

Ana Frazão

# Direito da Concorrência

\* \* \*

**Pressupostos e perspectivas**

2017

saraiva  jur

ISBN 978-85-472-1403-6

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

**SOMOS** | **saraiva** *jur*  
EDUCAÇÃO

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

**SAC** | 0800-0117875  
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h  
[www.editorasaraiva.com.br/contato](http://www.editorasaraiva.com.br/contato)

Frazão, Ana

Direito da concorrência : pressupostos e perspectivas /  
Ana Frazão. – São Paulo : Saraiva, 2017.

1. Direito econômico 2. Concorrência 3. Direito antitruste  
I. Título.

16-1330

CDU 346.546

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito econômico 346.546  
2. Concorrência 346.546

**Presidente** Eduardo Mufarej  
**Vice-presidente** Claudio Lensing  
**Diretora editorial** Flávia Alves Bravin

**Conselho editorial**

**Presidente** Carlos Ragazzo  
**Consultor acadêmico** Murilo Angeli Dias dos Santos

**Gerência**

**Planejamento e novos projetos** Renata Pascual Müller  
**Concursos** Roberto Navarro  
**Legislação e doutrina** Thaís de Camargo Rodrigues

**Edição** Evelíne Gonçalves Denardi  
Verônica Pivisan Reis

**Produção editorial** Ana Cristina Garcia (coord.)  
Luciana Cordeiro Shirakawa  
Clarissa Boraschi Maria (coord.)  
Guilherme H. M. Salvador  
Kelli Priscila Pinto  
Marília Cordeiro  
Mônica Landi  
Surane Vellenich  
Tatiana dos Santos Romão  
Tiago Dela Rosa

**Diagramação** Fabricando Ideias Design Gráfico  
**Revisão** Juliana Bormio de Sousa

**Comunicação e MKT** Elaine Cristina da Silva  
**Capa** Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Impressão e acabamento** Bartira

**Data de fechamento da edição: 29-3-2017**

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por  
qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora  
Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido  
na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 602666 CAE 619782

## CAPÍTULO 2

### O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO CONTEXTO DAS DISCUSSÕES SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICA

O capítulo anterior procurou mostrar que o Direito da Concorrência não pode ser considerado mero instrumento de implementação de eficiência econômica ou, menos ainda, forma de regulação cujo objetivo se restringe a assegurar a higidez do mercado. Entretanto, para melhor compreender o ponto de vista ora sustentado, é importante refletir sobre as relações entre direito, economia e política, sem o que não se pode encontrar um caminho consistente para a compreensão do Direito Antitruste na realidade.

#### 2.1. Direito da Concorrência e mercados como construções sociais, políticas e jurídicas

A experiência ocidental desde a Idade Média mostra que nunca houve um mercado espontâneo, cuja formação e funcionamento independesse de instituições sociais, políticas e jurídicas. Mesmo a *lex mercatoria* medieval, criada em um período anterior à constituição dos Estados nacionais modernos, não pode ser vista como algo exclusivamente natural e costumeiro, cujo caráter cosmopolita decorreria de sua própria natureza universal.

A afirmação de Blackstone<sup>1</sup>, segundo o qual os assuntos do comércio são regulados por sua lei própria, a chamada *lex mercatoria*, para a qual todas as nações convergem, ignora que os mercados medievais apenas existiram em razão do grande poder das corporações de mercadores, que criaram o próprio direito, garantiram o seu *enforcement* por meio dos tribunais de comércio e ainda asseguraram a exclusividade da atividade comercial apenas para os comerciantes nelas inscritos.

<sup>1</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. 4. v. Portland: Thomas B. Wait & Co. 1807. v. 1, p. 273.

Não é exagerada, portanto, a afirmação de Galgano<sup>2</sup> de que o Direito Comercial nasceu como direito criado diretamente pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, como direito imposto em nome de uma classe e não em nome da comunidade. Daí por que a *lex mercatoria* medieval foi, essencialmente, um fenômeno de poder e não o resultado da mera interação espontânea dos agentes econômicos.

Verdade seja dita que, até como uma crítica aos exageros e insucessos da ampla intervenção dos Estados nacionais sobre a economia ocorrida na Idade Moderna, a Escola Fisiocrática começou difundir, já na metade do século XVIII, a ideia de que os mercados obedecem a leis naturais e espontâneas, pensamento cuja repercussão, de certo modo, se estende até os tempos atuais. Como afirma Hirschman<sup>3</sup>, “a ideia de considerar a economia como um intrincado mecanismo ou máquina que funciona independentemente da vontade dos homens foi uma das mais importantes contribuições dos fisiocratas para o pensamento econômico”.

Posteriormente, com a obra de Adam Smith<sup>4</sup> e a mão invisível, gerou-se a crença de que os mercados são espaços espontâneos que tendem necessariamente ao equilíbrio. Assim, intervenções do direito sobre as relações econômicas seriam, como regra, indesejáveis ou mesmo ineficazes.

Apesar do significado histórico do princípio da mão invisível, que destacou a importância da interação espontânea entre os agentes econômicos como a principal estrutura de alocação de recursos e de crescimento econômico<sup>5</sup>, ele acabou eclipsando o fato de que as forças de mercado não existem de forma independente das instituições, especialmente do direito.

Por outro lado, o pressuposto de equilíbrio do mercado depende da assunção de algumas premissas, como a de que as pessoas são racionais, sabem o que querem e têm poder de barganha em suas transações. Somente sob essa perspectiva é possível defender que o resultado final da interação autointeressada entre diversos agentes será o equilíbrio pretendido.

Tal postura até poderia ser convincente na época de Smith, em contexto em que havia razoável pulverização de agentes econômicos e o grande de-

2 GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 37.

3 HIRSCHMAN, Albert O. *As paixões e os interesses*. Argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo. Tradução de Lúcia Campello. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 91.

4 SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Indianapolis: Liberty Fund, 1984. p. 184-185.

5 Cf. AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. xiv.

safio era lutar contra um Estado altamente interventor na economia. Entretanto, alterado o contexto social e político, ficou cada vez mais difícil sustentar essa visão.

Não obstante, como apontam Akerlof e Shiller<sup>6</sup>, o pensamento fundamental dos economistas até hoje emana de Adam Smith, acolhendo a premissa do equilíbrio geral dos mercados. É essa, portanto, a ideia que vem constituindo o sistema nervoso central do pensamento econômico por quase dois séculos e meio.

De fato, a teoria econômica que se formou ao longo do século XIX fazia questão de ressaltar que as leis do mercado seriam suficientes para propiciar o pleno desenvolvimento da atividade econômica. A intervenção estatal na economia seria inócua ou prejudicial, até porque as ações individuais levariam a um autoequilíbrio sustentável.

No entanto, um exame mais aprofundado do assunto mostra que, mesmo no século XIX, a intervenção estatal na economia foi maior do que normalmente se supõe, de forma que a atividade econômica não teria como prosperar se não fosse o arcabouço jurídico que lhe foi propiciado pelo Estado. A ideia de *laissez-faire* e de uma economia que se desenvolveu e progrediu sem qualquer participação relevante do Estado é completamente irreal, ou, como diria Sunstein<sup>7</sup>, uma grotesca e má descrição da realidade.

Com efeito, a simples instituição do modelo do mercado já exige uma estrutura legal coercitiva mínima, a fim de assegurar a propriedade, a vida e o cumprimento dos contratos<sup>8</sup>. Mais do que isso, como já apontava Weber, uma ordem jurídica racional é imprescindível para garantir a segurança e a previsibilidade necessárias para a atividade econômica, bem como para a distribuição regular e coordenada de bens e de serviços, dentre outras funções<sup>9</sup>.

A experiência histórica mostra, por igual, que o direito foi fundamental para a economia no século XIX, tendo o importante papel de oferecer toda a infraestrutura jurídica imprescindível para a atividade econômica. Segundo Ripert<sup>10</sup>, tanto o capitalismo dependia do direito que pediu o próprio direito

6 AKERLOF; SHILLER, op. cit., 2009. p. xiv-xv.

7 SUNSTEIN, Cass. *Markets and social justice*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 5.

8 MACPHERSON, C. B. *La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke*. Tradução de J. R. Capella. Barcelona: Editorial Fontanella, 1970. p. 79.

9 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 2. v. Brasília: Editora UnB, 2000. v. 1, p. 221-227.

10 RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: Red Livros, 2002. p. 23-32.

– o Direito Comercial –, com todos os instrumentos necessários para o desenvolvimento da atividade econômica, tais como sociedades comerciais, os títulos de crédito, dentre inúmeros outros.

Daí a acertada conclusão de Ripert<sup>11</sup> de que “não se deve crer que o capitalismo seja resolutamente hostil a qualquer direção da economia, até porque soube reclamar ele próprio a intervenção do Estado, quando a julgou útil”. Além da infraestrutura jurídica, o Estado ainda conferiu à atividade econômica uma série de incentivos, especialmente nos serviços públicos de exploração de energia elétrica, transportes, distribuição de água e gás de iluminação<sup>12</sup>, assegurando também a proteção da economia nacional contra a concorrência estrangeira<sup>13</sup>.

Em sentido semelhante, Sunstein<sup>14</sup>, a partir do exemplo norte-americano, demonstra claramente que as funções regulatórias do Estado sobre a economia se iniciaram desde os primeiros dias da nação. Mesmo a proteção da vida, da liberdade e da propriedade requeria, obviamente, uma ação governamental positiva, ainda que este não fosse o plano constitucional originário<sup>15</sup>. Porém, além destas funções protetoras clássicas, o Estado liberal norte-americano ainda criou, a partir do início do século XIX, uma burocracia para regular e estimular o desenvolvimento econômico<sup>16</sup>.

Merece um especial destaque a atuação do Estado liberal para a proteção das economias internas em relação ao comércio internacional<sup>17</sup>. Nesse sentido, Chang<sup>18</sup>, ao atacar o que chama de “mito do livre mercado e do livre comércio”, demonstra que o avanço dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha não se deveu à adoção prematura do livre mercado e do livre comércio, já que, em ambos, o governo desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento inicial do capitalismo, assim como em outros países de Europa. No caso da Inglaterra, o livre comércio somente foi instituído quando a sua supremacia industrial era inquestionável.

11 RIPERT, op. cit., p. 287.

12 RIPERT, op. cit., p. 86-87.

13 RIPERT, op. cit., p. 287.

14 SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution*. Harvard: Harvard University Press, 1993.

15 SUNSTEIN, op. cit., 1993. p. 17.

16 SUNSTEIN, op. cit., 1993. p. 17-19.

17 VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 6.

18 CHANG, Ha-Joon. *Economia: modo de usar*. Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. p. 64-66.

Diante de todas essas demonstrações, não há como se sustentar que os mercados funcionavam por si sós no século XIX. Nunca houve razão que justificasse o total menosprezo que foi dado à ordem jurídica e ao papel do direito durante o Estado liberal, período em que foi enorme a importância do direito estatal para configurar a arquitetura jurídica dos mercados, ou seja, a regulação jurídica dos instrumentos indispensáveis para a atividade econômica.

É por essa razão que autores como Polanyi<sup>19</sup> insistem no fato de que o direito é imprescindível para a própria existência dos mercados. Mesmo no século XIX, o chamado *laissez-faire* foi planejado e a liberação dos mercados requereu uma “mão ativa” da intervenção estatal. Na verdade, nunca ocorreu propriamente o *laissez-faire*, mas sim uma regulação jurídica “sob medida” em favor da classe dominante.

Nos termos da lição de Eros Grau<sup>20</sup>, “a própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal”. Não é exagerada a afirmação de Polanyi<sup>21</sup> de que “o mercado foi a consequência de uma intervenção consciente, e, às vezes, violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades econômicas”.

Tais colocações são ora trazidas para mostrar que, assim como ensina Natalino Irti<sup>22</sup>, o mercado não é um *locus naturalis* e sim um *locus artificialis*, derivando de uma técnica de direito que, em dependência com decisões políticas, confere forma à economia. É o direito que constrói a estrada e a disciplina do comércio e introduz critérios de obediência e de uniformidade, sem o que seria impossível a interação entre os agentes econômicos.

Em sentido próximo, Douglass North<sup>23</sup> igualmente alerta para o fato de que não há mercados naturais, pois as forças destes são moldadas por meio de processos políticos, leis, regulamentos e instituições. Dentro deste contexto, o papel do Estado é fundamental, pois, como afirma Stiglitz, “a questão é que nunca existiu uma grande economia bem-sucedida onde o Estado não tenha desempenhado um papel importantíssimo”<sup>24</sup>.

19 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

20 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19.

21 POLANYI, op. cit., p. 290.

22 IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Gius, Laterza & Figli, 2003. p. V.

23 NORTH, Douglass. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005; NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

24 STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand, 2013. p. 254.

Consequentemente, não há como se adotar posturas naturalísticas ou deterministas quando se verifica que mercado e regulação estatal da autonomia negocial são fenômenos indissociáveis desde a Modernidade. A regulação jurídica do mercado não só é compatível, como é imprescindível para o seu funcionamento, motivo pelo qual a grande discussão não deveria ser sobre a necessidade e a importância desta regulação, mas sim sobre *como, em que medida e para que* ela deveria existir.

Por essa razão, não se pode aceitar a ideia de que a atuação do Estado sobre os mercados é, sempre e aprioristicamente, indesejável ou ineficaz ou de que os mercados possuem uma lógica natural e espontânea. Se os mercados são construções sociais, políticas e jurídicas, obviamente precisam ser compreendidos e regulados de acordo com os valores e as preocupações que resultam dessa interação institucional.

Ainda que haja muitas controvérsias em torno do assunto, um ponto em relação ao qual existe certo consenso é o de que o Estado precisa intervir ao menos para assegurar a preservação do próprio mercado, objetivo para o qual o Direito da Concorrência tem um importante papel, ao possibilitar que exista um ambiente no qual os agentes econômicos possam entrar e permanecer em razão do seu mérito.

Daí por que a própria criação do Direito da Concorrência pode ser vista como uma demonstração da inequívoca necessidade de intervenção estatal nos mercados. Não é sem razão que, no final do século XIX, os próprios adeptos do liberalismo econômico ou do *laissez-faire* começaram a defender a existência de uma legislação antitruste. Segundo Polanyi<sup>25</sup>, houve uma verdadeira união dos liberais em favor da repressão ao abuso da liberdade de iniciativa, contexto do qual resultou o *Sherman Act*.

É interessante notar que tal diploma não era propriamente contrário ao liberalismo econômico da época, na medida em que visava exatamente a protegê-lo e a corrigir as suas distorções. Para isso, houve, entretanto, a necessidade de superar o dogma de que o mercado funcionava corretamente por si só, independentemente da intervenção estatal.

De fato, a concentração de capital e a criação da legislação antitruste apontaram para duas verdades que eram constantemente ignoradas no Estado liberal: (i) a de que o exercício absoluto e descontrolado de liberdades indivi-

25 POLANYI, op. cit., p. 180.



duais e direitos subjetivos teria consequências nefastas para a sociedade e para o Estado; e (ii) a de que, diante do poder econômico e das desigualdades entre os agentes econômicos, os mercados não poderiam funcionar adequadamente por si mesmos, dependendo de alguma institucionalização por parte do Estado, ainda que esta fosse mínima e voltada exclusivamente para a própria manutenção do livre mercado.

A constatação da necessidade da intervenção do Estado em favor dos mercados foi, segundo Polanyi<sup>26</sup>, a prova da grande contradição em que se assentava o liberalismo econômico do *laissez-faire*, o qual, embora defendesse a total ausência do Estado na economia, sempre soube recorrer ao auxílio do Estado quando havia necessidade de “salvar” o mercado. Como bem resumiu o autor<sup>27</sup>, “se as necessidades do mercado autorregulável provavam ser incompatíveis com as exigências do *laissez-faire*, o liberal econômico voltava-se contra o *laissez-faire* e preferia – como qualquer antiliberal – os métodos assim chamados coletivistas de regulamentação e restrição”.

Em face das considerações ora expostas, a tese da aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição, já delineada no capítulo anterior, longe de ser inexecutável ou ilusória, é a consequência necessária de que os mercados, por dependerem das instituições, precisam ser também avaliados e regulados no contexto destas, assim como em face da ordem econômica constitucional que lhes dá suporte.

## 2.2. Os critérios econômicos tradicionais para a regulação dos mercados: perspectivas e limitações

Esclarecido que a regulação jurídica não apenas é possível, como é pressuposto da existência dos mercados, resta discutir qual deve ser a medida e os objetivos desta, bem como os instrumentos que poderão orientar juristas, economistas e políticos na conformação dos mercados. Tal reflexão é fundamental para a aplicação do Direito da Concorrência, bem como de todas as áreas jurídicas que lidam com a regulação dos mercados.

Para enfrentar tais indagações, é importante abordar, inicialmente, o papel dos critérios econômicos, uma vez que a economia, há bastante tempo, oferece um manancial importante de metodologias e parâmetros para o fim de orientar a intervenção nos mercados.

26 POLANYI, op. cit., p. 180-183.

27 POLANYI, op. cit., p. 181.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que muitas das análises econômicas estão associadas, em sua origem, à economia neoclássica, que surgiu no final do século XIX como um contraponto à economia clássica<sup>28</sup>, em contexto no qual já se podia perceber a falácia da concorrência perfeita e do equilíbrio automático do mercado.

Apesar das diferenças, a economia neoclássica manteve a crença no *laissez-faire* e na racionalidade absoluta dos homens, os quais são vistos como maximizadores racionais de utilidades individuais, em uma perspectiva que ficou notabilizada como o paradigma do *homo oeconomicus*. A partir daí, sustentava-se que o equilíbrio de mercado, ainda que não fosse automático, pois sujeito a oscilações provisórias, poderia ser alcançado ao final das interações espontâneas entre os agentes<sup>29</sup>. Outro ponto importante era a insistência na suposta neutralidade valorativa da ciência econômica, o que permitiu a ampla utilização da matemática não apenas para a compreensão da realidade, como igualmente para a realização de projeções de futuro<sup>30</sup>.

Nesse contexto, a mesma racionalidade com que o modelo smithiano era utilizado para a análise das decisões dos capitalistas individuais foi transferida, pela economia neoclássica, para avaliar a dinâmica entre empresas e consumidores que maximizam utilidades. Daí por que a teoria neoclássica conferia uma ênfase especial à questão da eficiência alocativa, ou seja, à eficiência na alocação dos recursos econômicos escassos diante de fins alternativos<sup>31</sup>.

Entretanto, o modelo neoclássico de maximização de utilidades é estático: toma a situação dos consumidores e a das empresas como dados não questionados, não fazendo qualquer reflexão sobre os pontos de partida<sup>32</sup>. Assim, estão abstraídas da análise questões cruciais como as diferenças entre as pessoas,

28 Ver: HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 101; e VERGARA, Francisco. *Introdução aos fundamentos filosóficos do liberalismo*. Tradução de Catherine M. Mathieu. São Paulo: Nobel, 1995. p. 33.

29 Ver: MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo Editorial; Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 152.

30 Vale ressaltar que existe até mesmo a intenção de conferir à economia uma exatidão comparável à da matemática (JEVONS, W. Stanley. *A teoria da economia política*. Tradução de Cláudia Laversveiler de Moraes. São Paulo: Abril Cultural, 1983). Nesta obra, o autor (JEVONS, op. cit., p. 30) chega a afirmar que “é claro que, se a Economia deve ser, em absoluto, uma ciência, deve ser uma ciência matemática”.

31 Todo o seu problema resumia-se, pois, na “busca do estabelecimento de posições ótimas de equilíbrio, em que consumidores e produtores maximizam respectivamente a satisfação e o lucro” (FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 273)

32 Sobre o aspecto estático da análise neoclássica, ver Feijó (op. cit., p. 357).

as relações de poder e as desigualdades de riqueza<sup>33</sup>. A proposta neoclássica é de maximizar riquezas a partir de uma visão completamente abstrata dos agentes econômicos envolvidos. Daí o amplo recurso a equações matemáticas nas quais os agentes são analiticamente igualados.

Outro aspecto que merece ser destacado da metodologia é o afastamento de qualquer discussão ética ou moral, bem como a impossibilidade de comparação interpessoal de utilidades, o que torna a análise de utilidades meramente quantitativa, sem que haja qualquer reflexão valorativa sobre as utilidades que estão em discussão e sobre a relação destas com as circunstâncias específicas dos agentes.

Em razão de tantas simplificações, a teoria neoclássica permitiu a “demonstração de um tipo quase perfeito de organização social, realizável numa economia competitiva, na qual os mercados propiciam a alocação ótima e a harmonia de interesses, maximizando a consecução de objetivos individuais”<sup>34</sup>. Mais do que isso, várias das premissas das análises neoclássicas resultam em um verdadeiro determinismo econômico, já que ninguém, nem mesmo o Estado, poderia intervir eficazmente contra as leis naturais da economia<sup>35</sup>.

É com base nessas premissas neoclássicas que se começa a plasmar a ideia de bem-estar econômico<sup>36</sup>, inicialmente na obra de Walras, vindo a ser posteriormente desenvolvida por seu discípulo Pareto, já na transição entre o Estado liberal e o Estado social.

Embora tentasse se afastar da racionalidade da teoria econômica clássica, Pareto<sup>37</sup>, fortemente influenciado pelo positivismo, acabou chegando aos mesmos resultados, entendendo que as ações humanas apresentam certas uniformidades que podem ser chamadas de leis e que não pode haver exceções às leis econômicas e sociológicas, assim como não há às outras leis científicas.

33 Sobre a abstração das classes sociais e das relações de poder, ver Mészáros (op. cit., p. 153-154) e Feijó, op. cit., p. 270.

34 FEIJÓ, op. cit., p. 269.

35 Essa noção dos fenômenos econômicos como algo que independe da vontade do homem fica clara na afirmação de Menger (*Princípios de economia política*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 241) de que “o argumento da liberdade humana pode ser uma objeção contra a plena regularidade das atividades econômicas, nunca porém contra a regularidade de fenômenos totalmente independentes da vontade humana que constituem a condição para o êxito da atividade econômica humana”.

36 HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989. p. 402-409.

37 PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. v. 11.

Pareto<sup>38</sup> ainda compartilhava com a teoria neoclássica a crença na separação absoluta entre a economia e a moral, bem como na superioridade da economia sobre as demais ciências sociais.

Dessa forma, Pareto<sup>39</sup> atacava a racionalidade da teoria econômica formada no Estado liberal, mas, por outro caminho, chegava ao pressuposto essencial desta: o de que o homem guiaria suas condutas por seus interesses pessoais. Em face disso, as ideias de justiça social e de solidariedade seriam, para Pareto, uma panaceia miraculosa e inexequível<sup>40</sup>.

Partindo desses princípios, Pareto<sup>41</sup> propôs-se a elaborar uma teoria do equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos, a serem verificados em razão das utilidades que a transação econômica trazia para cada um. Destacou-se que, assim como os economistas utilitaristas, Pareto entendia que as utilidades individuais seriam heterogêneas e não poderiam ser somadas nem comparadas, até porque o autor era contrário a qualquer juízo ético e moral na economia.

Segundo Sen<sup>42</sup>, “por motivos que não estão totalmente claros, as comparações interpessoais de utilidade foram então diagnosticadas como ‘normativas’ ou ‘éticas’” e, conseqüentemente, vistas como não desejáveis na análise econômica. Daí por que o máximo que se poderia fazer para o equilíbrio social seria a proposta que viria a ser notabilizada posteriormente como o “ótimo de Pareto”, ou seja, a situação na qual não poderia haver nenhuma alteração sem a piora da situação de pelo menos uma pessoa<sup>43</sup>.

Conseqüentemente, todas as modificações que viessem a aumentar a utilidade ou o bem-estar de todos os membros da coletividade seriam recomendáveis. A partir do momento em que a melhora para uns implicasse a piora para pelo menos um, estar-se-ia no ponto ótimo de Pareto, de forma que nenhuma modificação seria aconselhável.

É fácil verificar que os resultados do “ótimo de Pareto”, em uma sociedade mais igualitária, poderiam até não ser tão desarrazoados. Contudo, em uma sociedade marcada por profundas desigualdades, tal critério é extremamente

38 PARETO, op. cit., p. 19.

39 PARETO, op. cit., p. 81.

40 Ver: DIETERLEN, Paulete. *Ensayos sobre justicia distributiva*. Ciudad de Mexico: Distribuciones Fontanamara, 1996. p. 103.

41 PARETO, op. cit., p. 142.

42 SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 46.

43 PARETO, op. cit., p. 11.

conservador e injusto, pois, em última análise, a posição dos menos favorecidos apenas pode ser melhorada quando isso não cause nenhuma piora, mesmo que pequena, na posição dos mais favorecidos. Aliás, cumpre lembrar que Pareto era completamente indiferente à questão da distribuição de riqueza, até por entender que o problema do crescimento do bem-estar das classes pobres seria mais uma questão de produção e de conservação da riqueza do que de distribuição<sup>44</sup>.

Essa a razão pela qual a obra de Pareto é, na verdade, contrária à noção de justiça distributiva, já que parte do princípio de que a situação dos mais ricos jamais poderia piorar em benefício dos mais pobres. Tal abordagem, se aplicada sem restrições ao Direito da Concorrência, justificaria incondicionalmente até mesmo os monopólios<sup>45</sup>. Não deixa de ser surpreendente que tal modelo, cuja lógica reflete a racionalidade do paradigma liberal, tenha sido vastamente utilizado ao longo do Estado social, sob o pretexto de estar maximizando o bem-estar da sociedade.

De fato, apesar de todas as debilidades do “ótimo de Pareto”, o modelo veio a ser adotado irrestritamente pela economia do bem-estar social a partir da década de 1930<sup>46</sup>, tendo influência até os dias de hoje. Isso explica por que a nova economia do bem-estar que se formou, ou *new welfare economics*, entendia não ser preciso recorrer à ética ou à comparação interpessoal de utilidades, adotando diversas alternativas para isso, tal como o princípio da compensação.

Com efeito, muitas das diversas análises econômicas propostas desde então, com o objetivo de maximização do bem-estar da sociedade, possuem em comum a abordagem utilitarista. O *welfarismo*, o *ranking* pela soma ou compensação – procurando saber se os ganhos compensam as perdas –, o consequencialismo e a escolha social têm em comum a consagração da utilidade como valor, sem que seja possível a comparação interpessoal de utilidades<sup>47</sup>.

44 Ver: ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 670.

45 No caso específico do Direito da Concorrência, Hovenkamp (op. cit., 1999. p. 74) mostra que, pelo critério de Pareto, a adoção de uma regra contra o monopólio ou contra a prática de preços fixos não seria considerada um “ótimo”, já que colocaria os monopolistas e os praticantes de preços fixos em uma situação pior do que a que estavam antes da regra.

46 FEIJÓ, op. cit., p. 280.

47 Sobre o tema, ver: SEN, op. cit., 2002. p. 55-56; SEN, Amartya. *Foundations of social choice theory: an epilogue*. In: ELSTER, Jon; HYLLELAND, Aanund (org.). *Foundations of social choice theory*. Cambridge: University Press of Cambridge, 1987. p. 214-220; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 141-143 e 287.

Os resultados socialmente desastrosos a que podem levar esses modelos podem ser observados a partir do exemplo do *ranking* pela soma. O método, embora proponha uma análise de compensação entre as perdas e os ganhos, é indiferente a quem perde e a quem ganha, de que é exemplo o critério de Kaldor-Hicks ou “Pareto potencial”. Em outras palavras, não importa se quem perde é a parcela mais pobre da população ou até que ponto essa perda é justa ou não. No caso do Direito da Concorrência, como já identificou Hovenkamp<sup>48</sup>, se determinada prática torna o monopolista mais rico na mesma proporção em que tornou os consumidores mais pobres, seria uma conduta neutra.

Ora, o critério de Pareto, apesar de todas as suas insuficiências, ainda resguardava as partes menos favorecidas contra eventuais perdas, ainda que elas não viessem a se beneficiar das transações econômicas. Com o critério de Kaldor-Hicks, a suposta maximização do bem-estar social passou a ser alcançada mesmo à custa dos menos favorecidos, desde que existisse a possibilidade, em tese, da compensação do prejuízo.

É interessante notar que o critério de Kaldor-Hicks exerce uma grande influência sobre a análise econômica do direito. O modelo é utilizado, por exemplo, por Posner<sup>49</sup>, para quem a maximização da riqueza ou eficiência é obtida quando os bens e recursos estão nas mãos daqueles que estariam dispostos a pagar para possuí-los, de forma que haverá eficiência e maximização do bem-estar social quando os ganhadores puderem compensar os perdedores, ainda que não venham a fazê-lo<sup>50</sup>.

Daí a pertinente crítica de Sen<sup>51</sup>, ao salientar que “entre os perdedores poderiam incluir-se as pessoas menos favorecidas e mais miseráveis da sociedade, e não é nenhum consolo para elas ouvir que é possível compensá-las plenamente mas (‘Deus do céu!’) não há nenhum plano para fazê-lo”.

Não é sem razão que o próprio Posner<sup>52</sup> admite que a eficiência e a utilidade possuem limitações como critérios éticos para as decisões sociais, bem

48 O próprio Hovenkamp (op. cit., 1999, p. 75) advertiu para essa insuficiência do critério da “potencial eficiência de Pareto”, já que ele o é indiferente à forma como os recursos são distribuídos na sociedade. Assim, se determinada prática torna o monopolista mais rico na mesma proporção em que tornou os consumidores mais pobres, seria uma conduta neutra se aplicado o referido critério.

49 POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law & Business, 1998. p. 13.

50 POSNER, op. cit., p. 13-15.

51 SEN, op. cit., 2002, p. 49, nota n. 4.

52 POSNER, op. cit., p. 13-15.

como que a economia não responde a questões sobre se uma distribuição é boa ou má, justa ou injusta, social ou eticamente desejável, limitando-se a questões de eficiência no sentido técnico estrito.

Ora, se as análises econômicas não tratam dessas questões, o direito necessariamente tem de tratar. Por essa razão, por mais que os critérios econômicos possam ter importante utilização na dimensão pragmática e consequencialista do discurso jurídico, não podem ser considerados os únicos parâmetros quando se trata da regulação dos mercados. De alguma maneira precisam ser combinados com os critérios jurídicos, baseados nas regras e nos princípios.

É importante destacar que a existência ou não de direitos fundamentais ou de princípios jurídicos sempre foi desconsiderada pelos modelos neoclássicos de análise econômica, assim como é normalmente ignorada em vários modelos econômicos. Aliás, não é demais lembrar a advertência de Sen<sup>53</sup> de que o direito é um conceito até presente na economia, mas que, em razão da tradição utilitarista, acaba sendo visto como instrumento para obtenção de bens e utilidades e não como algo que possui valor intrínseco.

Tais limitações estão presentes, por exemplo, em outro importante critério econômico, o dos custos de transação de Coase<sup>54</sup>, por meio dos quais se tem um parâmetro para avaliar o impacto global das modificações das relações de mercado. Entretanto, a metodologia normalmente indica se houve aumento ou redução dos custos de transação, sem indicar solução para o mérito da escolha quando não houver variação significativa entre os custos das alternativas envolvidas. Mesmo quando existem diferenças consideráveis entre as alternativas, a grande questão é saber se uma decisão do mercado pode ser baseada tão somente na redução de custos de transação, sem levar em consideração os direitos e os princípios envolvidos.

Por outro lado, como aponta Thaler<sup>55</sup>, a teoria dos custos de transação se baseia fortemente no *homo oeconomicus*, motivo pelo qual também apresenta uma série de deficiências para explicar comportamentos de pessoas que agem movidas por outros propósitos, como a justiça, mesmo que a seu próprio custo.

53 SEN, op. cit., 2000. p. 65.

54 COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. v. 3, p. 1-44, out. 1966. p. 8.

55 THALER, Richard. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. p. 268.

Dessa maneira, é importante entender que os critérios econômicos precisam ser submetidos a um escrutínio mais cuidadoso, pois não podem ser associados aprioristicamente nem mesmo com o bem-estar do consumidor. Na verdade, para muitas das análises econômicas, o que se chama “bem-estar do consumidor” é uma ficção estabelecida por critérios de utilidade, refratária a qualquer ideia de justiça social, completamente alheia aos direitos dos agentes econômicos e a quaisquer propósitos que ultrapassem às prestações de índole econômica.

A pretexto da maximização de bem-estar social, as análises econômicas muitas vezes estiveram, e ainda estão, muito mais engajadas com a manutenção dos postulados neoclássicos do que com a efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente os da livre concorrência, da função social da empresa ou da justiça social.

Tais constatações já mostram que os critérios econômicos apenas podem oferecer subsídios instrumentais para a aplicação do direito, já que são normalmente indiferentes aos direitos subjetivos e aos princípios jurídicos. Estes, por sua vez, não podem ser interpretados e aplicados tão somente a partir de metodologias de maximização de utilidades e de análises de custo-benefício, mas sim por meio de alternativas que possam dar cumprimento aos valores neles contidos.

É por essa razão que, como visto no Capítulo 1, os critérios econômicos tradicionais, normalmente de origem neoclássica, não podem ser considerados, isoladamente, as únicas diretrizes a orientar a aplicação da legislação antitruste ou de qualquer outra forma de regulação jurídica dos mercados.

### **2.3. A tentativa de mascarar a complexidade dos mercados e demonizar o papel do Estado: principais reflexos sobre o Direito da Concorrência**

Especialmente a partir da década de 80, a expansão das ideias neoliberais acabou trazendo novamente a discussão sobre mercados independentes do Estado e do direito, ainda que sob outras roupagens. Muitas vezes já se reconhecendo a imprescindibilidade da regulação jurídica dos mercados, passou-se a propor que esta fosse a mais reduzida possível, diante da ineficácia ou dos efeitos desastrosos das políticas intervencionistas praticadas pelo Estado.

Não obstante, embora não tenha conseguido nenhuma revitalização econômica do capitalismo e ainda tenha gerado enormes desigualdades sociais, o neoliberalismo alcançou, do ponto de vista político e ideológico, um êxito que



talvez nem os seus idealistas esperavam: a ideia hegemônica de que não há alternativa às suas normas<sup>56</sup>.

Para isso, foi amplamente utilizado o argumento da ineficácia da intervenção estatal na economia, que é falso mesmo quando visto sob o aspecto da regulação direta<sup>57</sup>, além de ignorar a óbvia realidade da dependência da economia em relação ao direito.

Não se quer, com isso, sustentar que todas as intervenções estatais na economia sejam eficazes, mas apenas mostrar que a hipótese contrária também não é verdadeira, até porque seria inviável imaginar o desenvolvimento da atividade econômica sem a infraestrutura que lhe é proporcionada pelo direito. Mais do que isso, a dependência da economia em relação ao Estado é manifesta em diversas áreas, assim como os governos não só podem, como têm realizado, em muitos casos, uma intervenção na economia idônea para corrigir as falhas do mercado e assegurar a justiça social<sup>58</sup>.

Mas tais realidades, muitas das quais já eram evidentes desde o Estado liberal, foram obscurecidas pela nova onda de determinismo econômico, que continua insistindo nas mesmas premissas neoclássicas segundo as quais o mercado é formado por leis naturais e incontroláveis, conclusões que seriam tão óbvias que prescindiriam de prova.

É fácil entender por que, em tal contexto, diversas afirmações ideológicas passam a adquirir *status* de verdade científica<sup>59</sup>. Dentre essas “verdades científicas”, podem ser citados o ressurgimento da mão invisível smithiana<sup>60</sup>, o dogma de que o crescimento econômico é mais importante do que a distribui-

56 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 9-23. Mészáros (op. cit., p. 40) lembra que “Margareth Thatcher ganhou o apelido de TINA – a sigla de There is No Alternative (“não há alternativa”) – por negar com monótona regularidade a possibilidade de alternativas”.

57 Cass Sunstein (op. cit., 1993, p. 1-3) alerta para o grave erro de se considerar que a regulação econômica e social normalmente apresenta efeitos negativos, pois esta, além das diversas justificativas teóricas que possui, foi bem sucedida em diversos aspectos, tais como a coordenação de determinadas ações individuais, a facilitação das escolhas privadas, a proteção de diversos interesses coletivos, o fomento da produtividade econômica e o auxílio aos desamparados.

58 STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York: W. W. Norton & Company, 2002. p. 218.

59 SALOMÃO FILHO, op. cit., 2001. p. 72.

60 De acordo com Stiglitz (op. cit., 2002. p. 74), as políticas do neoliberalismo estão baseadas ainda no modelo de equilíbrio competitivo no qual funcionaria a mão invisível de Smith, o que é inaceitável especialmente em relação a países em desenvolvimento.

ção de riqueza<sup>61</sup>, o valor absoluto da eficiência<sup>62</sup> e a ideia de que os indicadores econômicos refletem efetivamente o progresso econômico, independentemente da qualidade de vida das pessoas<sup>63</sup>.

Houve, portanto, um retorno aos pressupostos de que a economia é o centro de integração da sociedade, com o agravante de terem sido criadas condições mais propícias para a especulação financeira do que para o investimento<sup>64</sup>. Nessa visão, o direito e a política passam a ter um papel secundário, em total desconsideração ao fato de que mesmo a liberalização dos mercados envolve um aparato estatal considerável para a sua manutenção.

Para isso, como já se viu, duas ideias ganharam força. A primeira delas é a de que a atuação do Estado sobre a economia é desastrosa e, portanto, deve ser limitada ou evitada. Nada ilustra mais esse ponto de vista do que a famosa frase de Ronald Reagan no seu discurso de posse: “in this present crisis, government is not the solution to our problem; government is the problem”<sup>65</sup>.

A segunda ideia, robustecida pelo avanço das análises econômicas e pela introdução de modelos sofisticados, muitos deles baseados na econometria, é a de que a economia é uma ciência de leis naturais e observáveis, o que possibilitaria um amplo e confiável espectro de utilização de metodologias para avaliações, previsões e prognoses.

Tal contexto explica o poder de sedução da Escola de Chicago em reduzir drasticamente o escopo do antitruste. De acordo com seus pressupostos, não seria nem mesmo fácil abusar do poder econômico, já que o mercado teria mecanismos naturais para evitar que isso ocorresse. Não havendo barreiras à entrada, até mesmo monopólios e grandes concentrações seriam possíveis, assim como não haveria racionalidade para práticas como os preços predatórios.

61 Stiglitz (op. cit., 2002, p. 79) destaca que grandes economistas sustentam isso, dentre os quais dois ganhadores do Prêmio Nobel de Economia: Arthur Lewis e Simon Kuznets.

62 Ver: SALOMÃO FILHO, op. cit., 2001, p. 109.

63 Amartya Sen (op. cit., 2000, p. 17) mostra as limitações dos dados econômicos, já que o desenvolvimento econômico, normalmente medido pelo crescimento do PIB ou das rendas individuais, a industrialização, o progresso tecnológico, apesar de serem importantes, são apenas um meio para a expansão das liberdades dos indivíduos, projeto para o qual dependem várias outras circunstâncias, como os direitos civis e disposições sociais e econômicas (saúde, educação, por exemplo). Ao se concentrar apenas em índices, a economia deixa de se preocupar com a avaliação das oportunidades que as pessoas têm para levar uma vida boa.

64 ANDERSON, op. cit., p. 16.

65 Frase proferida pelo presidente Ronald Reagan, em 1981, em seu discurso de posse. Tradução livre: “Na presente crise, o governo não é a solução para nosso problema; o governo é o problema”.

Todas essas premissas legitimam o discurso *in dubio pro mercato*, tendo como consequência a ideia de que a intervenção antitruste deveria ser excepcional, cabendo à autoridade o dever de provar a sua necessidade e adequação mesmo diante de situações claras de grande concentração de poder econômico. Nesse contexto, como bem aponta Stiglitz<sup>66</sup>, passa a haver incentivos para a redução da competitividade dos mercados, bem como para a inexistência de leis concorrenciais duras ou ao menos para a aplicação mais amena destas.

Nada ilustra mais essa confiança excessiva nos mercados do que a *Efficient Markets Hypothesis* (EMH), formulada por Fama em 1965 (Universidade de Chicago), sob a premissa de que os mercados refletem todas as informações disponíveis para os agentes<sup>67</sup>.

A compreensão de Eugene Fama parte do pressuposto de que os atores do mercado concordam sobre as implicações da informação disponível tanto sobre os preços quanto sobre a probabilidade de distribuição dos preços no futuro, produzindo um alto grau de confiabilidade sobre os sinais demonstrados pelo mercado para evidenciar as oportunidades de alocação ótima de recursos. A eficiência dos mercados é definida, nesse sentido, pela confiabilidade da relação entre os preços e a informação sobre o mercado, o que em grande medida pode decorrer de dados que provenham de uma análise geral do ambiente mercadológico, como é o caso das previsões de retorno de determinados investimentos<sup>68</sup>. A eficiência, mais uma vez, só pode ser pensada na medida em que o mercado é definido como um grande número de maximizadores racionais de lucros com acesso a todas as informações relevantes e que estão em competição ativa entre si.

As premissas de racionalidade e de estabilidade dos mercados reforçam a ideia de previsibilidade dos acontecimentos, bem como do amplo e confiável controle e cálculo de risco. Não é sem razão o crescente protagonismo da chamada "engenharia financeira". Ocorre que, para atingir seus objetivos, as técnicas empregadas, apesar de novas, continuam a se utilizar de premissas antigas, tais como: (i) investidores racionais e independentes; e (ii) mercados livres, justos, estáveis e refletindo corretamente valor e risco. Isso explica, in-

66 STIGLITZ, op. cit., 2002.

67 FAMA, Eugene F. Efficient capital markets: a review of theory and empirical work. *Journal of Finance*. v. 25, n. 2, p. 383-41, maio 1970. p. 383-384.

68 FAMA, Eugene F.; MILLER, Merton H. *The theory of finance*. Hinsdale: Dryden Press, 1971. p. 335-340.

clusive, por que boa parte das negociações hoje é realizada por algoritmos de negociação informatizados.

Apesar da crescente sofisticação dos modelos econômicos, é preciso advertir que normalmente partem de premissas reducionistas ou questionáveis. Não é sem razão o comentário de Gianetti<sup>69</sup> de que “a engenharia econômica baseia-se em hipóteses comportamentais altamente simplificadas e padronizadas, sobre as quais são construídos modelos formais sofisticados”. Por essa razão, Dani Rodrik<sup>70</sup> mostra como os modelos econômicos são muitas vezes mal utilizados e como mesmo a econometria, em razão da sua possibilidade de apoiar qualquer categoria de argumentos, dificilmente pode sobreviver a um escrutínio mais acurado.

O mesmo pode ser dito de vários dos atuais modelos preditivos, pois, como mostram os estudos recentes de Philip Tetlock e Dan Gardner<sup>71</sup>, especialistas em economia e política costumam errar, em média, 85% de suas previsões de longo prazo. Daí a necessidade de focar em análises de menor prazo, bem como de estimular, por parte dos pesquisadores, uma postura mais cética, eclética e baseada na coleta uma grande quantidade de informações.

Por mais que tenha havido notável avanço no campo das análises econômicas, elas jamais poderão, isoladamente, entender o presente ou transformar o futuro sem considerar outros importantes fatores, como a natureza humana – bem distinta do *homo oeconomicus*, como se verá adiante – e as variáveis institucionais. Mais complicado ainda é imaginar que o direito deve se render por completo aos pressupostos epistemológicos da economia, tal como consta da precisa observação de Stiglitz<sup>72</sup>:

Um programa massivo para educar pessoas e juízes em *Law & Economics* foi em parte patrocinado por fundações de direito, como a Olin. O *timing* foi irônico: Os tribunais americanos deixaram-se levar pela noção dos mercados naturalmente competitivos e colocavam o ônus da prova sobre quem afirmasse o contrário exatamente no momento em que a economia explorava teorias que explicavam por que razão os mercados não costumavam ser competitivos,

69 GIANNETTI, Eduardo. *Vícios privados benefícios públicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 58.

70 RODRIK, Dani. *Economics rules: the rights and wrongs of the dismal science*. New York: W. W. Norton & Company, 2015.

71 TETLOCK, Philip; GARDNER, Dan. *Superforecasting: the art and science of prediction*. New York: Crown, 2015.

72 STIGLITZ, op. cit., 2013. p. 107.

mesmo quando parecia haver muitas empresas a operar. Por exemplo, um novo e poderoso ramo econômico, conhecido por teoria dos jogos, explicava o modo como um comportamento conspiratório pode ser mantido tacitamente por longos períodos de tempo. Entretanto, as novas teorias da informação imperfeita e assimétrica mostraram como as imperfeições de informação prejudicavam a concorrência, e novas provas substanciaram a relevância e a importância dessas teorias.

Obviamente, não se pretende aqui questionar a importância da utilização de critérios e metodologias econômicas no exame dos mercados ou na análise antitruste. Apenas se quer alertar para o fato de que a economia, sozinha, não é capaz de oferecer critérios isolados para endereçar as questões mais complexas sobre a formação dos mercados, dentre as quais se incluem aquelas tratadas pelo Direito da Concorrência.

As análises econômicas e os critérios econômicos têm importante papel na dimensão pragmática do discurso jurídico, podendo oferecer interessantes cenários e mapeamento das consequências de determinadas práticas. Entretanto, a metodologia econômica precisa ser combinada com as outras dimensões fundamentais do discurso jurídico, notadamente a finalística e a principiológica, que insistem nos objetivos sociais e econômicos da regulação jurídica, bem como na sua conexão com os direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Mesmo a proposta de aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição não nega a importância do consequencialismo, desde que se tenha presente que é a ordem constitucional o maior vetor de direcionamento da intervenção estatal nos mercados, bem como de interpretação e aplicação do direito. Por isso, o discurso econômico-pragmático deve se conciliar com o discurso constitucional-principiológico, pois somente assim se poderá ter uma regulação adequada e eficaz dos mercados.

Para isso, é igualmente crucial aceitar que os modelos econômicos têm limitações e não podem ser considerados como metodologias perfeitas que levam sempre a resultados verdadeiros. Como não há método que assegure a verdade absoluta, instrumentos e metodologias precisam passar por constante crítica e readaptação.

Se dúvida havia em relação à confiança excessiva no equilíbrio de mercado e nos modelos preditivos que acolhiam tal premissa, a crise de 2008 mostrou que há necessidade de se buscar novos caminhos para analisar as complexas interações entre economia e direito. Por mais que a crise do sistema financeiro

tenha sido uma mola propulsora desse tipo de reflexão, o cenário concorrencial também é desafiador.

Não é sem razão que a obra de Minsky<sup>73</sup> tem sido redescoberta para mostrar que a metodologia do equilíbrio da economia é irrelevante em uma economia real com ativos cada vez mais complexos e sobrevalorizados. Logo, ao contrário de equilíbrio, o que pode haver são períodos de tranquilidade, os quais guardam em si a contradição de que a estabilidade é desestabilizadora, na medida em que encoraja mais risco e inovação.

Daí a importância do desenvolvimento de instituições capazes de controlar os mercados, já que os sistemas econômicos não são naturais, mas sim organizações sociais criadas artificialmente, seja por meio da legislação, seja por meio de um processo evolutivo de inovação<sup>74</sup>. Em um mundo cuja dinâmica interna tem a instabilidade como fator intrínseco, somente se pode inserir algo semelhante à estabilidade a partir da intervenção externa do Estado. Para conter os males do sistema de livre mercado, há necessidade de instituições e autoridades que funcionem como uma espécie de “disjuntor”, interrompendo a incoerência dos processos econômicos e impondo novas condições para a renovação da economia<sup>75</sup>.

Da mesma maneira, no cenário concorrencial, o Estado precisa encontrar mecanismos para controlar o poder econômico e possibilitar a competição pelo mérito, bem como para que o Direito da Concorrência atinja os seus nobres objetivos.

Conclui-se, pois, que, na regulação jurídica dos mercados, não se pode pretender obter uma falsa segurança à custa de simplificações inaceitáveis e incompatíveis com a ordem econômica constitucional; pelo contrário, exigem-se, dos práticos e teóricos que se dedicam ao trabalho, atitude de grande humildade, disposição para lidar com a complexidade, pluralismo metodológico e forte espírito crítico.

#### **2.4. Recentes perspectivas para a análise das relações entre economia e direito**

Principalmente após a crise de 2008, foram muitos os acontecimentos que indicaram a necessidade de uma reconfiguração, do ponto de vista das políticas públicas, da relação entre direito e economia. Deste episódio, surgiu uma

73 MINSKY, Hyman. *Stabilizing an unstable economy*. New York: McGraw Hill, 2008.

74 MINSKY, op. cit., p. 7-8.

75 MINSKY, op. cit., p. xviii.

crítica geral a alguns pressupostos considerados dominantes no pensamento econômico, dentre os quais (i) a racionalidade do *homo oeconomicus*; (ii) a estabilidade natural dos mercados; e (iii) o controle preditivo que metodologias econômicas podem ter sobre eventos futuros, especialmente a longo prazo.

Intensificou-se, pois, a preocupação com a importância das instituições sobre a conformação dos mercados e a crítica à racionalidade do *homo oeconomicus*, resgatando-se a lição de grandes sociólogos, como Weber<sup>76</sup> e Veblen<sup>77</sup>, que já haviam rechaçado esse pressuposto. Mais recentemente, como mostra Amartya Sen<sup>78</sup>, a crítica da economia moderna a tal modelo de racionalidade já é expressiva.

Obviamente, tal constatação não implica considerar que o homem somente aja de forma altruísta; apenas ressalta que a ação com outro fim que não seja a maximização de utilidade pessoal não pode ser considerada irracional, especialmente quando motivada por valores e pela ética<sup>79</sup>. Daí a conclusão de Amartya Sen<sup>80</sup> de que “o egoísmo universal como uma realidade pode muito bem ser falso, mas o egoísmo universal como um requisito de racionalidade é patentemente um absurdo”.

Nem o homem somente age racionalmente nem se pode dizer que age racionalmente apenas quando atende ao seu autointeresse<sup>81</sup>, até mesmo em razão do evidente papel das instituições e da sociedade em motivar as suas ações<sup>82</sup>. Aliás, hoje a economia comportamental tem mostrado que os seres humanos são muito diversos do modelo do *homo oeconomicus*, de modo que, como conclui Kahnemann<sup>83</sup>, não são bem descritos pelo modelo de agente racional. Não é sem razão a enxurrada de críticas a que foi submetido o mo-

76 Weber (op. cit., 2000. v. 1, p. 15) mostra que a ação humana pode ser (i) racional referente a fins, (ii) racional referente a valores, que independem do resultado, (iii) afetiva ou (iv) tradicional por costume arraigado.

77 VEBLEN, Thorstein. *The theory of the leisure class: an economic study of institutions*. Londres: Unwin, 1970.

78 SEN, op. cit., 2002. p. 27.

79 Amartya Sen (op. cit., 2002. p. 31) mostra a sua perplexidade diante do fato de a racionalidade econômica excluir completamente a ação motivada por razões éticas.

80 SEN, op. cit., 2002. p. 32.

81 Poucos autores dedicaram-se às insuficiências da racionalidade do *homo oeconomicus* como Jon Elster (op. cit., 1994).

82 Segundo Unger (*Democracia realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 193), “as instituições sociais moldam a experiência moral. Elas encorajam alguns modos de vida e desencorajam outros”.

83 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 514.

delo do *homo oeconomicus*, especialmente no que se refere às frágeis bases empíricas sobre as quais se assenta, que, aliás, nunca foram comprovadas<sup>84</sup>.

Por outro lado, a pretensão da teoria neoclássica de retratar os postulados econômicos como se fossem leis naturais, a partir de uma perspectiva que se diria neutra e não valorativa, não resiste às concepções modernas de ciência. Nesse sentido, é imperiosa a referência a Karl Popper<sup>85</sup>, que bem demonstra a falibilidade da ciência e a inexistência de verdades absolutas. O conhecimento não deixa de ser uma conjectura, que sempre estará sujeita à crítica.

Convém lembrar que não existem neutralidade e objetividade absolutas, pois o conhecimento é sempre contextualizado. Não há como se pretender estabelecer leis absolutas para as ciências sociais, porque os seus fenômenos são histórica e culturalmente determinados e a natureza humana é subjetiva. Se a objetividade é questionada na atualidade até mesmo em relação às ciências naturais, é certo que não tem espaço, com muito mais razão, nas ciências sociais.

Não se quer, com isso, sugerir que a economia deixe de se concentrar no seu objeto específico e passe a abarcar a totalidade do fenômeno humano. A ciência não deixa de ser uma redução de complexidade e por isso é sempre simplificadora. O problema é não ter consciência dessa precariedade, pretendendo atribuir ao frágil modelo do *homo oeconomicus* – e as análises daí decorrentes – a solução para todos os problemas não apenas no âmbito da economia, o que já seria preocupante, mas também em relação a outras ciências sociais e ao direito.

Tal discussão poderia até ser instigante no século XIX, em razão do positivismo e da crença de que até os assuntos humanos estavam sujeitos a leis causais tais como os fenômenos naturais. Mas sustentar tal argumento na atualidade mostra-se cada vez mais temerário, até mesmo em razão das diversas evidências empíricas em sentido contrário.

Comprovado que os agentes econômicos estão sujeitos a fatores psicológicos que não podem ser captados pelo critério do *homo oeconomicus*, abre-se um espaço importante para a intervenção estatal. Akerlof e Shiller<sup>86</sup>, por exem-

84 Adverte Habermas (*Facticidad y validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Trota S/A, 2001, p. 412) que as evidências empíricas mostram exatamente o contrário, ou seja, a insuficiência deste modelo de racionalidade para explicar as ações humanas. Essa questão é igualmente abordada por Sen (op. cit., 2002, p. 34).

85 POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo*. Tradução de Carlos Solís Santos. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

86 AKERLOF; SHILLER, op. cit., 2009, p. xiv.



plo, mostram a necessidade da atuação estatal nos mercados para evitar que o espírito animal (*animal spirits*) dos agentes econômicos possa transformá-los em um palco de selvageria. Daí sustentarem que o poder público deve atuar nos ciclos de otimismo e pessimismo sobre a economia no intuito de reparar os danos decorrentes dos excessos do mercado.

As disfunções percebidas após a crise de 2008 confirmam o fato de que a ideia de mercados livres pode possibilitar práticas iníquas e malignas, até porque as pessoas nem sempre sabem o que é bom para elas e nem sempre escolhem o que realmente querem, motivo pelo qual decisões disfuncionais são comuns. Eis o lado preocupante da mão invisível: quando os mercados são completamente livres, não há apenas liberdade de escolha, mas também liberdade de fraude (*phishing*), cabendo ao governo corrigir tais disfunções<sup>87</sup>.

Em sentido próximo, Richard Thaler<sup>88</sup> mostra que os modelos econômicos tradicionais precisam ser vistos com cautela, porque as premissas de que partem – incluindo a do *homo oeconomicus* – são manifestamente irrealistas. Assim, a suposta segurança que decorre dos modelos econômicos é obtida à custa de uma simplificação tão exagerada que a descola do mundo real. A grande ironia é que foi a partir da existência de modelos formais, baseados em compreensões equivocadas do comportamento humano, que a economia obteve sua reputação como ramo mais poderoso das ciências sociais.

Um dos ataques mais contundentes à racionalidade econômica tradicional e aos modelos daí decorrentes foi feito pela economia comportamental, que simplesmente reduziu a cinzas a ideia de *homo oeconomicus*, mostrando como a ação humana é mais complexa e sujeita a inúmeras limitações de racionalidade, vieses e sugestionamentos. A oposição da nova abordagem em relação à tradicional é tão grande que Kahnemann utiliza a terminologia *Humans* para, contrapondo-a aos *Econs*, afirmar que os primeiros são instáveis, com gostos mutáveis, racionalidade limitada e têm sua ação guiada também por sentimentos e pela busca da justiça. Daí afirmar que o patamar de racionalidade dos *Econs* não é alcançável por *Humans* de maneira consistente, de maneira que o modelo de ação racional não é capaz de descrever seu comportamento real<sup>89</sup>.

87 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Phishing for phools: the economics of manipulation and deception*. Princeton: Princeton University Press, 2015. p. vii.

88 THALER, Richard. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. p. 254.

89 KAHNEMAN, op. cit., p. 514.

Tais pressupostos são utilizados para demonstrar os equívocos da perspectiva de Chicago, já que não se pode aceitar a premissa de que os agentes econômicos não cometem enganos:

Tal como interpretado pela importante escola econômica de Chicago, a fé na racionalidade humana está estreitamente ligada a uma ideologia em que é desnecessário e até imoral proteger as pessoas contra suas escolhas. Pessoas racionais devem ser livres, e devem ser responsáveis por cuidar de si mesmas. Milton Friedman, o principal pensador dessa escola, expressou sua visão no título de um de seus mais populares livros: *Liberdade de escolher*. [...]

Há então muita coisa em jogo no debate entre a escola de Chicago e os economistas comportamentais, que rejeitam a forma extrema do modelo de agente racional. Liberdade não é um valor contestado; todos os participantes no debate são a favor disso. Mas a vida é mais complexa para os economistas comportamentais do que para os adeptos ferrenhos da racionalidade humana. [...]

A decisão de proteger ou não os indivíduos contra seus erros apresenta desse modo um dilema para os economistas comportamentais. Os economistas da escola de Chicago não enfrentam esse problema, pois os agentes racionais não cometem enganos. Para os defensores dessa escola, a liberdade não apresenta custo algum<sup>90</sup>.

Todas essas recentes posturas só reforçam a necessidade da superação dos postulados da Escola de Chicago, a fim de se adotar uma atitude de maior humildade e desconfiança tanto em relação à perfeição dos mecanismos de mercado quanto em relação à adoção de métodos únicos e supostamente infalíveis.

### **2.5. Preocupações com a manutenção da racionalidade jurídica: os problemas de se substituir os critérios econômicos pelos critérios políticos**

Os tópicos anteriores procuraram demonstrar que o Direito da Concorrência não pode ser visto sob um viés exclusivamente econômico, como mero instrumento de consecução de eficiências, reduções de custos de transação ou busca de situações de equilíbrio de mercado avaliadas a partir de modelos econômicos herméticos. Daí a necessidade de, sem prejuízo de continuar uti-

90 KAHNEMAN, op. cit., p. 514-516.

lizando os modelos de análise econômica na dimensão pragmática do discurso jurídico, buscar-se na Constituição os parâmetros fundamentais de atribuição de coesão e sentido ao controle do poder econômico.

Por outro lado, é importante destacar que a crítica feita à concepção exageradamente economicista do Direito da Concorrência, como já advertido no Capítulo 1, não pode levar à conclusão de que o Direito da Concorrência seja um mero instrumento de política econômica, o que facultaria à autoridade antitruste, inclusive, optar pela aplicação da lei antitruste ou pelo seu afastamento ou suavização, assim como escolher entre os interesses em conflito.

Com efeito, a compreensão do Direito da Concorrência como mero instrumento de política econômica é perigosa, na medida em que: (i) ou realça a óbvia e necessária relação que o direito possui com a política, o que não é uma exclusividade do Direito da Concorrência, de forma que não seria muito útil para definir os propósitos deste; ou (ii) sugere uma indevida e inaceitável submissão do Direito da Concorrência à política econômica, de modo que a legislação deveria ser interpretada e aplicada em razão de conveniências políticas.

Ora, em um Estado de Direito, a política está igualmente subordinada ao direito, não podendo fazer dele um instrumento irrestrito de suas conveniências. Mesmo as relações de poder devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a considerações de custo-benefício<sup>91</sup>. No caso do Direito Antitruste, tais preocupações colocam-se com maior razão, tendo em vista que é a própria Constituição que dá os parâmetros fundamentais para o controle do poder econômico no Brasil.

Por outro lado, o discurso jurídico é totalmente distinto do discurso político. Enquanto neste preponderam as relações de poder e os conflitos de interesses, o discurso jurídico caracteriza-se por possuir uma fundamentação principiológica que lhe é essencial.

Assim, a pretexto de sair do reducionismo da eficiência econômica, que subordina o direito à economia, a concepção do Direito da Concorrência como instrumento de política econômica pode levar a outro arriscado reducionismo,

91 Daí a afirmação de Rawls (*Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 124) de que os direitos assegurados pela justiça não podem estar sujeitos à negociação política e nem a cálculos de interesses sociais. No mesmo sentido, encontra-se Habermas (op. cit., p. 273), para quem a força deontológica e vinculante dos princípios constitucionais impossibilitam que eles sejam afastados por considerações de custo-benefício.

pretendendo subordinar o direito à política e possibilitando, ao menos em tese, que argumentos de conveniência política e econômica tenham a mesma importância ou até se sobreponham aos direitos fundamentais e aos princípios democráticos, subvertendo totalmente a ordem constitucional.

Ainda há um outro problema sério da abordagem política do Direito da Concorrência, que é o fato de incidir no mesmo equívoco já detectado pela Escola de Chicago: tornar o Direito da Concorrência instrumento excessivamente flexível diante das diferentes políticas governamentais, dos interesses e dos diferentes objetivos e sentidos que lhes atribuem, de maneira a impossibilitar a construção de uma teoria coerente sobre a sua aplicação. De fato, a racionalidade política é centralizada em relações de poder e na compatibilização de interesses por meio de procedimentos que permitem a barganha e uma grande flexibilidade, dando margem à predominância de argumentos pragmáticos, instrumentais e relacionados a análises de custo-benefício para o poder político.

Além de contribuir para uma confusão inaceitável entre o direito e a política, uma abordagem excessivamente política do Direito da Concorrência ainda incide nos mesmos perigos da Escola de Chicago. Afinal, se a política, especialmente a política econômica, cada vez mais se sujeita à lógica da economia, a compreensão do direito sob um enfoque instrumental da política igualmente o deixa suscetível de ser capturado facilmente pela racionalidade econômica.

Tais considerações mostram que o debate a respeito do poder econômico precisa ser repensado por meio de alternativas que possibilitem que o direito mantenha a sua racionalidade, o seu discurso e, principalmente, a sua preocupação com a realização das liberdades fundamentais e os princípios constitucionais. Daí a importância da referência à ordem econômica constitucional como vetor último para justificar determinadas ações das autoridades antitruste.

A própria ideia de Estado de Direito traz em si a impossibilidade de que os instrumentos fundamentais da integração social sejam o dinheiro ou o poder político. Com efeito, o Estado de direito implica a estruturação da sociedade a partir do direito, de forma que a política e a economia é que devem ajustar as suas racionalidades ao direito e não o contrário.

O direito possui como característica a possibilidade real da integração social por meio de normas e princípios, motivo pelo qual não pode renunciar à sua pretensão de normatividade, sob pena de a economia e a política

subtraírem-se por completo à sua regulação, transformando-o em um fenômeno periférico.

Se a política e a economia possuem abordagens específicas e diferenciadas, cabe ao direito atuar como mediador entre as elas<sup>92</sup>, possibilitando que a racionalidade específica de ambos os sistemas não se transforme em um obstáculo para o cumprimento das liberdades fundamentais nem para a integração social efetuada a partir das relações jurídicas.

Logo, no que se refere especificamente ao controle do poder econômico, não basta, para o direito, saber se determinada conduta é fruto ou não de certa política econômica ou se buscou ou não a eficiência. É imprescindível saber se a conduta está em conformidade com os princípios e regras jurídicos pertinentes, ou seja, se são legítimas diante da racionalidade própria do direito<sup>93</sup>, a ser desenvolvida por um juízo de fundamentação e aplicação de princípios constitucionais e regras jurídicas.

## 2.6. Mercados, direitos individuais e distribuição de recursos sociais

Durante muito tempo, a economia pretendeu trabalhar com a questão da distribuição dos recursos sociais escassos sob perspectiva técnica, negando a dimensão ética que permeia necessariamente essa discussão ou tentando enfrentá-la exclusivamente com base no utilitarismo.

Entretanto, a discussão sobre o grau e a forma de intervenção do Estado nos mercados, seja sob uma perspectiva institucional, seja sob uma perspectiva constitucional, envolve igualmente a questão dos direitos individuais envolvidos e da distribuição dos recursos sociais. Tal preocupação é especialmente perceptível no Direito da Concorrência, cujas análises envolvem necessariamente o exame da alocação de recursos e a comparação entre quem perde e quem ganha nas diferentes operações econômicas.

Não é sem razão que vários dos defensores atuais do liberalismo, ou mesmo das posturas libertárias mais extremas, não se furtam a sustentar suas opiniões a partir de uma sofisticada teoria dos direitos. É o que se observa,

92 HABERMAS, op. cit., p. 120.

93 Como afirma Habermas (op. cit., p. 526), as decisões relacionadas à eficiência devem ser vistas sob o filtro de legitimação que lhe é conferido pelo direito. Marcelo Neves (Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 345-356) também ressalta a necessidade de que o direito resolva os problemas econômicos mantendo a racionalidade jurídica, especialmente no que se refere à questão da igualdade.

por exemplo, na obra de Hayek<sup>94</sup>, que representa um dos pilares do movimento neoliberal.

No que se refere a Hayek, toda a sua teoria está ligada à concepção de que não escolhemos a sociedade em que vivemos. A economia e a sociedade seriam ordens espontâneas, não planejadas, não controláveis e não dirigíveis, resultando da interação de diversos indivíduos que visam aos interesses próprios. Portanto, Hayek<sup>95</sup> complementa a racionalidade do *homo* com o elemento da incerteza e da falta de domínio do homem sobre o seu próprio destino. Com tal premissa, destrói, ao mesmo tempo, não apenas as bases das teorias socialistas, como também as premissas neoclássicas, já que o conhecimento econômico deixa de ser passível de teorização por meio de leis e gráficos<sup>96</sup>.

Inexistindo uma organização intencional ou a possibilidade da ideia de bem comum, o objetivo da sociedade só pode ser o de realizar os direitos individuais de liberdade<sup>97</sup>. A premissa fundamental de Hayek é que o pluralismo de ideias opõe-se ao bem comum ou ao consenso, objetivos que apenas poderiam ser alcançados nas sociedades tribais. Nas sociedades modernas, a ideia de justiça social estaria ligada irremediavelmente ao totalitarismo ou à pressão dos grupos majoritários sobre os minoritários<sup>98</sup>, motivo pelo qual seria uma força destrutiva na sociedade e, do ponto de vista conceitual, um absurdo<sup>99</sup>.

A única justiça possível para Hayek é a do Estado formal de direito, que se limita a assegurar a igualdade abstrata perante a lei, assumindo uma postura neutra diante das distintas concepções de bem. A justiça social seria uma miragem e algo contrário à igualdade, pois nenhum princípio pode ser satisfatório para decidir entre os inúmeros interesses conflitantes<sup>100</sup>.

É fácil notar que Hayek conclui pela impossibilidade da justiça social ou da adoção de objetivos relacionados ao bem comum, porque parte de uma

94 Anderson (op. cit., p. 9) destaca que o texto de origem do neoliberalismo é O caminho da servidão, de Hayek, escrito em 1944.

95 Segundo Hayek (*Direito, legislação e liberdade*. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. 2, p. 189), "o homem não é e nunca será senhor de seu destino: sua própria razão sempre avança levando-o rumo ao desconhecido e ao imprevisto onde ele aprende novas coisas".

96 SALOMÃO FILHO, op. cit., 2001. p. 74.

97 O autor austríaco vê a democracia com receio, temendo que esta se transforme na ditadura da maioria ou de valores de uma determinada comunidade sobre o indivíduo (HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1994. p. 84).

98 HAYEK, op. cit., 1985. v. 2, p. 88.

99 HAYEK, op. cit., 1985. v. 2, p. 112; HAYEK, op. cit., 1994. p. 33 e 53.

100 HAYEK, op. cit., 1994. p. 90.

visão de sociedade atomizada e dispersa, considerando não ser possível nenhuma espécie de solidariedade ou de diálogo construtivo entre os seus diferentes membros, os quais apenas poderiam se reunir em torno de um fim comum se motivados pelo próprio interesse.

Adotando o modelo do *homo oeconomicus*, o autor concebe os indivíduos alheios ao contexto social, cultural e histórico em que vivem, rejeitando a possibilidade de integração social com base em valores e normas. Se é a barganha autointeressada, e não a solidariedade, que estrutura as relações sociais<sup>101</sup>, o mercado pode até não ser perfeito, mas certamente é o sistema que melhor assegura a existência de “normas justas de conduta”<sup>102</sup>.

Diante do problema moral e jurídico em discussão, que é o de saber “por que o peso das necessidades econômicas intensas, que podem ser questões de vida ou morte, deveria ser inferior ao das liberdades formais pessoais”<sup>103</sup>, Hayek, assim como vários neoliberais, sustenta a primazia das liberdades formais com base no relativismo, ainda que não declarado e não reconhecido, ou em uma suposta neutralidade que se exigiria do Estado<sup>104</sup>. O problema é que, se o relativismo e as exigências da neutralidade impossibilitam a justificação da intervenção estatal na economia em prol da justiça social e do bem comum, impedem, por igual, a defesa intransigente das liberdades individuais e da igualdade formal<sup>105</sup>.

Com efeito, partindo de uma posição relativista, não há como se defender nem mesmo a prioridade das liberdades formais sobre qualquer outra concep-

101 HAYEK, op. cit., 1994. p. 77.

102 Miguel Reale (*Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 72-73) considera paradoxal a proposta de Hayek, nos seguintes termos: “Segundo esse economista liberal, a noção de justiça social deve ser substituída pelo conceito de ‘normas justas de conduta’, o que me deixa perplexo, pois, sinceramente, não sei como será possível fixar normas justas de conduta sem se ter uma idéia do que seja justo para a comunidade”.

103 SEN, op. cit., 2000. p. 83.

104 Bellamy (*Liberalismo e sociedade moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. p. 395) realça esse aspecto da teoria de Hayek: “Do ponto de vista de sua teoria social, a principal virtude da ordem liberal não é o fato de ela promover qualquer objetivo determinado, mas simplesmente habilitar os seres humanos a se adaptarem a qualquer ambiente em permanente alteração, o sentido moral desta visão permanecendo uma questão aberta. [...] O processo, segundo Hayek, é simplesmente ‘o movimento pelo movimento’”.

105 Diversos autores chamam a atenção para o absurdo a que pode chegar o relativismo de Hayek, como é o caso de Bellamy (op. cit., p. 395). Afinal, se tudo é relativo, nem mesmo o relativismo poderia ser defendido. Esse ponto é lembrado por Salomão Filho (op. cit., 2001. p. 44), quando lembra do ensinamento de Bertrand Russel segundo o qual se tudo fosse relativo não haveria nada absoluto em face do qual tudo poderia ser relativo.

ção de vida. Por outro lado, a arriscada opção pelo relativismo impede a compreensão de que, como destacava Popper<sup>106</sup>, o fato de não existir um critério de verdade ou de justiça absolutos não implica que a eleição entre as teorias e explicações seja arbitrária ou irracional, pois podemos aprender com nossos erros e tentar aproximar-nos da verdade<sup>107</sup>.

Já a questão da neutralidade igualmente não é capaz de sustentar a existência do Estado mínimo. Mesmo a proteção contra a força, o roubo e a fraude implica a exclusão dos projetos de vida daqueles que gostariam de praticar tais condutas, motivo pelo qual não pode ser justificada sob a premissa de um Estado absolutamente neutro<sup>108</sup>. Daí a insuficiência da neutralidade<sup>109</sup>, até porque a exclusão de ideais já pressupõe uma opção entre ideais<sup>110</sup>.

Acresce que, como lembra Farrel<sup>111</sup>, a noção de neutralidade ainda admite uma aceção positiva, hipótese em que apenas seria neutro o Estado que propiciasse, por meio da redistribuição, os meios para que os cidadãos buscassem suas próprias concepções de bem. Afinal, uma distribuição extremamente desigual de recursos implica que apenas uma parcela pequena da sociedade possa perseguir os seus projetos de vida, hipótese em que o Estado estaria agindo de forma discriminatória, ao não permitir que as demais pessoas igualmente persigam e realizem os seus planos.

Todas essas considerações mostram que nem a neutralidade nem o relativismo sustentam as conclusões do neoliberalismo, motivo pelo qual este não apresenta uma justificativa convincente para a prevalência das liberdades formais sobre outros princípios como a liberdade material, a igualdade e a própria justiça social.

De toda sorte, foi a partir da defesa das liberdades individuais que Hayek teve que se afastar do *laissez-faire*, até porque não adota a premissa ingênua de que a economia é autorregulável. Por ter consciência da necessidade de uma

106 POPPER, op. cit., p. 674-685.

107 Essa a razão pela qual Popper (op. cit., p. 674) afirmava que a maior enfermidade filosófica da sua época seria o relativismo intelectual e moral.

108 RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 110-117.

109 É exatamente essa a grande crítica normalmente dirigida à teoria de Nozick, que, apesar de uma suposta neutralidade, está estruturada na defesa do direito de propriedade, sem que ele dê qualquer explicação para isso. Ver BOBBIO. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 91; BELLAMY, op. cit., p. 388-389; DIETERLEN, op. cit., p. 19.

110 RAZ, op. cit., p. 140.

111 FARREL, Martín Diego. *Utilitarismo, liberalismo y democracia*. Ciudad de Mexico: Fontanamarra, 1997. p. 18-20.



estrutura legal que dê respaldo à economia e também em face de sua preocupação com os direitos individuais, Hayek mostra-se claramente favorável à intervenção do Estado na economia, desde que seja em favor da concorrência e não contra ela<sup>112</sup>. A concorrência é vista, pois, como um valor fundamental, ao assegurar normas justas de conduta<sup>113</sup>.

O problema de Hayek é que, ao admitir a intervenção estatal na economia para assegurar a concorrência, coloca-se diante da mesma dificuldade já vivenciada por Adam Smith: como definir, de forma clara, as hipóteses que justificam a intervenção. Hayek simplesmente não fornece um critério seguro para tal, utilizando-se de expressões vagas, tal como a de que a concorrência deve ser mantida a fim de produzir os resultados mais benéficos possíveis<sup>114</sup>. Mas estes também não são definidos de forma convincente, inclusive em razão de o autor entender a concorrência como um sistema em que o mérito individual sempre deveria prevalecer<sup>115</sup>.

Mesmo os exemplos dados por Hayek a respeito de intervenções estatais legítimas mostram muito mais o casuísmo das hipóteses do que a existência de um parâmetro coerente para se distinguir entre as atuações que seriam a favor da concorrência e as que não seriam. Dentre as que seriam favoráveis à concorrência, podem ser citadas a limitação das horas de trabalho, a exigência de cumprimento a disposições sanitárias, a responsabilidade pelos

112 Essa transcrição de Hayek (op. cit., 1994, p. 58) é particularmente esclarecedora: "É importante não confundir a oposição a essa espécie de planejamento com uma dogmática atitude de laissez-faire. A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de falhas graves. [...] O bom uso da concorrência como princípio de organização social exclui certos tipos de intervenção coercitiva na vida econômica, mas admite outros que às vezes podem auxiliar consideravelmente seu funcionamento, e mesmo exige determinadas formas de ação governamental".

113 HAYEK, op. cit., 1994. p. 58.

114 Segundo Hayek (op. cit., 1994. p. 59), "o funcionamento da concorrência não apenas requer a organização adequada de certas instituições como a moeda, os mercados e os canais de informação – algumas das quais nunca poderão ser convenientemente geridas pela iniciativa privada – mas depende sobretudo da existência de um sistema legal apropriado, estruturado de forma a manter a concorrência e a permitir que ela produza os resultados mais benéficos possíveis".

115 Isso fica claro na parte em que Hayek (op. cit., 1994. p. 110) afirma "ser o regime da concorrência o único em que o enriquecimento depende exclusivamente do indivíduo e não do favor dos poderosos, e em que ninguém pode impedir que alguém tente alcançar esse resultado".

danos decorrentes do uso da propriedade e o controle de monopólios<sup>116</sup>. No entanto, Hayek nunca esclareceu por que a intervenção estatal para limitar as horas de trabalho é legítima enquanto a fixação do salário mínimo, por exemplo, não o seria.

Todavia, o ponto em que a teoria de Hayek torna-se especialmente difícil de ser justificada é na parte em que concebe o mercado formado por forças impessoais e incompreensíveis, entendendo, inclusive, que foi a submissão a elas que possibilitou o progresso da civilização<sup>117</sup>. Como resultado, o destino do homem seria necessariamente a submissão ao mercado ou ao arbítrio e ao desmando de outros homens, entendendo Hayek que a primeira opção é incomparavelmente melhor<sup>118</sup>.

Entretanto, esse argumento de Hayek se contradiz, no conjunto, com a sua tentativa anterior de justificar uma intervenção estatal na economia a favor da concorrência. De fato, se o mercado é visto a partir de forças impessoais e incontroláveis, estas não estariam sujeitas, por definição, a estímulos externos, tais como a regulação jurídica, pouco importando se esta é em favor da concorrência ou não.

Por outro lado, tanto Hayek<sup>119</sup> reconhece as limitações do mercado que admite um mínimo uniforme a ser assegurado para todos, especialmente em relação àqueles que não podem ganhar a vida no mercado, tais como doentes, idosos, deficientes, viúvas e órfãos<sup>120</sup>. No entanto, por mais paradoxal que seja, sustenta que tal mínimo não é uma consequência da justiça social e ou de uma igualdade de oportunidades<sup>121</sup>.

116 HAYEK, op. cit., 1994. p. 59-60.

117 HAYEK, op. cit., 1994. p. 186-187.

118 Vê-se que todo o inconformismo de Hayek quanto à justiça social é por entender que o critério de justiça não pode ser externo ao indivíduo, partindo unicamente de um Estado que pretende assumir toda a redistribuição de recursos de uma sociedade. Isso fica claro quando o autor afirma que o problema por ele discutido diz respeito à "escolha entre um sistema em que a vontade de poucos decida a quem caberá isto ou aquilo e outro em que essa parcela dependa, pelo menos em parte, da habilidade e da iniciativa dos indivíduos e, também nessa parte, de circunstâncias imprevisíveis" (HAYEK, op. cit., 1994, p. 109).

119 HAYEK, op. cit., 1985. v. III, p. 59.

120 Segundo Hayek (op. cit., 1985. v. 2, p. 59), "a garantia de uma renda mínima para todos, ou uma espécie de piso abaixo do qual ninguém possa descer, mesmo quando incapaz de se sustentar por si mesmo, parece constituir não só uma proteção perfeitamente legítima contra um risco comum a todos, como também um elemento indispensável da Grande Sociedade, em que o indivíduo já não tem direitos sobre os membros do pequeno grupo em que nasceu".

121 Hayek concebe a justiça a partir da conduta dos jogadores e não a partir dos resultados. Mesmo no que se refere à igualdade de oportunidade, entende que isso seria uma ilusão como se observa pelo seguinte trecho (HAYEK, op. cit., 1985. v. 2, p. 105-106): "Para [asse-

O aspecto mais interessante dessa parte do pensamento de Hayek é que, partindo de premissas contrárias à distribuição dos recursos sociais, o autor chega a conclusões que se aproximam desse objetivo, ainda que insista em que o mínimo existencial não possui nenhuma relação com a justiça social.

Tais considerações mostram que, apesar de toda a ênfase nos direitos individuais, a obra do grande neoliberal do século XX reconhece a necessidade da regulação jurídica para o funcionamento dos mercados, admite a intervenção estatal em favor da concorrência e propugna para que um mínimo existencial seja assegurado a todos os indivíduos.

Essa questão é importantíssima por mostrar que a defesa séria e intransigente dos direitos individuais, sob o ponto de vista moral, é muito difícil de ser estruturada apenas sob o aspecto das liberdades formais. A obra de Hayek revela exatamente esse impasse, pois, mesmo partindo de uma concepção formal, os direitos individuais acabaram ganhando em sua obra uma dimensão material e totalmente contrária ao relativismo do autor. Passam a envolver o direito a uma subsistência com dignidade, o que está intrinsecamente relacionado à garantia de uma renda mínima para proteger os que não têm como suprir suas necessidades básicas por meio do mercado.

Ao admitir a intervenção do Estado na economia a fim de assegurar a concorrência e o mínimo existencial, Hayek, ainda que não intencionalmente, dá um passo sem volta, mostrando as dificuldades do *laissez-faire* e abrindo um enorme campo para discussões a respeito do cabimento, da adequação e dos limites da intervenção estatal. Mais do que isso, o autor comprova que é impossível tratar de mercados sem considerar, em alguma medida, a questão dos direitos e da distribuição dos recursos sociais, aspecto que não pode ser ignorado nem pelo Direito Antitruste nem por qualquer das outras searas que tratem da regulação jurídica dos mercados.

---

gurar a igualdade de oportunidades], o governo teria de controlar todo o ambiente físico e humano da sociedade e esforçar-se por oferecer a cada um oportunidades pelo menos equivalentes; e quanto mais êxito tivesse em tais esforços, mais forte se tornaria a reivindicação legítima de que, com base no mesmo princípio, quaisquer desvantagens ainda remanescentes fossem eliminadas – ou compensadas pela imposição de um ônus adicional àqueles ainda em melhores condições. Esse processo continuaria até que o governo controlasse literalmente todas as circunstâncias capazes de influir no bem-estar de qualquer pessoa. Por atraente que o lema da igualdade de oportunidades pareça à primeira vista, a idéia, quando se estende além das facilidades que, por outras razões, devem ser proporcionadas pelo governo, converte-se num ideal inteiramente ilusório, e qualquer tentativa de realizá-lo na prática acabará criando um pesadelo”.