejam do Poder Legislativo, quando em sentido estrito, relaciona-se apenas com as intervenções gerais e abstratas do Poder Executivo que se prestem a prever e/ou obstar a performance e o desenvolvimento de atos privados/particulares contrários aos interesses pressupostos do Poder de Polícia, nas mais variadas formas de regulamento (autorizações, licenças etc.)⁴³³.

Sem destoar, PAULO DE BARROS CARVALHO também compreende o Poder de Polícia como a possibilidade de atuação estatal com vistas a condicionar direitos, principalmente de liberdade e propriedade, em prol dos interesses coletivos de segurança, bem-estar, paz e ordem coletiva, a permitirem o poder de vigilância e o controle das liberdades individuais, o que representa atuação, esforço e dispêndio

⁴³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 811

⁴³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 812

⁴³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 813

que ensejam a efetiva remuneração por meio das taxas. De igual forma à lógica da taxa quanto aos serviços públicos, a taxa quanto ao poder de polícia exige especificidade e divisibilidade para verificação e satisfação da referibilidade e da retributividade direta ao contribuinte⁴³⁴.

Toda essa inteligência, especialmente atinente ao Direito Tributário, mas sem contrapor o Direito Administrativo, é fruto da própria disposição contida no Código Tributário Nacional⁴³⁵. Logo, o Poder de Polícia precisa da efetiva ocorrência de seu exercício para justificar a cobrança.

Ressalta-se, por oportuno, que, entretanto, há a possibilidade de denúncia do interessado para a abertura de inquérito⁴³⁶. Nessa situação, estar-se-ia impulsionando e promovendo as atividades da agência nitidamente características do Poder de Polícia sem que haja qualquer contraprestação, pois não há previsão de qualquer cobrança, nem é interessante haver como forma de não desestimular a sociedade a contribuir com as atividades do CADE e com a aplicação e a efetividade do Direito Antitruste. Logo, é uma despesa sem receita correlata que exige, mais uma vez, o dispêndio de verbas oriundas da transferência do orçamento geral da União.

Além disso, importante destacar que, conforme o art. 174 da CF/88, como o Poder de Polícia pode ser considerado efetivo pela simples normatização e limitação de condutas correlatas, ele poderia se configurar pela existência de estrutura, seja ela normativa pura e simplesmente, seja ela pela existência de estrutura física e um corpo de agentes posto a esse fim.

⁴³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 789-790

⁴³⁵ CTN, Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁴³⁶ Lei Federal nº 12.529/2011, Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica. § 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

Registre-se que já há posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de que é possível presumir o exercício do poder de polícia, ainda que não exista órgão de controle⁴³⁷.

A despeito da existência do termo Poder de Polícia pela própria legislação, há a crítica de SUNDFELD, para quem a concepção do instituto se deu para um Estado Mínimo, cuja intervenção na econômica se volta para a imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, visando a erigir um ambiente de convivência dos direitos⁴³⁸.

Contudo, essa contextualizado insere uma conotação negativa ao termo, razão pela qual o autor propõe um novo enfoque, o qual supera e elimina tal terminologia, que denomina de Administração ordenadora para a regulação do setor privado com o emprego do poder de autoridade, imbuída do dever de regular a vida privada, mediante a ordenação de comportamento por comandos cogentes⁴³⁹.

Nessa proposta, a regulação administrativa pode se dar sob condicionantes de limites, encargos e sujeição dos direitos, os quais refletem o dever de não fazer, o dever de fazer e o dever de suportar, bem como o sacrifício total ou parcial deles⁴⁴⁰. De um modo ou de outro, pressupõe a fiscalização, a qual os indivíduos têm o dever de suportarem e colaborarem bem como é a partir dela que advém os atos de repressão, seja constatação de infração como a posterior sanção⁴⁴¹.

Por fim, imprescindível reforçar a importância da fiscalização, como dita alhures, pois, sem ela, não se consegue verificar a adequação e a justeza das

⁴³⁷ Nesse sentido, conferir os seguintes precedentes:

(1) RE 588322, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-04 PP-00885 RTJ VOL-00224-01 PP-00614 RIP v. 12, n. 63, 2010, p. 243-255 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 149-157;

(2) AI 699068 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-23 PP-04856 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 78-81

(3) RE 361009 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-217 DIVULG 11-11-2010 PUBLIC 12-11-2010 EMENT VOL-02430-01 PP-00087

⁴³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros. 2003. P. 14

⁴³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros. 2003. P. 20

⁴⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros. 2003. P. 23-26

⁴⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros. 2003. P. 68-72

condutas em (des)cumprimento das normas do Direito Antitruste, o que implica na constatação de sua efetividade, muito menos impor as sanções decorrentes. Sem a fiscalização necessária, suficiente e efetiva continua sem os adjetivos pretendidos pelo sistema, corroborando com a manutenção e até mesmo o aumento das distorções e falhas em prejuízo à economia⁴⁴².

5.2.1.2 Quantificação das taxas: valor prefixado, suas ineficiência e inadequação.

Um outro critério da RMIT que se faz interessante para a presente discussão é o critério quantitativo da taxa, a refletir em ambos os tópicos anteriores, ou seja, tanto para a taxa decorrente do serviço público, quanto daquela decorrente do poder de polícia.

Segundo os dispositivos constitucionais⁴⁴³ e Código Tributário Nacional⁴⁴⁴, a Taxa não pode ter cálculo igual a imposto, pois, como já dito, exige-se correlação, retributividade e referibilidade quantitativa com o critério material.

Em virtude dessas características e considerando o percentual da receita do CADE que corresponde às Taxas – de valores de R\$ 85.000,00 e de R\$ 15.000,00 –, é que se vê que a espécie tributária taxa não é uma forma tão eficiente para financiar as atividades do CADE e, conseqüentemente, permitir a implementação e a efetivação da livre concorrência como defendida aqui neste trabalho.

Como demonstrado no tópico anterior, o valor da taxa, em tese, deve ser a representação quantitativa mais exata quanto for possível do que se exigiu/consumiu do Estado na prestação do serviço solicitado pelo cidadão-contribuinte ou do esforço despendido para o exercício do poder de polícia. Assim, se para desempenhar ou prestar determinada atuação o Estado tenha despendido a quantia de R\$ 100,00, o valor da taxa cobrada por ele será exatamente essa mesma quantia.

⁴⁴² Ver notas 284-287

⁴⁴³ CF/88, art. 145. § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

⁴⁴⁴ CTN, art. 77. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a um imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Ocorre que, por vezes, os procedimentos a que se presta o CADE exigem um esforço muito menor ou muito maior do que aquele utilizado como parametrização do valor prefixado. E isso implica numa taxa desproporcional e inadequada, tanto para mais quanto para menos.

Imagine-se que determinada consulta solicitada pelo agente econômico venha a exigir o esforço de uma equipe técnica altamente especializada por vários dias a fio. É claro que os R\$ 15.000,00 cobrados a título de taxa não serão minimamente condizentes. De igual forma, outra consulta pela qual se cobra o mesmo valor seja realizada em questão de horas. Há uma nítida disparidade e desproporcionalidade entre o valor cobrado e as atividades requisitadas do Estado.

De forma equivalente um pedido de ato de concentração, por exemplo, pelo qual se exige uma taxa de R\$85.000,00, pode vir a consumir meses⁴⁴⁵ de trabalho de uma equipe técnica altamente especializada, o que não condiz com o valor prefixado.

Essas são as mesmas discussão e crítica que se tem quanto às taxas decorrentes dos serviços do Poder Judiciário e dos Cartórios e Tabelionatos. A metodologia de quantificação das taxas em virtude dos valores sobre os quais o serviço será desempenhado não quer dizer, necessariamente, que o serviço será mais ou menos qualificado, intenso e/ou extenso. A cobrança judicial de um cheque, por exemplo, exige, via de regra, os mesmos procedimento, duração e empenho do Poder Judiciário, quer seja de valor de R\$ 1.000,00, quer seja de R\$ 1.000.000,00. Não há porque se exigir valores de taxa diferentes sob o único argumento de que o valor da causa é menor ou maior.

Igualmente ocorre com o poder de polícia. É muito difícil quantificar o esforço e o dispêndio exigidos para sua realização, sobretudo quando o exercício do poder de polícia não é efetivamente realizado, mas presumido e cobrado em decorrência da existência de estrutura, como dito alhures. Nesse caso não há nem a concretude de especificidade nem a divisibilidade inerentes ao critério material a ser referenciado para o critério quantitativo.

⁴⁴⁵ O limite legal para o controle de atos de concentração é de 240 dias. Nesse sentido, conferir: Lei Federal nº 12.529/2011, art. 88. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

Outra reflexão que se faz quanto à taxa é quando o órgão que desempenha atuações que serão remuneradas por esse tributo desempenha e exerce também outras funções que são financiadas por outras receitas, especialmente os tributos. Como dimensionar e quantificar o consumo e percentual do uso das estruturas físicas e dos recursos humanos que são desempenhados corriqueiramente, subsidiados pelo orçamento geral, e aqueles extraordinários mediante solicitação do administrado, remunerado pela taxa?

A título de exemplo, imagine-se um órgão de controle e gestão de trânsito, tal qual o Detran, que tem funções dentre as quais serviços públicos universais, serviços públicos específicos e divisíveis e, ainda, poder de polícia. Um mesmo funcionário, num certo momento de sua jornada de trabalho desempenha atividades universais (ex.: sinalização das vias, políticas de educação de trânsito, etc), outras vezes serviços públicos específicos e divisíveis (ex.: emissão de documentos, licenciamento de veículos, etc), tudo isso numa mesma estrutura física e utilizando um mesmo aparato instrumental. Como quantificar precisamente o serviço a ser remunerado por taxas quando o custo geral universal é diluído e/ou compartilhado com as outras atividades? Como mensurar o percentual que vai ser suportado pela receita de taxas ou pela receita geral?

Indubitável a dificuldade de mensuração efetiva das atividades e dispêndios necessários para a atuação estatal que será remunerada pela Taxa. Portanto, em várias situações que envolvem as taxas, seja de serviço público, seja de poder de polícia, não se consegue manter a remansosa equivalência financeira do critério quantitativo com o critério material que caracteriza a espécie tributária.

Dessa forma, não há dúvida de que as taxas proporcionam receita própria para o CADE realizar suas atividades regulares e ordinárias, mas, por vezes, não será em quantia minimamente suficiente nem para fazer frente à própria atuação que promove a exação, muito menos será uma atuação satisfatória para a efetivação da livre concorrência aos níveis que se propõe neste trabalho.

A insuficiência de recursos em geral e de um patamar maior de receitas próprias do CADE têm três resultados. Primeiramente, limita-se a possibilidade fática de sua atuação, que perde em extensão, profundidade e capacidade, na contramão

do que se defende neste trabalho. Segundo, põe-se o CADE em posição de eventual submissão e risco de ingerências e influências políticas por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Por fim, o CADE acaba por consumir parte dos recursos gerais que a União lhe transfere, verbas que poderiam ser utilizadas para diversas outras atividades do Estado.

Como visto anteriormente, o Direito Antitruste urge por ser efetivado, expandido e aprofundado no ordenamento brasileiro, sobretudo por todo o benefício que ele proporciona, maior competitividade, concorrência, eficiência, bem-estar para o consumidor, liberdade, democracia, igualdade e justiça.

Ademais, a formatação orçamentária do CADE lhe posiciona num ambiente e cenário de imenso risco de sofrer influências e ingerências políticas, quer seja do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, quando alguém desses manuseiam o orçamento geral da União para mais ou para menos, atingindo diretamente o valor que seria recebido pelo CADE a título de transferências, como já demonstrado anterior, nos trabalhos de SCHUGHART e MCCHESENEY ao narrarem o estudo feito por ROBERT TOLLISON ⁴⁴⁶.

Inclusive, é muito fácil justificar a redução e até mesmo os cortes nas transferências do orçamento geral da União para o CADE. Diante da escassez de recursos em todos os segmentos e órgãos de todos os Poderes, a última prioridade é justamente financiar a livre concorrência num ordenamento e numa sociedade com baixos níveis de cultura e compreensão da importância do Direito Antitruste, como já dito anteriormente.

Essas são as questões que envolvem a taxa e justificam a proposição vindoura.

⁴⁴⁶ Ver notas 347-351

5.2.2 Multas

Outra discussão financeira diz respeito às multas aplicadas pelo CADE em decorrência de práticas anticompetitivas sob a incidência do Direito Antitruste⁴⁴⁷, na qual se destacam algumas peculiaridades interessantes.

As multas aplicadas pelo CADE são destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos⁴⁴⁸, diferentemente das multas tributárias, que vão compor o orçamento dos órgãos que lhes apliquem, sendo receita corrente, até porque são consideradas obrigações tributárias, por força do Código Tributário Nacional e a Lei das Normas Gerais de Direito Financeiro e Orçamentário da União⁴⁴⁹, muito embora não se confundem com a ideia de tributo⁴⁵⁰.

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi criado pela Lei que disciplina a Ação Civil Pública e com finalidade de, desde sempre, concentrar a receita decorrente das condenações pecuniárias dos microssistemas ambientais, consumidor, histórico

⁴⁴⁷ Lei Federal nº 12.529/2011 e Lei Federal nº 8.137/90

⁴⁴⁸ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 28. § 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei no 9.008, de 21 de março de 1995.

⁴⁴⁹ CTN, Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Lei Federal nº 4.320. Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. § 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas (...).

⁴⁵⁰ CTN, Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

e afins⁴⁵¹ e recebeu a primeira denominação como Fundo de Restituição dos Bens Lesados⁴⁵², adquirindo seu nome atual em 1991⁴⁵³.

Atualmente, diante dessa finalidade que alcança vários segmentos, recebe quantias das mais variadas fontes, inclusive decorrente da aplicação das sanções do Direito Antitruste⁴⁵⁴.

As multas por infração antitruste, que antes eram geridas sob a presidência da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça SEAE, hoje é a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON)⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶, integralizam a receita do Fundo⁴⁵⁷, que conforme o portal da transparência⁴⁵⁸, nos últimos anos, teve uma receita de R\$ 34.862.176,87 em 2010; R\$ 52.191.933,35 em 2011; R\$ 66.465.950,13 em 2012; R\$

⁴⁵¹ Lei Federal nº 7.347/1985, Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

⁴⁵² Decreto nº 92.302/1986, Art 1º O "Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados", de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, destina-se à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁴⁵³ Decreto nº 407/1991, Art. 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDDD, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, cultural, turístico paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos.

⁴⁵⁴ Decreto nº 1.306/1994. Art. 2º Constitue recursos do FDD, o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto de indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; IV - das condenações judiciais de que trata o parágrafo 2º, do art. 2º, da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989; **V - das multas referidas no art. 84, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;** VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII - de outras receitas que vierem a ser destinada ao Fundo; VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. (Destaques acrescidos)

⁴⁵⁵ Decreto 1.306/1994. Art. 3º O FDD será gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, e composto pelos seguintes membros: ~~I — um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá;~~ I - um representante da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que o presidirá; (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012). (destaque original para demonstrar a evolução legislativa).

⁴⁵⁶ Criada pelo Decreto 7.738, de 28 de maio de 2012, compõe a estrutura do Ministério da Justiça e tem suas atribuições estabelecidas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 3º do Decreto nº 2.181/97.

⁴⁵⁷ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 28. § 3º O produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Cade, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que trata o [art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), e a [Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995](#).

⁴⁵⁸ Ver nota 407

131.936.950,70 em 2013; R\$ 206.523.968,71 em 2014; e R\$ 568.613.377,64 em 2015.

E isso sem considerar a últimas multas aplicadas pelo CADE que são imensamente vultuosas, como por exemplo, no Cartel de Cimento (R\$ 3,1 bilhões)⁴⁵⁹, e no Petrolão (a primeira empresa multada pagará R\$ 104 milhões)⁴⁶⁰.

Não obstante, em cada um desses exercício a despesa média do Fundo, dentre todas as possibilidades de dispêndio desses valores⁴⁶¹, não foi muito superior a R\$ 20.000,00 anuais, conforme o Portal da Transparência.

5.2.2.1 Quantificação da multa: (i) legitimidade e escassez de parâmetros objetivos.

Outra questão interessante que envolve a multa se dá quanto sua quantificação, que pode apresentar problemas do cálculo em si bem como de legitimidade que se levanta discussão quando se suspeita o único interesse de se fazer receita.

Os parâmetros de quantificação das multas sob a Lei nº 12.529/2011 não são claros, precisos ou objetivos. Eles têm limites máximos de 20% do faturamento ou R\$ 2 bilhões, com a ideia de que não poderá ser inferior à vantagem auferida, mas não há um procedimento matemático para se alcançar qualquer resultado senão o juízo de ponderação do órgão emissor⁴⁶².

⁴⁵⁹ Notícia em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/05/cade-confirma-multa-de-r-31-bilhoes-por-cartel-no-setor-de-cimento.html> acesso em 21 de maio de 2016

⁴⁶⁰ Notícia em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/camargo-correa-admite-culpa-em-cartel-e-paga-mais-de-r-104-milhoes.html> acesso em 21 de maio de 2016

⁴⁶¹ Decreto nº 1.306/1994. Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior [em especial: Art. 6º Compete ao CFDD: I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990 e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no art. 1º deste Decreto] e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado. Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

⁴⁶² Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à

Diante desses parâmetros muito abrangentes, pode-se chegar a pontos de arbitrariedade indesejáveis. Até que ponto, mesmo que dentro dos limites legais, a quantificação da multa terá como pressuposto unicamente o âmago e propulsão sancionatória ou terá, também, o interesse de se fazer caixa? Por exemplo com as multas tributárias, sobretudo porque elas vão ser arrecadas para o mesmo orçamento do tributo.

A título de exemplo, a multa recorde aplicada pelo CADE foi, como posta acima, no cartel do cimento, com o valor de R\$ 3,1 bilhões. Sem adentrar ao caso e juízo realizado para sua quantificação, já se percebe que está acima do parâmetro legal geral de R\$ 2 bilhões.

Contudo, em virtude de a receita da multa ser destinada para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, fica difícil levantar essa discussão de ilegitimidade e eventual abusividade/arbitrariedade na quantificação e imposição da multa.

De qualquer forma, a aplicação da multa pressupõe a realização de atividades de fiscalização tanto um aparato mínimo para verificar e mensurar a ocorrência do ato prescrito, como para fundamentar e documentar sua própria lavratura e imposição. Tais atividades vão exigir recursos suficientes e necessários para financiar essa estrutura.

Por oportuno, importante destacar, mais uma vez, a imprescindibilidade da fiscalização, como dita alhures, pois, sem a qual, não é possível verificar se as condutas estão sendo cumpridas em adequação e conformidade com as previsões do Direito Antitruste, o que implica na constatação de sua (in)efetividade, muito menos se consegue impor as sanções decorrentes. Sem a fiscalização necessária, suficiente

vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

e efetiva, continua-se sem os adjetivos e predicativos pretendidos pelo sistema, corroborando com a manutenção e até mesmo o aumento das distorções e falhas econômicas e os prejuízos por elas gerados⁴⁶³.

Diante de sua destinação ao Fundo por determinação legal, a multa não paga nem as atividades e esforços necessários para sua perfectibilização, ou seja, a fiscalização do cumprimento das disposições legais e a imposição da multa.

5.2.2.2 Carência de benefícios advindos da aplicação de multa e confusão com a reparação dos danos pelas práticas antitrustes

Por fim, ainda acerca das multas, fica a reflexão de que, muito embora elas alcancem valores altíssimos, seja pelo limite legal de aplicação, seja pela imposição efetiva, os recursos dela advindos não podem ser utilizados para os fins que aqui se propõe, pois são destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, cuja destinação e utilização são aquelas adstritas às regras desse instituto.

As multas no Direito Antitruste são basicamente a sanção pela sanção, em sua forma mais pura de buscar os efeitos preventivos e repressivos. Mas é justamente por essas características que fica a crítica quanto a essa sistemática e a própria existência do Fundo que legalmente fica encarregado de receber os valores a título de multa civil e reparação de danos, bem como fica igualmente encarregado de efetuar a recomposição dos danos alegados pelas vítimas.

Como visto, apesar de arrecadar milhões de reais, com o recorde de uma única multa no valor de R\$ 3,1 bilhões de reais, as despesas que podem ser feitas com esses recursos são muito restritas e, na prática, não são feitas de modo algum, com uma média de gasto anual de R\$ 20 mil reais.

Assim sendo, não se discute a existência das práticas anticompetitivas, tendo a vista a imposição das multas, entretanto, os danos causados por elas não estão sendo reparados, especialmente os danos sofridos pelos consumidores ao pagarem sobrepreço em bens e serviços. Imagine-se, por exemplo, quantos

⁴⁶³ Ver notas 284-287

consumidores não foram direta e/ou indiretamente lesados pelo cartel do cimento, seja quem comprou o produto, seja quem comprou uma construção, seja quem realizou a construção.

Portanto, não se vislumbram os resultados positivos da aplicação e da efetivação do Direito Antitruste, muito menos os benefícios que ele pode gerar, como demonstrado no começo desse trabalho.

Ademais, a existência das multas e do Fundo de Defesa do Direitos Difusos em nada impede que os indivíduos lesados busquem guarida do Poder Judiciário e recebam, em demandas individuais e/ou coletivas, a restituição desses prejuízos, pelo simples fato de não haver reparação dos danos na prática a partir do Fundo.

Nos Estados Unidos, onde se tem um forte e robusto sistema de reparação de danos causados por práticas anticompetitivas, os indivíduos realmente perseguem a reparação, que não se confunde com as multas civis e nem há qualquer confusão quanto aos valores cobrados e sua destinação⁴⁶⁴. A título de exemplo, uma ação coletiva de consumidores processou vários bancos e bandeiras de cartão de crédito criticando a cobrança de tarifas que se alegava serem fixadas sob condutas anticompetitivas, do que resultou na quantia de US\$ 7,25 bilhões de ressarcimento de danos – a maior recuperação antitruste da história mundial –, bem como promoveu, em efeito direto decorrente, a revisão dessas tarifas para um patamar menor⁴⁶⁵.

Noutro caso, a empresa financeira Discover processou as rivais Visa e Mastercard sob a alegação de práticas anticompetitivas que lhe prejudicavam a operação no mercado e a consequente causação de danos, cujo resultado foi o pagamento de US\$ 2,75 bilhões de reparação de danos – a terceira maior reparação

⁴⁶⁴ Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos as multas civis, inclusive do Direito Antitruste, são destinadas para o Tesouro Nacional, ou seja, vão compor o orçamento geral da União e não têm qualquer associação com a recomposição dos danos causados pelas condutas anticompetitivas. FIRST, Harry, "The Case for Antitrust Civil Penalties" (2008). New York University Law and Economics Working Papers. Paper 148. http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/148. P. 3

⁴⁶⁵ Notícia em: <http://bankcreditnews.com/credit-debit-cards/court-approves-controversial-interchange-fee-settlement/14460/> acesso em 31 de maio de 2016.

antitruste na história mundial⁴⁶⁶. Essas quantias, em ambos os casos, não se confundem com as multas civis e que foram impostas por rito próprio.

Entretanto, a despeito de haver uma sistemática de reparação de danos mais clara e efetiva, não implica dizer que não apresente problemas. Nos Estados Unidos, em face das pesadas multas civis e da possibilidade de ser compelido a ressarcir o dano causado em dobro – *Sherman Act* – ou em triplo – *Clayton Act* –, tem-se o temor atual do efeito chamado *Overdeterrence*, que implica num tremendo impacto financeiro para os agentes econômicos, pois podem vir a pagar duas vezes (*bis in idem*) pelos danos causados por suas práticas anticompetitivas, o que vai, além de denegrir suas finanças – aqui se inclui capital, capacidade de investimento, atividades econômicas, produção e níveis de (des)emprego –, vai lhes desestimular a inovar quanto aos bens, serviços, metodologias e processos mercantis, dado o receio de incorrer na prática anticompetitivas e se submeter a essa situação de *bis in idem*⁴⁶⁷. Entretanto, não obstante tal cautela e reflexão, considerando as estatísticas postas anteriormente e o fato de que o sistema funciona e consegue trazer resultados positivos para os consumidores e para o mercado, é preferível o risco de *overdeterrence* do que uma econômica repleta de práticas anticompetitivas, ineficientes e danosas.

Portanto, a sistemática sancionatória, especialmente quanto às multas do Direito Antitruste da forma posta atualmente no ordenamento brasileiro, não apresenta qualquer benefício à livre concorrência. Não se logra a efetivação da competitividade, nem qualquer favorecimento ao consumidor e/ou mercado, muito menos se reparam os danos causados pelas práticas anticompetitivas. Apesar do problema vivenciado no sistema Americano, a separação e a distinção do que viria a ser multa civil e do que viria a ser reparação de dano é fundamental para edificar um sistema Antitruste efetivo e resolutivo. Do contrário, o cometimento de práticas anticompetitivas será

⁴⁶⁶ Notícia em: <http://constantinecannon.com/antitrusttoday/tag/largest-antitrust-recovery/> acesso em 31 de maio de 2016

⁴⁶⁷ WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A.; Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions. Department of Justice. The 26th Annual National Institute on White Collar Crime. March 1. 2012. P. 3-5

analisado sob o crivo do custo-benefício do empresário, considerando o que pode vir a ganhar e o que pode vir a perder.

5.3 PROPOSIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO PARA O DIREITO ANTITRUSTE

Considerando todas essas circunstâncias pretéritas, sobretudo situação financeira do Sistema Antitruste e a necessidade de mais recursos para melhorar, ampliar e aprofundar suas aplicação e efetividade e, conseqüentemente níveis de competitividade e benefícios gerados, é que se propõe a instituição e a cobrança de uma Contribuição de Intervenção Sobre o Domínio Econômico em decorrência da atuação estatal em prol do Direito Antitruste, com a finalidade de intervir sobre os comportamentos econômicos dos vários agentes, para alinhá-los aos ditames do Direito Antitruste e garantir o exercício da livre concorrência nos termos constitucionais acima postos, induzindo condutas e permitindo a atuação estatal com sua cogência característica.

Por já entender que não se pode contar com a benevolência do Governo Federal em tanto fazer o repasse como em aumentá-lo, especialmente diante dos diversos interesses que atingem a política, opta-se por propor uma fonte própria que, além de tudo, parece se adequar mais a uma série de peculiaridades a serem demonstradas a seguir.

Além disso, essa proposta vem a reforçar a autonomia e a independência, sobretudo a financeira, mas também todas as outras, pois, sem o orçamento necessário acabam por diminuir. Tem-se, assim, um rearranjo institucional com nova postura mais proativa e disseminada, aumento das atividades e alcance do Direito Antitruste e das conseqüentes atuações do CADE.

De uma forma ou de outra, reforça-se o que foi dito anteriormente, mediante o trabalho de SCHUGHART e MCCHESENEY ao narrarem o estudo feito por ROBERT TOLLISON⁴⁶⁸, é de extrema importância e de uma necessidade ímpar a viabilização

⁴⁶⁸ Ver notas 347-351

de uma ampla gama de recursos próprios para a autoridade concorrencial, para mitigar a possibilidade de sofrer influência política e restrições em suas atividades por intermédio da redução dos recursos transferidos pelos órgãos de Poder, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

Para tanto, resta saber se a presente proposta é acomodada pelo e adequada ao sistema normativo⁴⁶⁹. Primeiramente, não há qualquer óbice sob a ótica legal da sistemática financeira e orçamentária do CADE, que pode vir a receber receita afeta a sua atividade⁴⁷⁰. Veja-se, adiante, o que mais falta verificar.

5.3.1 Classe tributária, Conceito, RMIT, Características e Finalidade da CIDE: a adequação constitucional da proposta

Neste tópico, descreve-se as características gerais da CIDE para verificar a adequação e a compatibilidade constitucional da presente proposta.

Como dito anteriormente, o tributo é classificado majoritariamente em espécies mediante os critérios de vinculação, destinação e restitutibilidade⁴⁷¹. Diante disso, a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico se caracteriza como tal por representar uma espécie tributária com atuação estatal vinculada, cujo produto da arrecadação é destinado e não é restituível, como toda contribuição.

Como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO, as contribuições são exações tributárias instituídas para arrecadação de receita destinada para o custeio de uma atividade estatal específica e permanente, podendo ser classificadas em interventivas, corporativas, iluminação pública ou social, esta, por sua vez, ainda se divide em saúde, assistência ou previdência⁴⁷².

Como destaca MARINHO, a CIDE é um instrumento de tributação para promover a intervenção no domínio econômico (i) por indução de determinadas

⁴⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 796

⁴⁷⁰ Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 28. Constituem receitas próprias do Cade: IX - quaisquer outras receitas, afetas às suas atividades, não especificadas nos incisos I a VIII do caput deste artigo

⁴⁷¹ Ver notas 418-419

⁴⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 63

condutas, especialmente o desestímulo daquelas indesejadas e/ou desinteressantes, ou (ii) por meio da arrecadação para custear a atividade interventiva desses mesmos contribuintes e em prol deles, sem onerá-los demasiadamente.

Na primeira hipótese, a CIDE é o próprio instrumento promotor da intervenção, mas ainda vai ser, mediatamente, para fins arrecadatários. Já na segunda hipótese, muito embora a pretensão imediata seja arrecadar para fomentar políticas administrativas intervencionais que exigem custeio a ser suportado pela exação, mas ainda haverá efeitos indutivos mediatos⁴⁷³.

É justamente a partir de seus conceito e finalidade que se consegue compreender precisamente a CIDE e se opta por esta espécie para a atual proposta. Sabe-se que os tributos, de maneira geral, buscam a arrecadação (função fiscal) e/ou a intervenção (função extrafiscal), mas nessa espécie se tem ambas as pretensões bem nítidas e características. Há tanto o interesse em induzir comportamentos, mediante a própria ideia de intervenção que pressupõe e justifica a exação, como há o interesse arrecadatário de, pelo menos, cobrir os custos necessários à intervenção, ou, ainda proporcionar receita para fomentar as atividades intervencionistas.

Com iguais reflexão e conclusão são as colocações de GAMA, para quem a CIDE é espécie tributária (ou subespécie do gênero Contribuições), que tem como propósito custear a intervenção da União sobre o domínio econômico. Segundo o autor, a finalidade dela é elemento de seu conceito. Logo, caso não se destine a exação e o produto de sua arrecadação a instrumento de custeio da ação estatal, não se qualifica como CIDE, disso se revelam suas natureza, regime jurídico e validade⁴⁷⁴.

O referido autor destaca, ainda, a presença do princípio da referibilidade, que exige a determinação do necessário vínculo entre a materialidade, os sujeitos e a finalidade do tributo para que ele seja considerado constitucional⁴⁷⁵.

⁴⁷³ MARINHO, Rodrigo Cesar De Oliveira. Intervenção sobre o domínio econômico: a contribuição e seu perfil constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 358

⁴⁷⁴ GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de intervenção no domínio econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2003. P. 225

⁴⁷⁵ GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de intervenção no domínio econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2003. P. 159

Para tanto, é interessante enfrentar a Regra-Matriz de Incidência Tributária que, como dito anteriormente, representa o mínimo irreduzível dos elementos a partir dos quais se permitem a verificação da espécie tributária e suas características, tanto abstrata quanto concretamente, quer seja quanto ao tributo em sua compreensão teórica, quer seja sob a análise constitucional prática do tributo instituído e cobrado.

Não obstante, por pressupor uma intervenção, tanto esta quanto a própria CIDE exige uma justificação, sob o prisma da necessidade de adequação tanto da atuação estatal, quanto da exação. Por regra a justificação será, como destaca BARRETO, uma situação de falhas e desequilíbrios econômicos, distintos de atividades ilícitas, que exigem regularização dos fluxos e dinâmicas mercantis⁴⁷⁶.

Para melhor verificação da espécie constitucional em tese e a adequação da presente proposta com esse modelo, far-se-á, a seguir, o enfrentamento dos elementos e critérios presentes na RMIT, bem como as demais características essenciais da CIDE.

5.3.1.1 Critério Material

Esse critério nada mais é que a descrição de uma ação, o núcleo, é dado central da RMIT a que faz menção todos os demais critérios. Constituindo-se por um verbo e um complemento, ele vai justamente denotar uma conduta específica realizada pelo contribuinte que se relaciona com um ente tributante e será compreendido no tempo e no espaço, bem como mensurado e quantificado⁴⁷⁷.

Essas ações havidas para cada espécie tributária nada mais são do que as atividades econômicas escolhidas pelo constituinte como passíveis de sofrerem tributação e que conseguem refletir uma expressão econômica interessante e viável de ser tributada.

⁴⁷⁶ BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2011. P. 75

⁴⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 466-467

Caso fosse uma atividade sem expressão econômica alguma, não teria como dela extrair uma parcela de tributação, restando frustrada a pretensão arrecadatória⁴⁷⁸; bem como, caso não fosse interessante, não seria realizada/desempenhada pelos indivíduos. Logo, não se realizariam os fatos passíveis de exação⁴⁷⁹.

O critério material da espécie tributária Contribuições é um assunto um tanto quanto delicado. É razoável esperar e supor que o critério material da CIDE seria a intervenção estatal que lhe dá causa e lhe justifica a cobrança, inclusive diante de sua natureza de vinculação. Mas não há menos ou menor lógica em se estabelecer como critério material fato distinto da intervenção estatal.

Ora, como a intervenção recai sobre condutas e comportamentos, faz todo o sentido que a CIDE eleja como critério material exatamente um tipo de conduta e/ou comportamento sobre os quais a intervenção venha a acobertar. Portanto, se a CIDE visa a intervir sobre a prestação de serviços de telecomunicação, o critério material será justamente prestar serviços de telecomunicação; Se a CIDE visa a intervir sobre o comércio de produtos petroquímicos, o critério material será comercializar produtos petroquímicos.

Como afirma MARINHO, não há definição expressa na Constituição Federal quanto à materialidade ou à possibilidade de materialidades que as CIDE podem adotar. O que há é uma liberdade de escolhas outorgadas à União. Entretanto, tendo em vista a referibilidade e a eficácia da própria atuação interventiva, a materialidade escolhida deve ser uma que se encontre na habitualidade de ações dos agentes econômicos do segmento que irá sofrer a intervenção⁴⁸⁰.

Por isso que, por vezes, o critério material da CIDE, como apontando pelos doutrinadores acima, assemelha-se aos critérios materiais característicos dos

⁴⁷⁸ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário E Análise Econômica Do Direito: Uma Visão Crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 297

⁴⁷⁹ Note-se que a tributação recai sobre atividades lícitas (art. 3º do CTN) e que os indivíduos têm interesse em realizar, tais quais auferir renda e construir patrimônio.

⁴⁸⁰ MARINHO, Rodrigo Cesar De Oliveira. *Intervenção sobre o domínio econômico: a contribuição e seu perfil constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 360

impostos, mas que, na verdade, será justamente a descrição de uma conduta sobre as quais a intervenção a que se presta a CIDE visa a recair.

Nesse sentido é o posicionamento de PAULO DE BARROS CARVALHO que esclarece que embora a destinação de sua receita seja vinculada e seja o elemento caracterizador da contribuição, seu critério material não está adstrito a atuação estatal beneficiária da arrecadação, disso conclui que as contribuições podem assumir a feição de impostos ou de taxas⁴⁸¹.

BARRETO tem igual reflexão acerca semelhança que os critérios materiais das contribuições podem ter com os impostos ou taxas. O que vai permitir a distinção é justamente o fundamento constitucional e a destinação vinculada. Nesse primeiro quesito reside a verificação da necessidade e adequação da intervenção que se utilize para justificar a exação tributária⁴⁸².

Logo, o critério material genérico de uma CIDE será desempenhar atividade sob determinada intervenção estatal. Com base nisso, dentro de um universo de intervenções passíveis de serem realizadas pelo Direito Antitruste e sob a competência do CADE, caberia a lei escolher, bem como delinear os parâmetros de intervenção que dariam causa à exação, sem se olvidar de demonstrar e justificar, sob o crivo da necessidade e adequação, a ação intervencionista.

Nesse exercício de escolha, para a criação da CIDE a que o presente trabalho se propõe, seria interesse fazê-lo sob o crivo da necessidade e adequação da intervenção, o que poderia incluir nesse juízo a consideração acerca da complexidade das operações mercantis características a determinados segmentos, bem como aqueles setores mais propensos a serem monopolizados ou no quais sejam mais fáceis erigir um cartel ou engajar em práticas anticompetitivas.

Considerando, ainda, os níveis de competitividade e concorrência que se verifica nos segmentos postos em análise e a consequente necessidade de atuação estatal na busca de melhoria.

⁴⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 63

⁴⁸² BARRETO. Paulo Ayres. Contribuições: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2011. P. 51

5.3.1.2 Critério Espacial

Este critério descreve a circunstância de lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico, quer seja abstratamente, onde é passível de ocorrência do critério material para fins de tributação, ou, concretamente, onde se deu seu efetivo acontecimento⁴⁸³.

A CIDE, diante das peculiaridades de seu critério material, pode se dar em todo o território no qual haja a ocorrência de intervenção que lhe dá causa. Logo, é possível que seja em âmbito nacional ou regionalizada.

Na presente proposta, tudo vai depender da magnitude a que se presta a intervenção específica que o Direito Antitruste e o CADE vão eleger implementar, daí resultar-se-ão a dimensão especial da intervenção e, em consequência, o campo territorial de incidência da tributação a alcançar as atividades econômicas desenvolvidas dentre desse espaço.

A título de exemplo, caso a intervenção estatal objetive o combate de carteis na venda de combustíveis em determinada cidade ou região, será sempre adstrito e concentrado a um segmento em específico e ao território no qual se verifica a necessidade de intervir contra essa prática anticompetitiva. De igual reflexão, caso a intervenção estatal recaia sobre operações em âmbito nacional, o critério espacial da exação será, igualmente, todo o território nacional.

5.3.1.3 Critério Temporal

Este critério é a descrição e delimitação de quando é possível reconhecer, abstratamente, a ocorrência do fato descrito no critério material, bem como, concretamente, quando ele realmente aconteceu⁴⁸⁴, considerando os exercícios financeiros, a exemplo do Imposto de Renda, que utiliza a data de 31 de dezembro de

⁴⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 471

⁴⁸⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 474

cada exercício para fechar o período (ano) como um todo; ou, então, o IPTU, faz uso da data de 1º de janeiro para tributar a propriedade urbana para todo o exercício inaugurado por esse dia.

Para a espécie CIDE, seu critério temporal será um que se adeque e coaduna com o critério material escolhido, diante do fato já exposto que ela possa vir a utilizar critérios materiais de outros tributos. Para a CIDE proposta, como será exposto adiante e tomando como base outras CIDE's, o critério temporal será a data da emissão do faturamento.

Importante considerar que, diante do pressuposto inerente à espécie tributária CIDE como um todo, a intervenção sobre o domínio econômico não se presta a ser perene e eterna. Ela existe enquanto se justificar sua ocorrência. Assim, caso o objetivo da intervenção seja dado por satisfeito e não haja mais a necessidade da intervenção que lhe dá causa, a CIDE não apresenta mais razão para existir e/ou para ser cobrada.

5.3.1.4 Critério Subjetivo

Dentro do critério subjetivo da RMIT, tem-se o sujeito ativo e o passivo. O primeiro é o titular do direito de exigir o cumprimento da prestação pecuniária, enquanto que o segundo é o portador do dever jurídico de adimplir a referida prestação.

5.3.1.4.1 Sujeito ativo e competência constitucional

Muito embora a Constituição Federal disponha acerca da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para dispor sobre Direito Econômico⁴⁸⁵ e o fato de a livre concorrência ser um princípio constitucional que deve ser observado por todos os entes, a sujeição ativa da presente proposta tributária

⁴⁸⁵ CF/88, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

sempre será a União Federal, em virtude de sua competência exclusiva para criar e instituir novas formas de Contribuição de Intervenção Sobre o Domínio Econômico⁴⁸⁶.

Além disso, considerando os caracteres de vinculação a atuação estatal e o elo relacional, este a ser postos adiante, a CIDE tem como sujeição ativa o ente que desempenhar a atividade prevista no critério material.

Em sendo assim, como o CADE é uma autarquia especial de âmbito federal quem vai exercer e desempenhar as atividades previstas no critério material da RMIT é que ele se torna o sujeito ativo.

5.3.1.4.2 Sujeito passivo e correlação material

Quanto à sujeição passiva, ela sempre deverá resguardar correlação com os critérios materiais da espécie tributária, conforme expõe PAULO DE BARROS CARVALHO, para quem o dever de pagar tributo nasce com o fato jurídico tributário. Logo, dele há a exsurgir, pois, do fato jurídico tributário, instala-se a obrigação tributária que é dele decorrente. Nessa relação, por um lado figura o sujeito ativo – o titular do direito subjetivo público de exigir o cumprimento da prestação pecuniária –, noutro, o passivo – o portador do dever jurídico de adimplir a referida prestação, ou seja, o contribuinte⁴⁸⁷.

O referido autor nota que a Constituição não diz e nem aponta quem será o sujeito passivo dos tributos cuja competência legislativa outorga aos entes federados. O que a Constituição fez foi destacar o evento sobre o qual ou a partir do qual se poderá tributar, deixando ao legislador ordinário tanto estabelecer a arquitetura e a engenharia da hipótese normativa – a qual está sempre com remansosa consonância constitucional –, bem como escolher quem se sujeitará passivamente e, conseqüentemente, sofrerá o peso da tributação. Para cada atividade

⁴⁸⁶ CF/88, Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

⁴⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 629-630

econômica escolhida para compor as variadas hipóteses de RMIT, apanha-se um sujeito passivo sob o critério de participação direta e pessoal com a ocorrência objetiva nessas atividades, o qual se passa a chamar de contribuinte e se inclui na relação obrigacional no polo passivo⁴⁸⁸.

De toda sorte, a despeito de haver um aprofundamento do construtivismo lógico-semântico acerca dessa temática, no âmbito da doutrina, por hora já temos o suficiente para com o que podemos concluir que a imputação normativa é sempre relacional, como bem expressa PAULO DE BARROS CARVALHO, para quem o dever-ser recai e se atrela sempre às condutas inter-humanas. Logo, exprime sempre conceitos relacionais⁴⁸⁹.

Sem destoar, AURORA TOMAZINI destaca a relevância do vínculo e o caráter relacionais do Direito que não está apenas no consequente normativo, mas também na própria ideia de estrutura da norma jurídica, que é, na verdade, uma relação de implicação entre proposições (antecedente e consequente) operada pelo fator deôntico, que conecta os sujeitos de direito em torno de um objeto⁴⁹⁰.

Utilizando-se do pensamento de SILVEIRA a respeito da visão lógico-relacional de implicação $D(p \rightarrow q)$ ⁴⁹¹, é que PAULO DE BARROS CARVALHO e LOURIVAL VILANOVA, sob a narrativa de BRITTO, visualizam a equação que simboliza não só a existência de traços de união (R) entre pessoas (S¹ e S²) e coisas, mas também, especialmente, num fato econômico (F)⁴⁹², disposto pela expressão $D = F[S^1RS^2]$, que tanto dá origem como centralizar a relação pela junção do antecedente a um consequente por meio de um conectivo⁴⁹³.

⁴⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 630-631

⁴⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011 P. 125

⁴⁹⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013. P. 588

⁴⁹¹ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Direito Tributário E Análise Econômica Do Direito: Uma Visão Crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 297

⁴⁹² Nesse sentido, a respeito do fato, confira-se MOUSSALEM: “o que uma norma de direito positivo enuncia é que, dado um fato, seguir-se-á uma relação jurídica, entre sujeitos de direito, cabendo, a cada um, posição ativa ou passiva”. (MOUSSALEM, Tárek Moysés. A Lógica Como Técnica De Análise Do Direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coor.). Construtivismo Lógico-Semântico. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014. P. 164)

⁴⁹³ BRITTO, Lucas Galvão de. O Lugar e o Tributo. São Paulo: Noeses, 2014. P. 34-35

Como explica MARIA ÂNGELA PAULINO, toda essa equação se justifica e tem serventia para a nítida definição e o dimensionamento da relação que a norma jurídica busca constituir, posicionando os sujeitos (ativo e passivo) e as coisas em seus devidos lugares e estabelecendo o elo que une cada qual, no tempo e no espaço, mediante um vínculo intraproposicional individual e concreto que nada mais é do que o efeito jurídico do consequente da norma e resultado da causalidade jurídica mediante a aplicação da norma geral e abstrata⁴⁹⁴.

Isto, pois, como destaca a referida autora, no plano geral e abstrato, ainda na parcela do consequente, não se tem, ainda, qualquer vínculo, apenas os critérios e eventos para sua ulterior definição e quais as características que essa relação deverá apresentar. Apenas por intermédio do enunciado do consequente, já na norma individual e concreta, é que, dada a constituição, surge a relação jurídica que vincula ambos os sujeitos em torno do operador deôntico modalizado (O, V e P) ⁴⁹⁵.

Portanto, a sujeição passiva é uma relação jurídica íntima/interna, decorrente do fato econômico descrito na RMIT e que dá origem à obrigação tributária, tudo consoante com o nexos relacional, enquanto que a responsabilidade por terceiro é externa à obrigação tributária. Não se pode, assim, querer classificar alguém como sujeito passivo sem que este tenha relação participava direta e pessoal com a realização do fato econômico.

Com base nisso, a sujeição passiva da espécie tributária CIDE, em abstrato, será naqueles agentes econômicos que desempenharem as atividades do critério material e que estão, assim, sob a égide da intervenção estatal a que se prestam suas instituição e cobrança.

⁴⁹⁴ PAULINO, Maria Ângela Lopes. A Teoria Das Relações Na Compreensão Do Direito Positivo. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coor.). Construtivismo Lógico-Semântico. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014. P. 380.

⁴⁹⁵ PAULINO, Maria Ângela Lopes. A Teoria Das Relações Na Compreensão Do Direito Positivo. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coor.). Construtivismo Lógico-Semântico. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014. P. 380

A título de exemplo, a sujeição passiva tanto do FUST quanto do FUNTTEL é a pessoa jurídica prestadora do serviço de telecomunicações⁴⁹⁶.

A CIDE proposta no presente não será diferente, seu sujeito passivo será todo e qualquer agente econômico que desempenhe as atividades prescritas no critério material.

Diante da atuação transversa da intervenção estatal do Direito Antitruste e da autoridade concorrencial, como dito alhures, que não concentram seu campo de intervenção necessariamente sobre um mesmo segmento, é importante verificar que as análises, juízos e investigações, tais como monopólio e cartel, por exemplo, são sempre adstritas a um segmento.

Logo, há a concentração da atuação estatal e do CADE nesses ambientes⁴⁹⁷ a permitir a visualização da correlação material e pessoal. Assim, o caráter e a feição transversal que a autoridade concorrencial detém perante a autoridade setorial não diminui ou macula a presente proposta.

5.3.1.5 Critério Quantitativo

Este último critério da RMIT mensura e quantifica a expressão econômica que é refletida pelo fato jurídico previsto, quando em abstrato, e realizado, quando em concreto, no critério material.

A despeito disso, de ser um critério que se presta a mensurar o critério material, bastando apenas prostrar vistas ao fato econômico, a Constituição Federal

⁴⁹⁶ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 6º. IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; e Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 4º. III – contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo-se, para determinação da base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

⁴⁹⁷ Ver notas 378-379

cuidou em trazer e apresentar opções de metodologias de seu cálculo, quais sejam: alíquotas *ad valorem* sobre o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação, ou, alíquotas específicas sobre uma unidade de medida adotada⁴⁹⁸.

A título de exemplo, outras espécies de CIDE existentes são quantificadas sob o método de alíquota sobre o faturamento, veja-se o FUNTTEL, que onera em 0,5% a receita bruta das empresas do segmento⁴⁹⁹, e o FUST, 1% sobre a receita operacional bruta das empresas do setor⁵⁰⁰.

Por oportuno, recai a ideia de faturamento que, conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, significa ingresso bruto de recursos externos, decorrente da venda de mercadoria e serviços, a ser considerada uma espécie do gênero receita bruta. Esta última, ainda consoante os ensinamentos do referido autor, não é qualquer entrada financeira, mas aquela que deve integrar e alterar, definitivamente, o patrimônio de quem a auferiu⁵⁰¹.

Diante dessas circunstâncias, a presente proposta de CIDE poderia se utilizar de ambos os métodos permitidos pela Constituição Federal, mas se acredita que o cálculo sobre faturamento seja mais adequado quanto mais fácil de cobrar e administrar, à semelhança do FUNTTEL e FUST.

⁴⁹⁸ CF/88, art. 149. III - poderão ter alíquotas: a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

⁴⁹⁹ Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 4º Constituem receitas do Fundo: III – contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo-se, para determinação da base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

⁵⁰⁰ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 6º Constituem receitas do Fundo: IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

⁵⁰¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 812-818

5.3.1.6 Demais características: a vinculação da receita e da despesa

Além dos critérios da RMIT, como dito alhures, as Contribuições, inclusive a CIDE, reflete outros critérios constitucionais fundamentais, especialmente a destinação vinculada do produto de sua arrecadação, muito embora o Código Tributário Nacional tenha disposição que ponha ares de irrelevância quanto a isso⁵⁰².

A esse respeito, BARRETO destaca que, afora o fundamento constitucional de intervenção, o elemento caracterizador da CIDE é a destinação vinculada, que pode ter diferentes perspectivas, tais quais: (i) fundamento constitucional à instituição de determinadas espécies tributárias; (ii) previsão constitucional de destinação a uma dada finalidade; (iii) estipulação legal do destino do valor pago a título de tributo; e (iv) efetiva destinação verificada no plano factual⁵⁰³.

Diante disso, o referido autor entende que, por decorrência lógica, faz-se necessária a efetiva destinação, a qual, por forças das disposições constitucionais, podem, inclusive, sofrer controle a verificar o engaste entre a finalidade da exação e o destino da arrecadação⁵⁰⁴.

Para ele, caso haja desvinculação no plano constitucional – feito por intermédio das chamadas DRU's⁵⁰⁵ –, haverá supressão de garantias individuais do

⁵⁰² CTN. Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

⁵⁰³ BARRETO. Paulo Ayres. Contribuições: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2011. P. 51-52.

⁵⁰⁴ BARRETO. Paulo Ayres. Contribuições: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2011. P. 104-107.

⁵⁰⁵ O sítio eletrônico do Senado possui uma interessante síntese, veja-se: “A Desvinculação de Receitas da União (DRU) é um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. A principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado. Criada em 1994 com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE), essa desvinculação foi instituída para estabilizar a economia logo após o Plano Real. No ano 2000, o nome foi trocado para Desvinculação de Receitas da União. Na prática, permite que o governo aplique os recursos destinados a áreas como educação, saúde e previdência social em qualquer despesa considerada prioritária e na formação de superávit primário. A DRU também possibilita o manejo de recursos para o pagamento de juros da dívida pública. Prorrogada diversas vezes, a DRU está em vigor até 31 de dezembro de 2015. Em julho, o governo federal enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 87/2015, estendendo novamente o instrumento até 2023”. Notícia em <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru> acesso em 31 de maio de 2016

contribuinte, tornando-a inconstitucional⁵⁰⁶; caso haja desvinculação no plano legal ou infralegal, seja por existência de Fundo, seja pelo não envio a ele, ou, seja para despesa diversa daquela atrelada à intervenção, haverá, também, inconstitucionalidade. Por fim, o autor defende a possibilidade de se promover repetição do indébito tributário em qualquer uma dessas hipóteses, inclusive na situação de despesa feita sem correlação com a intervenção, muito embora o crédito tributário não contenha nenhum vício e já tenha sido extinto pelo pagamento⁵⁰⁷.

Em respeitosa divergência do pensando do ilustro doutrinador, para mim, na verdade, a vinculação se trata apenas da destinação para o Fundo e sua composição arrecadatória e contábil, mas a partir daí não há mais a vinculação de natureza tributária, apenas um leque de opções legais para se fazer o dispêndio, no bojo do Direito Orçamentário, característico de limites legais para se fazer despesa. O que diferente do Empréstimo Compulsório, no qual o texto constitucional é expresso quanto ao destaque para a aplicação dos recursos vinculada à despesa que fundamentou sua instituição⁵⁰⁸.

A título de exemplo, o FUST, instituído para fomentar o custeio da universalização dos serviços de telecomunicações⁵⁰⁹, incide a razão de 1% sobre a receita operacional bruta das atividades do setor de telecomunicações⁵¹⁰, pode

⁵⁰⁶ As DRU's são fortemente criticadas por modificarem e, por vezes, desvirtuarem as formas de se utilizar tais recursos, prejudicando a organização orçamentária ordinária.

⁵⁰⁷ BARRETO. Paulo Ayres. Contribuições: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2011. P. 107-116.

⁵⁰⁸ CF/88, art. 148. Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição

⁵⁰⁹ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

⁵¹⁰ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 6º Constituem receitas do Fundo: IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;

financiar a universalização de serviços de telecomunicações e sua ampliação⁵¹¹. Já o FUNTTEL, instituído para fomentar o desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações⁵¹², incide a razão de 0,5% a receita bruta das empresas do segmento⁵¹³, podendo destinar seus recursos para o interesse do setor de telecomunicações⁵¹⁴. Tudo bem que nesses casos há algum tipo de correlação da despesa para com o nicho da intervenção, mas não me parece um critério constitucional.

Aliás, veja-se o exemplo da CIDE-Combustíveis⁵¹⁵, advinda de expressão constitucional⁵¹⁶ e instituída por lei⁵¹⁷, ela reflete uma intervenção na produção, na formulação e na importação de combustíveis⁵¹⁸, mas que a própria previsão constitucional autoriza a despesa para o financiamento de programas de infraestrutura, o que não tem, a princípio, correlação direta e imediata com as atividades que dão causa à exação, nem sobre a incidência da intervenção.

⁵¹¹ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 5º Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos:

⁵¹² Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 1º É instituído o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – Funttel, de natureza contábil, com o objetivo de estimular o processo de inovação tecnológica, incentivar a capacitação de recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações, nos termos do [art. 77 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997](#).

⁵¹³ Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 4º Constituem receitas do Fundo: III – contribuição de meio por cento sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, excluindo-se, para determinação da base de cálculo, as vendas canceladas, os descontos concedidos, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

⁵¹⁴ Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 6º Os recursos do Fundo serão aplicados exclusivamente no interesse do setor de telecomunicações.

⁵¹⁵ Ressalva-se que, diante das peculiaridades setoriais e a magnitude dos valores envolvidos e arrecadados, a CIDE-Combustíveis não foi utilizada nos demais exemplos tomados pelo presente trabalho, especialmente os exemplos quantitativos.

⁵¹⁶ CF/88. Art. 177. § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

⁵¹⁷ Lei Federal nº 10.336/2001

⁵¹⁸ Lei Federal nº 10.336/2001. Art. 2º São contribuintes da Cide o produtor, o formulador e o importador (...)

De todo modo, conforme estudo de autoria de DIAS feito para o Senado Federal, verificou-se com as DRU's, muito embora recebam críticas quanto aos desvirtuamentos dessas características de desvinculação, não apresentaram prejuízos significativos a lhes denegrir irremediavelmente sua utilidade⁵¹⁹. Por isso, seja diante da leitura constitucional, a partir da qual a vinculação de despesa se adstringe apenas ao Empréstimo Compulsório, seja diante da verificação fática de inexistência de prejuízo, não se vislumbra problemas quanto às DRU's.

Independente disso, a presente proposta de CIDE se coaduna com essas características majoritariamente concebidas, quais sejam, o produto de sua arrecadação seria destinado para um Fundo, criado pela mesma lei que instituir a exação, a qual, também, irá disciplinar as formas de dispêndio, o qual, deverá ser empregado no Direito Antitruste, com vistas a promover suas ampliação e efetivação.

5.3.2 Indução de Comportamento, Neutralidade Tributária, Igualdade e Art. 146-A da Constituição Federal

Como mencionado alhures, o tributo pode ter as funções arrecadatória e extrafiscal. A primeira quer dizer a pura e simples finalidade de angariar receita decorrente. A segunda é a finalidade de intervir nas condutas sob a instrumentalidade tributária.

A doutrina majoritária, aqui ilustrada por PAULO DE BARROS CARVALHO⁵²⁰, faz a distinção de que, quando a organização jurídica de um tributo tenha por pretensão exclusiva a arrecadação e o abastecimento dos cofres públicos sem a verificação de outros interesses, quer sejam sociais, políticos ou econômicos que venham interferir nas atividades econômicas, será expressão da fiscalidade. Entretanto, quando se empregar fórmulas jurídico-tributárias que se sobrepõem ao fito puramente arrecadatório, tem-se o que se chama de função extrafiscal.

⁵¹⁹ DIAS, F.A.C. Desvinculações de receitas da União, ainda necessárias?. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Texto para Discussão nº 103. 2011. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm acesso em 02 de junho de 2016

⁵²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 227

Entretanto, o referido autor destaca que alguns tributos conseguem destacar uma função fiscal e outros uma função extrafiscal, mas que, na verdade, não exista uma entidade tributária que expresse pura e simplesmente uma dessas finalidades, pois os dois objetivos se harmonizam.

Nesse sentido, destacam-se os trabalhos de SCHOUERI⁵²¹, para quem, muito embora as espécies tributárias adotem critérios intrínsecos e extrínsecos de vinculação e destinação, quanto à indução, essas características não são suficientes; é necessário o uso da teoria das causas, a partir da qual se visualiza a tributação com a causa/justificação arrecadatória ou interventiva.

E é justamente por isso que se verifica a necessidade de coerência entre a norma tributária indutora e a atividade estatal que lhe serve de esteio, independente da espécie tributária utilizada. Assim, ao se analisar a presença dessa relação de causa no tributo, qualquer que seja sua espécie, é possível afirmar que se trata de uma norma tributária indutora, cuja feição interventiva, independente da relação de causa e justificação, não vão subverter a configuração e a natureza de sua RMIT⁵²².

Diante disso, exsurge a ideia de Neutralidade Tributária, que, de antemão, importante destacar que ela é compreendida sob duas vertentes. A primeira, que entende que os efeitos extrafiscais são indissociáveis, em consonância com SCHOUERI. E a segunda, que entende o dever de tratamento tributário isonômico. O presente trabalho e a doravante discussão adotarão a primeira compreensão acerca do instituto da Neutralidade Tributária, sob o argumento de que o tratamento tributário isonômico fica a cargo do princípio da igualdade⁵²³.

Dessa forma, a primeira compreensão, na verdade, renega a existência da neutralidade tributária, para esse posicionamento, sempre existem os efeitos

⁵²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 237

⁵²² SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 369

⁵²³ Ainda acerca dessa discussão, BOMFIM vai se filiar ao entendimento de SCHOUERI, defendendo a influência constante e perene que a tributação faz sobre os comportamentos, mas vai fazer uso da nomenclatura de princípio da neutralidade para veicular a ideia de tributação equânime, não fomentadora de desequilíbrios concorrenciais, logo um desdobramento do princípio da livre concorrência. BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 284

extrafiscais de toda e qualquer exação tributária, em diferentes níveis e magnitudes, ainda que eles não tenham sido pretendidos na instituição e na cobrança do tributo, independente de qual espécie seja.

A veiculação de vedação ao tratamento diferenciado advém do princípio da igualdade, cujo intuito é garantir uma tributação justa, o que depreende não um tratamento tributário retilineamente igual para todos os contribuintes, mas sim para aqueles que estejam em situações econômicas idênticas.⁵²⁴

Consoante a isso, relembra-se o que já fora exposto, a partir dos trabalhos de BOMFIM⁵²⁵ e TEATHER⁵²⁶. Para o primeiro autor, por vezes a atuação interventiva tributária do Estado, especialmente mediante a desoneração, pode gerar privilégios odiosos a criar uma situação de incidência e tratamento tributário diferente para contribuintes iguais, favorecendo uns e prejudicando outros, o que reflete também nos níveis de livre concorrência e competitividade. Já o segundo autor aponta a introdução de novas fatores de falhas sistêmicas a partir da intervenção estatal, como por exemplo, a criação de paraísos fiscais.

Em se tratando de discussão constitucional que envolve tributação e livre concorrência, não se pode deixar de enfrentar as disposições do art. 146-A da Constituição Federal⁵²⁷, do que se destaca o trabalho de BOMFIM, para quem, diante de condições desiguais entre competidores semelhantes, impõe-se uma equalização, sob o princípio da livre concorrência, garantidor da igualdade de condições entre agentes econômicos do mesmo setor. Essa imposição é um dever atribuído ao Estado, que pode utilizar da instrumentalidade tributária, inclusive sob os anseios extrafiscais⁵²⁸, considerando sua feição de agente garantidor da livre concorrência,

⁵²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Linguagem e Método. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011. P. 283

⁵²⁵ Ver Nota 304

⁵²⁶ Ver Notas 305-307

⁵²⁷ CF/88. Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#)

⁵²⁸ BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P.181-182

inclusive sem que seus próprios atos sejam causadores dos desequilíbrios concorrenciais⁵²⁹.

Diante disso, é que, segundo o autor, a Constituição Federal apresenta o art. 146-A, como uma regra que outorga competência e autorização para a instituição de critérios especiais de tributação, uma verdadeira união, diálogo e complementaridade entre Direito Tributário e Direito econômico⁵³⁰.

Assim, a preservação e o equilíbrio da concorrência mediante a tributação se caracteriza pela efetiva arrecadação, a qual, com eficiência, vai evitar distúrbios, desequilíbrios e falhas na competitividade, bem como vai evitar a obtenção de vantagens competitivas ilícitas pela sonegação⁵³¹.

Aprofundando-se sobre o art. 146-A, BRAZUNA o interpreta como elemento normativo que apresenta uma regra autorizativa, ou seja, de competência para o legislador estabelecer critérios especiais de tributação sobre desequilíbrios concorrenciais, essa prescrição recai sobre o comportamento do legislador⁵³². Ademais, esse mesmo dispositivo representa uma autorização constitucional para que o legislador intervenha sobre a ordem econômica mediante a instrumentalidade da tributação e seu viés indutor⁵³³.

Com vistas a combater desigualdades e imbuída pelo dever de tratamento equânime da tributação⁵³⁴, o autor defende que o art. 146-A permite o manuseio dos critérios de incidência tributária para fazê-los mais ou menos gravosos a gerar efeitos indutores que se prestem a prevenir o desequilíbrio concorrencial.

⁵²⁹ BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 186

⁵³⁰ BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 187

⁵³¹ BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 263

⁵³² BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 128

⁵³³ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 131

⁵³⁴ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P.115-118

Por fim, ao analisar a natureza das diversas espécies tributárias, o autor conclui que a CIDE é um tributo inegavelmente vocacionado para veicular uma norma tributária indutora do art. 146-A⁵³⁵.

Assim sendo, a tributação será instrumento para induzir e influir as condutas dos agentes econômicos/contribuintes, seja sob as vestes da desoneração, seja mediante a oneração, a se elevar ou reduzir as alíquotas e determinadas cargas tributárias, o Fisco vai estimular ou desestimular um universo de possibilidades de atuação do contribuinte para atraí-lo o afastá-lo de uma determinada forma de agir, buscando, sempre a harmonia e equilíbrio do mercado⁵³⁶.

A respeito de todos esses elementos postos neste tópico, como bem ensina ELALI, as normas indutoras não trazem obrigações comportamentais aos agentes, ou seja, não são diretivas. Fazem uso de atrativos vantajosos para induzir a adoção dos comportamentos que a norma pretende, os quais, via de regra, são aqueles mais desejáveis pelo ordenamento.

Dentre os quais, o referido autor destaca, ainda, que o poder econômico, conforme já profundamente exposto anteriormente, corresponde a um exercício legítimo das liberdades econômicas, sobretudo compreendendo a função social. Nesse sentido, a indução recairia para reprimir o abuso e a ilegitimidade dos exercícios dessas liberdades, bem como para tornar as condições mais favoráveis para a realização e o engajamento nos comportamentos mais harmônicos e desejáveis pelo sistema e as relações socioeconômicas nele contidas⁵³⁷, do que se destaca o exercício da livre concorrência permeada pelas função e justiça sociais defendidas em capítulo anterior.

Diante disso, vê-se que a espécie tributária CIDE pressupõe intervenção estatal, que pode se dar sob a modalidade de indução ou a combinação das várias formas intervencionistas, bem como o efeito arrecadatário. E a atual proposta de

⁵³⁵ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 185

⁵³⁶ BOMFIM, Diego. Tributação e Livre Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011 P. 89

⁵³⁷ ELALI, André de Souza Dantas. Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação Econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007. P. 174

instituição da CIDE em decorrência da intervenção estatal que o Direito Antitruste faria sobre específico setor econômico se revela em total compatibilidade e respeito a toda essa discussão.

De todo modo, a CIDE proposta pode ser instituída de modo nacional, regional ou local. Na primeira hipótese, atingiria todos os agentes econômicos de um determinado segmento. Nas segunda e terceira, todos aqueles inseridos na circunscrição delimitada. Em todos os casos, estar-se-ia introduzindo norma indutora sobre determinados comportamentos a que se buscar intervir.

Aliás, diante da natureza setorial de incidência, seja pela delimitação material, seja pela delimitação territorial, a presente proposta não apresenta maiores problemas quanto aos tratamentos diferenciados, não haveria tributação diferenciada para contribuintes iguais, muito menos estaria o Estado promovendo novas falhas sistêmicas censuráveis e nem se estaria patrocinando novos fatores de desequilíbrios.

Na presente proposta, a existência e a cobrança de uma CIDE sob o argumento de intervenção econômica em determinados e específicos setores vai transmitir a ideia de que os segmentos com falhas sistêmicas e nos quais há a disseminação de práticas anticoncorrenciais sofrerão ou poderão vir a sofrer aumento da carga tributária.

Logo, na atual proposta de CIDE, haveria tanto a veiculação de uma ideia de influência direta sobre determinadas condutas que se quer evitar ou reduzir a prática, ou sob outro prisma, estimular as práticas interessantes, quanto também a arrecadação tributária.

Além disso, a proposta veicularia uma ideia de acabar com a necessidade de intervenção que justifica a exação de modo a promover a harmonização e o ajustamento das condutas o quanto antes, na tentativa de buscar pôr fim à necessidade interventiva e, conseqüentemente, à exação e à carga tributária.

5.3.3 Aumento de receita

A presente proposta oferece uma opção para aumentar as receitas para subsidiar o Direito Antitruste, inclusive algumas atividades do CADE.

Conforme dados do Portal da Transparência⁵³⁸, a título de exemplo, as outras CIDE's permitem uma arrecadação muito expressiva. O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL). O primeiro teve uma receita de R\$ 1.784.819.454,11 (2015) e de R\$ 1.756.773.120,44 (2014), com despesas de R\$ (2015) 162.395,59 e 0,00 R\$ (2014). Já o segundo teve uma receita de R\$ 633.313.165,56 (2015) e de R\$ 590.848.516,87 (2014), com despesas de R\$ 201.252.342,98 (2015) e R\$ 177.301.438,49 (2014).

As receitas do FUST podem financiar a universalização de serviços de telecomunicações e sua ampliação⁵³⁹. Já o FUNTTEL destina seus recursos para o interesse do setor de telecomunicações⁵⁴⁰. Ambos conseguem fomentar financeiramente, em grande escala, a ampliação, a implementação e o desenvolvimento do setor de telecomunicações, tão quão se prestam a fazê-lo.

Como se percebe, a CIDE apresenta uma elevada eficiência e consegue angariar altos níveis de receita tributária, bem como oferece um leque vasto de utilização dos recursos arrecadados. Assim, não há dúvidas de que a CIDE proposta iria aumentar, em muito, as receitas destinadas ao Direito Antitruste, permitindo, por conseguinte, um dispêndio maior e a decorrente ampliação de sua aplicação e efetividade do Direito Antitruste, inclusive quanto às atividades do CADE, promovendo melhorias nos níveis de competitividade, concorrência, liberdade, democracia, justiça e igualdade.

⁵³⁸ Ver notas 407

⁵³⁹ Lei Federal nº 9.998/2000. Art. 5º Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos:

⁵⁴⁰ Lei Federal nº 10.052/2000. Art. 6º Os recursos do Fundo serão aplicados exclusivamente no interesse do setor de telecomunicações.

5.3.4 Justificativa e conformação do aumento da carga tributária e atual contexto econômico brasileiro.

Por fim, resta enfrentar a aversão que sempre vem à tona quando se defende a instituição de novo tributo e/ou o aumento da carga tributária, especialmente na atual conjuntura econômica brasileira.

Reconhece-se que, de fato, a instituição de novos tributos e/ou o aumento da carga tributária é algo que nunca é pretendido e deve, sempre, ser evitado. É sempre preferível que as eventuais mudanças no sistema tributário sejam para a redução da carga e/ou a reorganização de sua sistemática.

Esse entendimento possui uma razoabilidade incontroversa, pois o aumento da carga tributária implica no aumento dos custos transacionais e operacionais das atividades econômicas. Ademais, o aumento da carga sem o aumento da quantidade e/ou qualidade da atividade estatal representa uma redução da eficiência administrativa do Estado e nutre uma sensação negativa na sociedade. Mas isso não é o caso, pois se busca aumento da implementação das liberdades de iniciativa e concorrência e toda a série de benefícios proporcionados e advindos da efetivação do Direito Antitruste.

Como dito por RICHARD POSNER, por vezes, muito embora representem um aumento no custo de transação e/ou no custo social, determinadas intervenções estatais e o custo que elas representam são mais interessantes e/ou menores do que o custo social de uma economia com baixos níveis de livre concorrência e, consequentemente todos os malefícios decorrentes disso e já expostos anteriormente⁵⁴¹.

Portanto, a presente proposta, muito embora represente um aumento da carga tributária, é um mal necessário, tendo em vista que se presta a ampliar e efetivar o Direito Antitruste. Além disso, é um aumento tributário que visa a proporcionar benefícios amplos (economia, consumidor, competidores) futuros (curto, médio e longo prazos), tanto concretos, diante da redução dos preços, como abstratos:

⁵⁴¹ Ver notas 79-83

eficiência, competitividade, inovação, níveis de liberdade, democracia, justiça e igualdade.

Não obstante, a presente proposta se coaduna com a ideia de Justiça contributiva e distributiva. Não há transferência para o consumidor. Há quem diga que toda a carga tributária cobrada sobre prestadores de bens e serviços é repassada para seus consumidores. Contudo, quando os tributos são cobrados mediante determinadas metodologias e bases de cálculo, fica inviável ou extremamente difícil fazer esse repasse totalmente, como no caso da incidência sobre o faturamento característico da CIDE.

Ora, quanto maior for o preço final do produto ou do serviço, seja até mesmo pela inclusão total dos tributos arcados ou a serem arcados pelo agente econômico, maior será seu faturamento. Logo, maior será, também, o crédito tributário.

De qualquer forma, é temporário, em virtude da característica da CIDE, que pressupõe uma intervenção estatal, a qual, por sua vez, exige uma justificação de necessidade e adequação. Esta proposta apresenta um caráter provisório, a perdurar única e tão somente enquanto houver (1) os desequilíbrios e (2) as necessárias intervenções extraordinárias – atuação ampliada e destacada do Direito Antitruste.

Ademais, reforça-se o que foi dito anteriormente, mediante o trabalho de SCHUGHART e MCCHESENEY ao narrarem o estudo feito por ROBERT TOLLISON⁵⁴², é de extrema importância e de uma necessidade impar a viabilização de uma ampla gama de recursos próprios para a autoridade concorrencial, para mitigar a possibilidade de sofrer influência política e restrições em suas atividades por intermédio da redução dos recursos transferidos pelos órgãos de Poder, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

Sem embargo, o fortalecimento institucional, a ampliação e a efetivação do Direito Antitruste são favoráveis também ao diálogo e à complementaridade da regulação setorial com a regulação concorrencial. Quanto mais ampla e profunda for

⁵⁴² Ver notas 347-351

a atuação do Direito Antitruste mais informações ele consegue produzir e compartilhar com o Direito regulatório na prática.

Não obstante, a atual conjuntura brasileira tanto econômica quanto política de crise só reverbera a presente proposta. Vê-se uma situação que exige a ampliação e a efetivação do Direito Antitruste, sobretudo na cultura/mentalidade social, nas licitações de maneira geral e na influência que a política aplica às estruturas e instituições.

Além disso, a fragilidade de nossa economia só revela a suscetibilidade que as liberdades econômicas brasileiras se submetem a influências das mais variadas espécies, seja pelas práticas anticompetitivas, seja pelas mais variadas falhas e distorções mercadológicas.

Portanto, a atual situação política e econômica do Brasil, bem como o desagrado que uma pretensão de aumento da carga tributária causa não diminuem a presente proposta de se utilizar a intervenção estatal mediante a instrumentalidade tributária que uma CIDE em prol do Direito Antitruste proporcionaria para sua ampliação e efetivação em busca dos benefícios que gera.

6 CONCLUSÃO FINAL

No curso deste trabalho, viu-se que o nascimento e o desenvolvimento do Direito Antitruste contemporâneo no seio do sistema *Common Law* Norte Americano, com a edificação de várias escolas, movimento e pensamentos consubstanciados com as ciências econômicas e outras filosofias, cujo respaldo teórico evidencia sua importância para a promoção do desenvolvimento socioeconômico, sobretudo pela criação de um ambiente competitivo que proporciona eficiência, bem-estar ao consumidor, inovação e promover liberdade, igualdade, democracia e justiça, ao passo que combate o abuso e a arbitrariedade no exercício das liberdades individuais, como também corrupção. Disso e considerando a gênese do Direito Antitruste brasileiro, constatou-se o interesse e a necessidade de vivenciar essas benesses, do que se exige suas ampliação e efetivação, inclusive no tocante à cultura e educação, e a consequente maior exigência quanto as atividades do CADE.

O Princípio da Livre Concorrência já vem sendo enfrentado e refletido pela doutrina, cujas leitura e compreensão mais comuns são de que decorre da Livre iniciativa e serve como proteção individual contra a intervenção estatal num contexto de equilíbrio das liberdades econômicas, devendo-se refletir os valores constitucionais da justiça e bem-estar sociais.

Esses valores constitucionais verificados como balizadores, estruturantes e fundantes de todo o ordenamento jurídico levaram à busca de uma elucidação maior dessa influência na Livre Concorrência.

A partir do suporte filosófico adotado, buscando, a princípio, a compreensão do que viriam a ser justiça e função sociais. O primeiro seria a faceta ética considerando a relação do indivíduo para com a sociedade, no qual os exercícios das liberdades, incluindo-se a livre concorrência, deveriam buscar o bem comum. Enquanto que a segunda faceta seria a jurídico-cogente, na qual se instrumentaliza e autoriza a atuação estatal na busca da efetivação, da promoção e da persecução desses valores nos institutos jurídicos, inclusive da livre concorrência, que se fizer necessária pelo fracasso ou insuficiência da primeira faceta.

Em verossimilhança com o juízo da *Rule of Reason* do sistema Antitruste Norte Americano, a metodologia hermenêutica do Concretismo se revela uma ferramenta hábil e adequada para a verificação da existência desses valores no exercício das liberdades, bem como para a própria compreensão deles em abstrato.

Diante dessa compreensão de importância da intervenção estatal sobre o domínio econômico, especialmente diante do receio do rumo que as atividades econômicas poderiam tomar e buscando oferecer algumas garantias para o corpo social, como o bem comum e o combate às falhas de mercado, desde tempo idos o Estado adotou uma postura intervencionista para dar eficiência e equilíbrio e harmonizar as liberdades e as condutas.

O ordenamento jurídico pátrio confere ao Estado intervir sobre a atividade reguladora de normatização, fiscalização, fomento, indução e planejamento, com os propósitos de absorver/participar, dirigir ou induzir o domínio econômico, utilizando cada um desses fins, métodos e instrumentos conforme suas características e adequação para as mais variadas e determinadas situações.

A intervenção quanto à livre concorrência pode fazer uso das agências reguladoras, quer sejam as setoriais, quer seja a concorrencial, que irão aplicar o Direito Regulatório ou o Direito Antitruste, respectivamente. Cada um com seus procedimentos e métodos, muito embora os objetivos se assemelhem.

A experiência Norte Americana já revelou a dicotomia que há diante da existência dissociada da regulação setorial e concorrencial, produzindo doutrinas de ajustamento da relação, tal qual a *Essential Facility*, *Pervasive Power*, *State Power* e *Hoerr-Pennington*, além de se saber que cada uma delas apresenta positivities e negatividades.

A evolução da regulação setorial acabou por aumentar o risco de captura, cuja solução de contorno resulta numa elevação dos custos das operações e transações, muito embora ainda consiga apresentar especificidade técnica, alta capacidade para enfrentar questões de preço e organizar as condutas setoriais, atributos que a regulação concorrencial não consegue desenvolver, muito embora seja mais transversal, perene, versátil para a evolução das práticas e crise, tem um risco de captura muito menor.

O avanço da regulação setorial não pode encobrir a regulação concorrencial, muito embora se busca a descentralização de aplicação do Direito Antitruste, especialmente diante das fragilidades preocupantes que a regulação setorial possui.

O que se defende é a complementaridade e o diálogo entre a regulação setorial com a concorrencial para se maximizarem as positivities e se minimizarem as negatividades. Essas compreensão e aplicação combinadas permitem a promoção da democracia e das justiças econômica e social, bem como do desenvolvimento socioeconômico.

Ao fim desse trabalho, viu-se que, a partir da verificação das atividades de competência do CADE e os níveis concorrenciais, de competitividade, de liberdade e inovação do Brasil, que o Direito Antitruste precisa, definitivamente, melhorar, muito embora tenha apresentado uma série de evoluções nos últimos tempos.

A ampliação e a efetivação do Direito Antitruste significam, também, a ampliação e a efetivação das atividades do CADE, a autoridade concorrencial do Brasil, especialmente no que se refere aos níveis de *enforcement* e cultural/educativo da importância do Direito Antitruste e seus efeitos correlatos. Contudo, não se vislumbra melhoria a partir da realidade orçamentária do Direito Antitruste, sobretudo quanto ao orçamento do CADE.

Atualmente, o orçamento do CADE é composto quase que totalmente por transferências de receitas oriundas do orçamento geral da União, o que, além de não ser suficiente, ainda o põe em risco de sofrer ingerências e influências políticas indesejadas, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Executivo, seja de ambos.

Como se não bastasse o orçamento do CADE ser prejudicado e escasso, suas fontes de receita própria se dão sob a forma de taxa, mormente a prestação de serviços ou o poder de polícia, o que não satisfaz a atual pretensão, pois, diante de sua natureza, exigem provocação e devem, necessariamente, seguir a referibilidade característica de sua espécie tributária. Ou ainda, pressupõem uma atividade de fiscalização que não pode ser desempenhada a contento caso não haja receita orçamentária para fomentar a estrutura e os instrumentos fiscalizatórios.

As multas previstas pelo Direito Antitruste, por sua vez, muito embora possam alcançar patamares altíssimos, tem uma destinação que não beneficia o CADE, nem muito menos traz qualquer benefício para o Direito Antitruste. Elas vão destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. No máximo, vão servir para recomposição de danos decorrentes de prática anticompetitivas, mas, de fato, não revelam qualquer serventia.

Portanto, a sistemática orçamentária e financeira do Direito Antitruste no Brasil não proporciona suas ampliação e efetivação a obstar a percepção dos benefícios que o Direito Antitruste é capaz de proporcionar.

Diante de tudo isso, propõe-se uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para e em decorrência do Direito Antitruste, financiar a intervenção estatal no domínio econômica no tocante às questões concorrenciais, bem como induzir comportamentos para amoldá-los ao conteúdo do princípio da livre concorrência compreendidos em consonância com a função e justiça sociais.

A proposição dessa CIDE, em análise com todas as características próprias dessa espécie tributária, mostra-se em total adequação e consonância constitucionais, seja pela completa satisfação da RMIT, seja pela pressuposição de intervenção estatal, seja pela efetividade de aumento de receita e indução de comportamento, seja diante da necessidade arrecadatória para fomentar e financiar as atividades intervencionistas.

Ao fim, a presente proposta demonstra uma opção constitucional e factível de financiar a ampliação e a efetivação do Direito Antitruste de modo a possibilitar a ocorrência de todos os benefícios que possa gerar, dentre os quais, a competitividade, a eficiência e a inovação, além da melhoria nos níveis de liberdade, igualdade, democracia e justiça. Apesar do atual cenário econômico não ver com bons olhos o aumento da carga tributária, é um mal que se faz necessário, diante das benesses que se tem em contrapartida.

7 REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ou supranacional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AKERLOF, George A.; **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970).

AREEDA, Philip E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application** (2013)

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª Ed. Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Introdução: Aspectos Constitucionais**. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 29 jun. 2015

BESSEN, Stanley M.; ISRAEL, Mark A.; **The evolution of internet interconnection from hierarchy to mesh: implications for government regulation**. Information Economics and Policy 25 (2013) 235–245

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2009

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Subsídios Tributários e sua Compatibilidade com as Regras da OMC**. In: Direito Tributário. Coord. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e ALEJANDRO C. ALTAMIRANO, São Paulo: Thomson/IOB, 2005

BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. **Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento**. In: GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1ª Ed. 2ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012

BOMFIM, Diego. **Tributação e Livre Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994. **Regulamento do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 7.716, de 3 de abril de 2012. **Regulamenta o Programa Inovar-Auto**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 7.819, de 3 de outubro de 2012. **Regulamento do Programa Inovar-Auto**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 8.015, de 17 de maio de 2013. **Alteração do Regulamento do Programa Inovar-Auto**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986. **Regulamento do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Decreto nº 407, de 27 de dezembro de 1991. **Regulamento do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal 4.137/1962. **Lei de regulamentação e repressão ao abuso de poder econômico**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 10.052, de 28 de novembro 2000. **Lei de instituição do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. **Lei de Instituição da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre a importação e comercialização de petróleo**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal Nº 12.715, de 17 de setembro de 2012. **Lei instituidora do Programa Inovar-Auto**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lei de responsabilização administrativa por atos contrários à administração pública** (Lei anticorrupção). Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Normas Gerais de Direito Financeiro**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedade por Ações**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990. **Programa Nacional de Desestatização**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 8.137, 1990. **Lei de crimes econômicos**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 8.429, de 92. **Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 1993. **Lei das Licitações**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. **Lei de Prevenção e repressão as infrações contra a ordem econômica**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 2007. **Código de Trânsito Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal nº 9.998, de 17 de agosto de 2000. **Lei de instituição do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei Federal. Nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Medida Provisória nº 563, de 3 de abril de 2012. **Instituição do Programa Inovar-Auto**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

BRITTO, Lucas Galvão de. **O Lugar e o Tributo**. São Paulo: Noeses, 2014.

CANOTILHO, José Gomes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARLTON, Dennis W.; **USING ECONOMICS TO IMPROVE ANTITRUST POLICY**. 2004 Colum. Bus. L. Rev. 283 2004

_____; PICKER, Randal C.. **Antitrust and Regulation**. Working Paper 12902. <http://www.nber.org/papers/w12902>

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Linguagem e Método**. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLIN, Thomas J.. **Antitrust common law: restrictive covenants and reasonableness**. Akron Law Review. Vol 24:3. 1990-1991

CRANE, Daniel A,. **All I really need to know about antitrust I learned in 1912**. Iowa law Review. Vol. 100:2025. 2015.

_____. **Search Neutrality as an antitrust principle**. 19 Geo. Mason L. Rev. 1199. 2011-2012

DANTAS PINTO, Flávia Sousa. **Tributos, Tribunos, Tribunais e Políticas: uma análise sistêmica da participação estratégica dos tributos nas políticas públicas**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010,

DEVLIN, Alan. **Antitrust in an era of market failure**. Harvard Journal of Law and Public Policy. Vol. 33. Nº 02

DIAS, F.A.C. **Desvinculações de receitas da União, ainda necessárias?**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Texto para Discussão nº 103. (2011) Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm acesso em 02 de junho de 2016

EDLIN, Aaron; Farrel, Joseph. **Freedom to trade and the competitive process**. Working paper 16818. <http://www.nber.org/papers/w16818>.

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação Econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: MP, 2007.

FIANI, Ronaldo. **Crescimento econômico e liberdades - a economia política de Douglass North**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 11, n. 1 (18), p. 45-62, jan./jun. 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FIRST, Harry. **The Case for Antitrust Civil Penalties**. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 148. (2008). http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/148

FOER, Albert A.; **The goals of antitrust: Thoughts on consumer welfare in the US**.

MARSDEN, Philip. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. 2007.

FONTENELE E SILVA, Carolina Saboia. **Efetivação Da Política De Defesa Da Concorrência: O Exemplo Japonês**. Juris Síntese nº 78 - JUL/AGO de 2009

FOX, Eleanor M.; **Antitrust welfare - the Brodley synthesis**. 90 B.U. L. Rev. 1375 2010.

_____; HEALEY, Deborah. **When the state harms competition the role for competition law**. 79 Antitrust Law Journal No. 3. 2014.

GALA, Paulo. **A teoria institucional de Douglass North**. Revista de Economia Política, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003.

GOODMAN, Josh. **The anti-corruption and antitrust connection**. the antitrust source. April 2013. www.antitrustsource.com.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1349&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ISRAEL, Mark. **42nd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy**. Fordham Competition Law Institute. October 2nd, 2015.

KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. **Antitrust**. Working paper 12867. <http://www.nber.org/papers/w12867>.

KIMMELMAN, Gene; COOPER, Mark. **Antitrust and economic regulation - essential complementary tools to maximize consumer welfare and freedom of expression in the digital age**. Harvard Law and Policy Review. Vol. 9. July 2015

MARQUES DE CARVALHO, Vinícius; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia Das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 7 maio 2013.

MISES, Ludwig von. **As seis lições**. 7 ed. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **A Lógica Como Técnica De Análise Do Direito**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coor.). Construtivismo Lógico-Semântico. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. **Classificação dos Tributos: uma visão analítica**. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/classificacao-dos-tributos-uma-visao-analitica-por-tarek-moyses-moussalem/>> acesso em 16 de maio de 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NORTH, Douglass C.; **Institutions**. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1. (Winter, 1991).

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua efetivação**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). Tratado de Direito Constitucional 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULINO, Maria Ângela Lopes. **A Teoria Das Relações Na Compreensão Do Direito Positivo**. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coor.). Construtivismo Lógico-Semântico. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014.

PÉREZ-MOTTA, Eduardo. **Antitrust in Emerging and Developing Economies: Africa, Brazil, China, India, Mexico**. New York University. New York (USA). October 23rd, 2015.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

POSNER, Richard A.; **Antitrust in the new economy**. 68 Antitrust L.J. 925 2000-2001.

_____. **The social cost of monopoly and regulation**. Working paper nº 55. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, September 1974.

_____. **Theories of economic regulation**. Working paper nº 41. Center for economic analysis of human behavior and social institutions. National Bureau of Economic Research. Inc.. New York, May 1974

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A paralisia do antitruste**. In: GABAN, Eduardo Molan e OLIVEIRA DOMINGUES, Juliana (coord.). Estudos de direito econômico e economia de concorrência. 1^a Ed. 2^a Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2^a Ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013

SCHEUTTINGER, Robert L.; BUTLER, Eamonn F.; **Wage and Price Controls in the Ancient World**. Disponível em: <https://mises.org/library/wage-and-price-controls-ancient-world>> Acesso em 14 de julho de 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A Hermenêutica Constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHUGHART II, Willian; MCCHESENEY, Fred. **Public choice theory and antitrust policy**. Public Choice (2010) 142

SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz, 2009.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **A instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico – O papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa**. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, abr-jun, 2013, p. 123-140

_____. **A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumento de promoção do desenvolvimento – a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico**. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 41, jan-mar, 2013, p. 119-134.

_____. **O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro**. In: Revista de Direito Público Econômico: RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out-dezb, 2013, p. 182-200.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário E Análise Econômica Do Direito: Uma Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STIGLER, George J.; **The optimum enforcement of laws**. BECKER, Gary S.; LANDES, William M.; Essays in the Economics of Crime and Punishment. NBER. 1974.

TAVARES, André Ramos. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walkiria Batista dos (Org.). Curso de direito econômico brasileiro, v.2. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

TEATHER, Richard. **The benefits of tax competition**. The Institute of Economic Affairs. London, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution**. May 14th, 1787. Philadelphia.

_____. **United States Code**. 114th Congress (2015-2016).

WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D.; BARNETT, Belinda A.; **Deterrence and Detection of Cartels: Using All the Tools and Sanctions**. Department of Justice. The 26th Annual National Institute on White Collar Crime. March 1. 2012.

WILSON, Richard B.; **Antitrust policy and constitutional theory**. 46 Cornell L. Q. 505 1960-1961.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e comércio (GATT). Genebra. 1947

_____. Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e comércio (GATT). Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – SCM. 1994

8 ANEXOS

8.1 LENIÊNCIAS E EFEITOS CRIMINAIS NOS ESTADOS UNIDOS

Figure 8: Number of Criminal Cartel Cases Filed Each Fiscal Year, Broken Out by Those Assisted and Not Assisted by a Leniency Applicant

Figure 3: The Number of Corporate and Individual Leniency Applications Received by DOJ's Antitrust Division, by Fiscal Year of Application

8.2 DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL: ACORDOS DE LENIÊNCIA E PROCESSOS CORRELATOS

Acordos de leniência assinados ano a ano

Distribuição de ações, recursos e incidentes judiciais envolvendo o Cade em todo território nacional

■ Fonte: Relatórios de Gestão da PFE/Cade

8.3 ÍNDICES DE INOVAÇÃO GLOBAL

Global Innovation Index

2014 or latest available year

- Efficient innovators
- Inefficient innovators

1bn Circle size = population

8.4 QUALIDADE DE INOVAÇÃO

Innovation quality

300=maximum quality

Source: Global Innovation Index, 2015

*Average rating of top three universities †Number of patents filed per unit of GDP
‡Cited articles as % of published articles §Of 48 countries **Of 72 countries

8.5 FUNDAÇÃO HERITAGE E ÍNDICES DE LIBERDADE

OVERALL SCORE

BUSINESS FREEDOM

TRADE FREEDOM

INVESTMENT FREEDOM

FINANCIAL FREEDOM

PROPERTY RIGHTS

8.6 CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

CASO	VINCULAÇÃO	DESTINAÇÃO	RESTITUIÇÃO	TIPO
1	Sim	Sim	Sim	Incompatível
2	Sim	Sim	Não	Taxas
3	Sim	Não	Sim	Incompatível
4	Sim	Não	Não	Contribuições de melhoria
5	Não	Sim	Sim	Empréstimos compulsórios
6	Não	Sim	Não	Contribuições em geral
7	Não	Não	Sim	Vedado pela CF/88
8	Não	Não	Não	Impostos

OBS: (1) O termo “vinculado” é utilizado no sentido de a h.i. do tributo descrever notas factuais referidas à prestação de serviço público ou ao exercício do poder polícia;

(2) O vocábulo “destinado” é empregado no sentido de previsão de o produto da arrecadação ter finalidade constitucional específica;

(3) O termo “restituível” tem como significação a previsão de devolução do valor pago;

(4) O número ordinário “1°” equivale às primeiras classes coordenadas (níveis) e assim por diante.