

### Segunda Parte

## Aportes Constitucionais ao Direito Concorrencial à Luz da Teoria Estruturante do Direito

### *Constitutional Contributions to Antitrust Law Under the Perspective of Structuring Legal Theory*

**RODRIGO MEYER BORNHOLDT<sup>1</sup>**

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC). Joinville (SC). Brasil.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade de princípios e bens jurídicos constitucionalmente positivados, em especial os da ordem econômica na Constituição brasileira, ao direito concorrencial, em especial quanto a condutas anticoncorrenciais e a processos de fusões e aquisições. Parte-se de um método indutivo, a teoria e a metódica estruturante do Direito. Ela também possui feições pós-positivistas, exigindo um confronto entre os casos e os textos de norma. O artigo analisa algumas diferenças entre as Constituições brasileira e norte-americana, no que concerne à possível incorporação de teorias político-filosóficas à análise constitucional. Consequentemente, o artigo refuta a ideia de que o bem-estar do consumidor, ou a eficiência, ou a criação de riqueza sejam os objetivos principais do direito anticoncorrencial. Em vez disso, aponta a pertinência da aplicação de outros princípios constitucionais quando do julgamento de condutas anticoncorrenciais, ainda que esses sejam por vezes considerados normas programáticas. Demanda-se também um uso criterioso dos procedimentos de ponderação, entendendo que, por vezes, algumas questões já foram previamente decididas pelo legislador. Por isso, o artigo conclui que, em certos casos de preços excessivos e de aumento arbitrário de lucros, há já uma prévia ponderação no momento da elaboração legislativa. Entende-se também que os modelos econométricos têm um lugar importante na análise antitruste quando de fusões e/ou aquisições de empresas. Os seus resultados, porém, não devem ser necessariamente vinculantes no processo decisório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios constitucionais; direito concorrencial; teoria estruturante do direito; ponderação.

---

1    Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9625-5504>.

**ABSTRACT:** The present article discusses the possible applicability of constitutional principles and legal goods, especially those from the economical order in Brazilian Constitution, to antitrust law, specially to antitrust conducts and merger and acquisitions processes. It uses an inductive method, based on structuring legal and methodical theory. This method has post-positivistic traces, demanding an interaction among the case and the norm text. It analyses some differences from Brazilian and north American Constitutions regarding the possible incorporation of philosophical-political theories to constitutional analysis. Consequently, the article refuses the idea of consumers welfare, or efficiency, or the creation of richness as main objectives from antitrust law. Rather, it demands that other constitutional principles should be equally applicable to judge some antitrust conducts, even if they might be considered programmatical norms. The article demands a careful use of balancing procedures, understanding that sometimes questions have been previously decided from the legislator. Therefore, in some situations such as price excessiveness and abusive rise of profits, balancing would not apply. It also considers econometric models as having an important place in antitrust analysis, but their outcome is not necessarily decisive to consider a merger and acquisition process lawful or not.

**KEYWORDS:** Constitutional principles; antitrust law; structuring legal theory; legal balancing.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais – Os referenciais metódicos; 2 Da colonização de parte do direito concorrencial brasileiro pelo norte-americano – Impropropriedades e inconveniências; 2.1 Escorço – Divisão no direito norte-americano – A visão de Dworkin; 3 Bens jurídicos constitucionais aplicáveis ao direito concorrencial brasileiro; 4 Aportes da metódica estruturante à aplicabilidade dos bens jurídicos constitucionais às situações de direito concorrencial; 5 Considerações sobre a ponderação e seus cuidados no direito concorrencial; 6 Sobre a possível aplicação e o lugar dos modelos econômicos nas apurações de infrações à ordem econômica; Considerações finais; Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS – OS REFERENCIAIS METÓDICOS

A Constituição de 1988, na tendência das Constituições contemporâneas, deixa de ser apenas o “estatuto jurídico do político” (CANOTILHO, 1998, p. 1081). Ela avança para além da estruturação formal dos princípios e das regras atinentes ao exercício do poder, buscando também conformar a ordem econômico-social a ser construída em nosso País.

Em vista disso, questões de direito concorrencial não podem ser tratadas de modo isolado e descontextualizadas da ordem jurídica à qual pertencem. O presente artigo pretende apontar um reducionismo, no Direito brasileiro, quando da análise de atos e de condutas anticoncorrenciais. A partir de indevida influência da análise econômica do direito, parte do direito concorrencial brasileiro ignora a importância e a incidência de inúmeros princípios constitucionais constitutivos da ordem econômico-social brasileira.

Pretende-se aqui desvelar tal situação, exigindo que os dispositivos da ordem econômico-social brasileira sejam devidamente aplicados tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo próprio órgão de defesa econômica, em casos abrangidos pelo direito concorrencial. Quer-se incutir também nos demais operadores do Direito a necessidade de compatibilizar os instrumentos legislativos vigentes, bem como o instrumental fornecido pela própria ciência econômica, às balizas dadas pela Constituição. Para tanto, oferece-se um instrumental metódico adequado, a fim de evitar um indesejado voluntarismo na decisão de casos pertinentes ao direito concorrencial.

O método empregado é de raiz hermenêutica e também indutiva, pautado nos desenvolvimentos da metódica estruturante do direito (MÜLLER, 2004). Referindo-se como pós-positivista, em superação ao positivismo jurídico, esse método não despreza as conquistas decorrentes da positivação jurídica, porém exige a presença das particularidades de cada caso concreto para a compreensão dos textos de normas que serão aplicados. Caso e texto de norma se entrelaçam, e a norma é o resultado do processo de concretização jurídica, do qual é parte ativa o operador do Direito. Programa da norma e âmbito normativo são conceitos-chave para a compreensão desse conceito de norma. Em vista disso, toma-se a Constituição e a legislação ordinária como textos de norma aptos a formar o programa normativo, que dará balizas para orientar os elementos de realidade advindos das particularidades do caso e que compõem o âmbito normativo. Exigindo um labor constante a partir das peculiaridades do caso, recorda-se aqui o intuicionismo de Bergson (1989, p. 157), a partir da afirmação de que “a ciência não procede por encaixe regular de conceitos que estariam predestinados a se inserirem com precisão uns nos outros. As ideias profundas e fecundas são contatos com as correntes de realidade que não convergem necessariamente para um mesmo ponto”. Daí que as decisões surgidas dessa metódica devam também ser compreendidas na inevitável fluidez do mundo da vida, não sendo estanques, nem definitivas quando outros grupos de casos se apresentem. Contudo, é fundamental salientar que essas correntes de realidade não podem fazer transbordar as possibilidades e a segurança ofertadas pelo instrumental metódico existente. A metódica estruturante do direito reconhece a possibilidade de distintas decisões igualmente legítimas e constitucionais para um determinado caso, porém exige como contrapartida a transparência e a utilização de um rigoroso instrumental metódico (MÜLLER, 2014b). Esse instrumental, conforme já referido, consiste, em linhas gerais, no desdobramento da norma em partes que se conectam

e que se referem mutuamente. São elas o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo, em essência, consiste nas possibilidades ofertadas pelo texto de norma a partir dos elementos tradicionais de interpretação. Müller contenta-se aqui com os instrumentais já existentes, porém restringe-os à concretização do texto da norma. Designa nova função à literalidade. Longe de ser um elemento autônomo, a literalidade necessita dos demais elementos e oferece apenas os limites para a interpretação. Na literalidade do texto cabem, quase sempre, muitos significados. Müller dá pouca autonomia ao elemento teleológico, e confere um papel de destaque ao elemento sistemático (desdobrado em sistemática interna e externa). Confere também importância relativa aos elementos genético e histórico. Tudo isso, porém, é suficiente para interpretar textos; já não o será, porém, para selecionar e decidir sobre os elementos de realidade trazidos pelo caso concreto, que farão inevitavelmente parte da norma que surgirá ao final do processo de concretização. Esses elementos são como que recortados pelo programa da norma, a fim de se verificar quais deles serão ou não admissíveis à luz da ordem jurídica vigente (MÜLLER, 2004). Um exemplo simples nos fará compreender melhor essa interação. A Constituição do Brasil admite a formação de associações e de partidos políticos, vedado, porém, seu caráter paramilitar. Ora, buscando-se as lições da história, sabe-se que muitos partidos políticos surgiram trazendo em seu bojo uma organização paramilitar. Portanto, os dados da realidade apresentam essa possibilidade<sup>2</sup>. O texto constitucional, porém, é expresso quanto a essa vedação. Nenhum dos elementos de interpretação fala em sentido contrário a isso; na verdade, reforçam a proibição. Portanto, o âmbito normativo da norma decorrente desse dispositivo constitucional admite apenas partidos políticos que se estruturam sem a possibilidade do uso de violência física, a partir da criação de milícias próprias. Quanto ao tema ora estudado, do direito concorrencial, verificar-se-ão algumas hipóteses em que certos bens jurídicos surgirão a partir da contribuição do âmbito normativo.

Outro ponto caro à teoria estruturante do direito (da qual decorre a metódica ora utilizada) é, ao contrário da maré teórica vigente, a indistinção entre princípios e regras. Essa suposta distinção pode ser utilizada para fins pedagógicos, porém não se justifica na resolução de casos concretos. Princípios têm igual força normativa e são textos de normas tão válidos quanto

---

2 Foi o caso do partido nazista, na Alemanha (o NSDAP); dos fascistas, na Itália; e da Ação Integralista no Brasil, na década de 1930.

o das supostas regras. A diferença entre ambos se dá apenas para fins didáticos, mas não é uma diferença de grau. As supostas regras tendem a propiciar uma melhor definição do âmbito normativo, mas ambos têm a mesma força normativa. Essa indistinção é fruto da compreensão de linguagem adotada pela metódica estruturante (MÜLLER, 2004). Na esteira da virada linguística do século XX, entende-se que o significado do texto apenas se dá em situação, ou seja, dentro de um contexto específico. Até então, há apenas indícios, a serem posteriormente concretizados. Não se aceita, em tese, sequer a ideia de um núcleo conotativo e de uma margem em que o significado original de uma palavra se esmaeceria.

Apontadas essas linhas gerais, o artigo inicia pela referência à indevida influência do direito concorrencial norte-americano, estruturado de modo distinto do brasileiro e praticamente autônomo em relação a princípios constitucionais. Ali os textos normativos, com os respectivos programas da norma, formam-se fundamentalmente a partir do direito infraconstitucional.

Na sequência, trata de alguns dos princípios e bens jurídico-constitucionais brasileiros que estruturam nossa ordem econômico-social. Procura-se especialmente compreender o sentido de concorrência aceito pela Constituição brasileira. Para tanto, trabalha-se também com conceitos e análises do direito comparado, em especial do Direito alemão (refletindo já em boa medida o Direito da União Europeia, eis que as decisões do Tribunal de Justiça valem para o direito interno de cada país, bem como pelo fato de a Alemanha constantemente adaptar seu direito às diretrizes e normas europeias). Aqui o conceito de âmbito normativo, criado pela teoria estruturante do direito, é de especial valia.

Na etapa seguinte, busca-se verificar a aplicabilidade dos princípios e bens jurídico-constitucionais pertinentes à concorrência, a partir dos desenvolvimentos no conceito de norma, como o oferecido pela teoria de Friedrich Müller.

Tida muitas vezes como a panaceia para a resolução de colisões entre direitos ou entre direitos e bens jurídicos, refere-se na sequência os cuidados e as situações em que possível a ponderação (conceito muito criticado por Müller, tendo em vista certa displicência em sua aplicação), bem como outras em que ela não se aplica, visto que a precedência a um direito ou interesse já se deu em decisão do legislador. Dá-se ênfase aqui especificamente a determinados bens jurídicos como eficiência, bem-estar do consumidor e proteção da concorrência.

Finalmente, procura-se o lugar, a pertinência e o alcance da aplicação de critérios econométricos nas análises do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doravante designado como Cade), exigindo-se sejam tais critérios compreensíveis e passíveis de judicialização.

## 2 DA COLONIZAÇÃO DE PARTE DO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO PELO NORTE-AMERICANO – IMPROPRIEDADES E INCONVENIÊNCIAS

No âmbito do direito concorrencial, construções do direito de origem anglo-saxônica têm influenciado enormemente conceitos e práticas utilizados pelas instituições brasileiras. Trata-se, normalmente, de elementos do âmbito normativo que assumem preponderância na discussão, como a questão da eficiência ou da maximização de riqueza<sup>3</sup>.

No Cade, o que se viu nos últimos tempos foi uma progressiva colonização doutrinária a partir de tendências da *law and economics* (no Brasil, referida como “análise econômica do direito”) do Direito norte-americano<sup>4</sup>. A análise econômica do direito surge na segunda metade do século XX, consolidando-se a partir dos estudos de Richard Posner (2007, p. 473 e ss.). Sustenta, em síntese, que o direito se orienta (aspecto descritivo) e deve se orientar (aspecto normativo) por uma ideia de maximização da riqueza. Esse aspecto deve ser o norte, a pedra de toque nas considerações de juízes e demais operadores do Direito, ao lidarem com casos jurídicos. Em cada situação deve-se verificar se determinada decisão contribui ou não para gerar riqueza para a sociedade. Posner reitera, contudo, que essa riqueza não significa apenas algo material. No direito concorrencial, esse aspecto será amplificado no debate sobre eficiência. Outro ponto importante da análise econômica do direito é a “renovação da ciência jurídica através da adoção de uma perspectiva interdisciplinar, mediante a [...] consideração da eficiência econômica como valor jurídico” (BEJARANO, 1999, tradução livre). E, embora se esteja a criticar tal teoria ao longo do presente artigo, há nela aspectos positivos, como adiante se verá.

---

3 Conforme segundas decisões do Cade, muitas delas referidas no livro *A Revolução do Antitruste no Brasil* (MATTOS, 2008). Essa sugestão de revolução significa precisamente o incremento dos critérios e parâmetros norte-americanos para a avaliação das condutas anticoncorrenciais no Brasil.

4 Como bem afirmou Andrade (2014, p. 21), em detalhada abordagem, há necessidade de se “discutir a importação de modelos teóricos como teorias normativas a embasar eventuais consequentialismos, sem maiores considerações sobre o papel do Brasil no cenário capitalista internacional ou sobre a realidade institucional desse país”.

Sucede, porém, que a Constituição norte-americana é aberta quanto ao tema. E ali os influxos da filosofia política, de economia política ou da própria ciência econômica, enquanto construções propiciadas pelo âmbito normativo, podem se fazer mais presentes do que em ordenamentos jurídicos cujos textos são mais densos e em que determinados valores inspiraram o texto constitucional. A Constituição brasileira conta com uma carga valorativa presente em bens jurídicos e diretrizes político-econômicas positivados em nossa Constituição e na legislação, como adiante se verá. Desde já, porém, é necessário proceder-se a uma precisão teórica: os valores, quando incorporados ao texto constitucional, sofrem uma mudança qualitativa, transformam-se em outra coisa. Pois, como bem afirmou Carl Schmitt (2010, p. 131-32), valores pertencem a uma lógica do tudo ou nada, enquanto a Constituição exige desdobramentos e conciliações entre seus bens jurídicos<sup>5</sup>.

Essa presença de distintos bens jurídicos e diretrizes político-econômicas no próprio texto constitucional torna inadmissível que o Direito brasileiro se paute pela busca de um princípio ou bem jurídico predominante, seja ele a eficiência, a maximização da riqueza (em um sentido mais amplo) ou o bem-estar do consumidor, quando da análise de condutas anticoncorrenciais. Esses são alguns dos objetivos previstos na Constituição brasileira ou dela decorrentes (na formação do âmbito normativo), bem como nos textos legislativos que com ela não colidam ou dela extraíam suas potencialidades, porém não são os únicos. Como adiante se verá, ignorar os demais princípios e bens jurídicos constantes da Constituição significaria deixar de lado textos de norma essenciais à formação do programa da norma.

Por outro lado, há uma prática importante no Direito norte-americano, e progressivamente adotada pelo Cade. Em muitos casos, é fundamental a contribuição de estudos econômicos para a compreensão do caso estudado, especialmente quanto a prognoses sobre os atos de concentração ou outras condutas que, à primeira vista, caracterizem-se como ilícitas. Com efeito, o estudo dos possíveis efeitos de determinadas operações de concentração de empresas e de determinadas condutas faz parte do âmbito

---

5 Nesse sentido, *vide* Müller (2014a, p. 6 e ss.). Ainda sobre o perigo de se considerar os bens jurídicos inscritos na Constituição apenas como valores, *vide* Schmitt (2010, p. 139 e ss.). Está-se também aqui, conscientemente, equiparando valores a bens ou a fins, muito embora, sob o aspecto filosófico, essa postura seja corretamente criticada. Para Scheler (2014, p. 35), os valores não se confundem com os bens que os portam.

normativo (MÜLLER, 2004) das normas pertinentes e revela que o Direito não é uma ciência fechada em si mesma.

Um exemplo desse diálogo entre direito e economia se dá na questão dos cartões de crédito. A existência de um mercado de dois lados, típica questão oriunda de estudos econômicos<sup>6</sup> e que revela possíveis benefícios ao consumidor, é parte do âmbito normativo no processo de concretização dos textos de norma pertinentes, e poderá eventualmente ser relevante para a resolução de casos sobre o tema. Não deverá, contudo, por razões que adiante serão expostas, infirmar a estrita observância aos preceitos constitucionais e legais que tratam de aumento arbitrário de lucros e de preços excessivos.

## 2.1 ESCORÇO — DIVISÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO — A VISÃO DE DWORKIN

Perceba-se ainda que o próprio Direito norte-americano tem suas controvérsias sobre o tema. Um nome relevante desde a segunda metade do século XX é o de Ronald Dworkin. Esse autor funda sua teoria da justiça no liberalismo igualitário, a partir de um conjunto de posições chamadas constitutivas. O aspecto da redução das desigualdades é essencial em tal concepção. Mais do que isso, porém, é essencial a autonomia do indivíduo em face do Estado, inclusive para adotar as condições de vida boa que considere necessárias (DWORKIN, 2000, p. 273 e ss.)<sup>7</sup>. Isso terá reflexos no tema que ora nos toca. Em ensaio específico em que critica a análise econômica do Direito (DWORKIN, 2000, p. 351 e ss.), defende esse autor não haver unanimidade quanto à maximização de riqueza<sup>8</sup> como bem jurídico central, a servir como norte para as decisões referentes a questões de direito concorrencial. Nenhum bem jurídico situa-se acima dos demais. Perceba-se que a maximização de riqueza é um típico elemento do âmbito normativo, no Direito norte-americano, eis que não consta dos textos de norma do direito antitruste. Dworkin questiona se a maximização da riqueza é efetivamente um valor social a ser perseguido, inclusive se esse valor é produtor de felicidade. Na avaliação de possíveis conflitos gerados pela

6 Há vários estudos sobre o mercado de dois lados, muitos deles financiados pelas próprias bandeiras de cartões, como a Visa. Ex.: EVANS, David. The Antitrust Economics of Multi-sided platform markets. *Yale Journal on Regulation*, p. 325 ss., 2003.

7 Ver também Francisco (2021).

8 É certo que esse conceito é mais útil (embora não desejável) para a avaliação de questões jurídicas do que a ideia da eficiência de Pareto. Quando os economistas falam em eficiência, estão tratando daquela de Pareto; já os juristas da análise econômica do Direito referem-se à ideia de maximização da riqueza.



atribuição de direitos, discute também a abordagem utilitarista, tomando-a por equivocada. Especialmente, os direitos individuais não devem ser considerados a partir de uma visão utilitária, e sim como complementos e expressão da personalidade humana. Além disso, moralmente a utilidade pode ser distinta da maximização da riqueza<sup>9</sup>. E aí “a riqueza social perde toda a plausibilidade como componente do valor” (DWORKIN, 2000, p. 364). Tampouco deve a maximização da riqueza<sup>10</sup> ser tomada como um valor superior, caso se considere o *bem-estar* o objetivo a ser perseguido. Afinal, como diz Dworkin (2000, p. 380), “está longe de ser claro que a maximização da riqueza irá gerar mais bem-estar para outros que outras estruturas políticas e econômicas mais conciliadoras”. Vê-se aqui mais um elemento do âmbito normativo, a ser analisado a partir de uma perspectiva sociológica ou sociofilosófica. Tais reflexões servem também à formatação de um desenho institucional que prestigie outros valores e coíba a prática de determinadas condutas no direito concorrencial.

### 3 BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Não apenas no Brasil a influência norte-americana se faz sentir. E isso gera reações. Na Europa, há um forte questionamento quanto à tentativa de introdução do bem-estar do consumidor como bem jurídico prevalecente sobre os demais, nas análises de questões de direito concorrencial<sup>11</sup>.

A ideia de proteção do consumidor como critério exclusivo para a aferição de condutas anticoncorrenciais ganhou fôlego com a escola do *more economic approach* (abordagem mais economicista), que defende soluções caso a caso, baseada na análise dos efeitos de determinadas práticas negociais sobre um mercado relevante (*effect based*)<sup>12</sup>, a partir de avaliações econométricas aplicáveis em cada situação. Porém, como bem afirma Wurmnest (2012, p. 212), o bem-estar do consumidor, embora certamente protegido, é apenas um dos bens jurídicos a serem considerados, juntamente com outros, como a exigência de mercados abertos e da garantia de um processo adequado de funcionamento do mercado interno (WURMNEST, 2012, p. 212).

---

9 Exemplo às páginas 363-364, em Dworkin (2000): alguém que paga mais por um livro mas não tem tanta necessidade da obra quanto aquele que dele se desfez.

10 Deve-se registrar, porém, que, na visão de Posner, a maximização de riqueza tem um sentido que vai além da riqueza em um sentido meramente econômico. Vide Posner (2007, p. 477 e ss.).

11 Cf., por todos, Wurmnest (2012, p. 209 e ss.).

12 Conforme relatado por Wurmnest (2012, p. 6).

Não bastasse isso, a própria compreensão do que caracteriza o bem-estar do consumidor recebe matizes variados. Assim, na decisão do caso *British Airways*<sup>13</sup> pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, considerou-se poder ser o consumidor lesado “não apenas por um prejuízo que lhe seja causado de imediato, mas também por uma agressão à estrutura da concorrência que, ao fim e ao cabo, lhe traga prejuízos” (WURMNEST, 2012, p. 213)<sup>14</sup>.

O caso *British Airways* tratava da concessão de um sistema de bonificação da companhia aos agentes de viagens, que os premiava conforme mais passagens da companhia vendessem. O Tribunal entendeu que, embora isso quicá beneficiasse o consumidor imediatamente, poderia gerar uma situação de agressão à concorrência, tendo em vista a enorme fatia do mercado interno dominada pela British Airways.

Também em decisão no caso *Glaxo Smith Kline*<sup>15</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia estendeu o alcance dos bens jurídicos que devem ser protegidos, deixando clara a ausência de necessidade de um dano ao consumidor final para que uma agressão à concorrência se efetive. Protegida deve ser a própria estrutura do mercado e, dessa forma, a concorrência como tal (RITTNER; DREHER; KULKA, 2014, p. 217).

No que tange à concorrência como bem jurídico a ser protegido, ressalva Bernhard Nagel (2007, p. 153) não ter ela um sentido absoluto na Constituição alemã. Há uma série de condicionamentos, próprios à teoria ordoliberal, da liberdade empresarial comercial, a fim de que a “boa” concorrência e a concorrência como instituição possam florescer e ser asseguradas. A concorrência, além disso, deve ser compatível com outros princípios constitucionais, como igualdade e solidariedade, esta última presente no princípio do Estado de Direito Social e, em especial, na liberdade de associação.

A necessidade de consideração de outros bens jurídicos, para além da proteção ao consumidor final, e da própria estrutura da concorrência entendida de um modo convencional, é defendida também no pensamento de Wolfgang Fikentscher. Como refere Arruda Andrade (2014, p. 121),

---

13 EUGH 15.3.2007, Rs. C-95/04 P (UNIÃO EUROPEIA, 2022a).

14 No mesmo sentido, ressaltando que a estrutura do mercado e a defesa da concorrência têm prioridade sobre o bem-estar do consumidor, vide Rittner, Dreher e Kulka (2014, p. 217).

15 EUGH 6.10.2009, Rs C-501/06 P (UNIÃO EUROPEIA, 2022b).

Fikentscher propõe “uma análise orientada pela ideia de Justiça (em bases kantianas)”. Assim, aplicando sua concepção ao ponto ora tratado, não só o bem-estar do consumidor deve ser considerado, e nem só a eficiência dos produtores, mas também objetivos “como a proteção das pequenas e médias empresas e da sociedade como um todo, enfim, a justiça frente a eventuais abusos de poder” (ANDRADE, 2014, p. 121).

Em face de dispositivo explícito da Constituição brasileira, deve-se acrescentar a necessidade de proteção e equilíbrio do mercado interno enquanto agente promotor de desenvolvimento socioeconômico e de bem-estar<sup>16</sup>. Isso exige que, na consideração dos fins a que serve o direito concorrencial, esses bens jurídicos sejam também levados em conta, juntamente com o bem-estar do consumidor e com a proteção à concorrência<sup>17</sup>.

Assemelhada parece ser a posição de Calixto Salomão Filho (2011, p. 66 e ss.), para quem há três interesses protegidos pela ordem concorrencial: o dos consumidores, o dos concorrentes (participantes do mercado) e o interesse institucional da ordem concorrencial. O autor cita alguns exemplos em que identifica esse interesse à manutenção da concorrência, algo que “interessa a consumidores e a concorrentes, não se confundindo com o interesse individual ou com a soma dos interesses individuais de cada um desses grupos” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 76). Há, pois, um interesse institucional à manutenção da concorrência nas hipóteses de formação de cartel, de concorrência desleal (ao se divulgar, v.g., falsas informações sobre um concorrente), bem como em práticas de abuso de poder econômico, como a venda casada ou o aumento abusivo de preços (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 76-77).

Em face de nossa Constituição, temos que outros bens jurídicos devem ser considerados, como a proteção do trabalho<sup>18</sup>. Com efeito, imagine-se um processo de fusão entre empresas, gerador de desemprego em massa, ou em que uma empresa adquire uma concorrente apenas para encerrar

---

16 “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.” (BRASIL, 1988)

17 Em posição aparentemente contrária, no Direito alemão, enfatizando que a questão do bem-estar do consumidor é central, *vide* Bornkamm, Montag e Säcker (2015, p. 131-132).

18 Veja-se o artigo de Eric Posner (2021), ao comentar que a pesquisa econômica recente indica o achatamento de salários como uma das consequências da concentração econômica. Diante disso, o próprio governo norte-americano admitiu que “fusões devem ser revisadas com base em seus efeitos anticompetitivos nos salários, e não só nos preços, como era a tradição”.

suas operações<sup>19</sup>. A valorização do pleno emprego, prevista em nossa Constituição, poderá servir como impeditivo para a aprovação de uma tal operação. Todas essas disposições referentes à proteção e ao estímulo ao trabalho devem, aliás, receber uma força adicional quando de sua interpretação, por força do princípio da interpretação expansiva dos direitos fundamentais (AGUILAR CAVALLO, 2016, p. 43-45).

Cabe referir, porém, que, no Direito europeu, a tentativa de inserção da “economia social de mercado” como referência de avaliação de condutas anticoncorrenciais, a partir de interpretação do art. 3º, alínea 3, frase 2, do Tratado da União Europeia<sup>20</sup>, não foi encampada pela doutrina majoritária, nem pela jurisprudência. Essa avaliação é altamente questionável, pois tais disposições podem e devem servir de parâmetro para análises de direito anticoncorrencial. E têm sido desconsideradas inclusive em relação ao art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que trata das vedações a associações entre empresas, permitidas excepcionalmente quando melhorem a produção ou distribuição de produtos, ou promovam o progresso técnico e econômico, desde que uma parte equitativa dos lucros seja destinada aos utilizadores (RITTNER; DREHER; KULKA, 2014, p. 218). Parece haver aqui a presença de uma *Implikation*, conceito desenvolvido por Friedrich Müller (2014b, p. 48 e ss.) para referir as limitações e os condicionamentos decorrentes do sistema político-jurídico à aplicação de uma metódica jurídica adequada. Müller aplica tal conceito na análise do caso referido como *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. O Tribunal entendeu pela impossibilidade de as vagas para os cursos de medicina serem ofertadas a todos aqueles que desejassem cursá-lo, após o término do ensino médio. Entendeu aplicável aqui a chamada reserva do possível. Para Müller, essa limitação é decorrência de uma ordem que reconhece direitos sociais, mas que, ao fim e ao cabo, é marcada e definida por uma estrutura de direitos em um sentido eminentemente liberal. A *Implikation* trata, pois, de limites objetivos das alternativas judiciais de decisão, dados por necessidade sistêmica. Em outras palavras, o sistema político-jurídico existente, vincado em uma herança fundamentalmente liberal, im-

19 Essa última hipótese é dada por Calixto Salomão Filho (2011, p. 159-160), ao tratar da proteção do acionista minoritário e dos trabalhadores da empresa.

20 Dispõe a alínea 3 do art. 3: “A União estabelece um mercado interno. Ela opera visando a um desenvolvimento sustentável da Europa, tendo por fundamento um crescimento econômico equilibrado e a estabilidade de preços, uma economia social de mercado em alta medida competitiva, que visa ao pleno emprego e ao progresso social, bem como, em alta medida, à proteção do meio ambiente e à melhoria da qualidade ambiental. Ela fomenta o progresso técnico e científico” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

pede uma solução mais adequada. Para Müller (2014b, p. 52-53), porém, por honestidade metodológica, tudo isso deve ficar explícito no momento da decisão. Não basta simplesmente uma alusão à reserva do possível. Tais condicionamentos demasiado liberais impedem os órgãos pertinentes de dar a devida relevância à cláusula da economia social de mercado.

No Brasil, contudo, os dispositivos são mais explícitos e densificados. Nesse sentido, permitem ter eficácia mais concreta. Na Constituição brasileira, para além dos bens jurídicos constantes nos arts. 170, 192 e 219, são ainda pertinentes em análises de conduta anticoncorrencial os objetivos fundamentais da República, a questão sociorregional e outras tarefas, como a organização da ciência e tecnologia<sup>21</sup>. Todos esses dispositivos poderão, consoante a situação concreta, ser textos de norma aptos a formar o programa da norma, a condicionar as possibilidades do âmbito normativo.

Também se poderia conceber a instituição, pelo legislador, de uma causa de proibição de concentração empresarial, em vista do imperativo da soberania nacional. Ou, ao contrário, poderia o legislador ou o próprio Executivo fomentar uma tal associação entre empresas, em atendimento a esse mesmo bem jurídico<sup>22</sup>. Assim, por exemplo, já defendeu Bercovici (2016, p. 529) a “consolidação de uma cadeia produtiva de carne bovina no Brasil”. Isso seria essencial “tanto por motivos de segurança e soberania alimentar como por razões de soberania econômica e desenvolvimento do nosso próprio mercado interno, segundo o programa constitucional de 1988” (BERCOVICI, 2016, p. 529).

Em suma, a análise das condutas no direito concorrencial, inclusive (mas não unicamente) a dos atos de concentração, deve ter sua licitude condicionada à adequação aos bens jurídicos defendidos e albergados pela Constituição. O bem-estar em geral da população deve ser levado em conta, e não apenas o bem-estar do consumidor ou as eficiências em determinado setor. Não bastasse isso, a avaliação isolada das eficiências gera uma visão unilateral e deturpada do próprio processo econômico. Cabe aqui um exemplo citado por Walter Eucken (2004), a respeito da existência de monopólio no setor de calçados. Para Eucken (2004, p. 39), é até interessante a rápida renovação técnica propiciada pelo monopólio. Mas é fundamental

21 Nesse sentido, Andrade (2014, p. 170-171).

22 É o que parece acontecer hodiernamente na Alemanha, empenhada em promover algumas concentrações empresariais para competir com gigantes multinacionais norte-americanos e chineses.

analisar a escassez de todos os bens em proporção adequada, e essa é a barreira principal que carece de superação. Sem um monopólio, talvez a hipotética empresa tivesse investido realmente menos, talvez o parque fabril não fosse tão rapidamente renovado; porém, outras unidades de produção teriam mais bens de produção à disposição e a distribuição de bens de consumo (*Konsumgutversorgung*) – que é o elemento decisivo – teria sido melhor. Portanto, a admiração pelo aparato técnico do monopolista não tem, por si só, um valor econômico-político mais elevado.

Ora, trazendo-se essa afirmação para a discussão atual, parece-nos claro que o mesmo vale para a produção de eficiência que beneficie unicamente o produtor; ou mesmo para aquela que beneficie o consumidor imediato, mas que suprima outros ganhos para o restante dos consumidores e dos cidadãos.

#### **4 APORTES DA METÓDICA ESTRUTURANTE À APLICABILIDADE DOS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS ÀS SITUAÇÕES DE DIREITO CONCORRENCIAL**

Como visto, nosso direito concorrencial deve sofrer sua conformação a partir de diversos princípios e bens jurídicos presentes na Constituição brasileira.

A dúvida legítima que agora se desenha é outra, e consiste em saber se, independentemente de lei, tais princípios e bens jurídicos podem ser invocados diretamente pelos operadores do Direito, em um caso de conduta anticoncorrencial ou de concentração empresarial.

Assim, por exemplo, poderia uma fusão ser vedada caso gerasse desemprego em massa, por violação aos arts. 1º, IV (valorização do trabalho humano enquanto um dos fundamentos da República), 6º (trabalho enquanto direito social) e/ou 170, VIII (busca do pleno emprego), da Constituição, sem dispositivo legal que o desenvolva?

A partir da utilização do instrumental da teoria estruturante do direito, entendemos que tais incidências diretas são possíveis, *desde que a configuração fática do caso assim o permita*. Não basta a simples retórica, a simples ameaça em geral de desemprego, para configurar a possibilidade. A metódica estruturante repudia assertivas gerais, tentativas de subsunção a partir de generalidades. É necessário um cuidadoso trabalho do programa da norma e do âmbito normativo, em cada situação concreta, para que se verifique a intensidade de aplicação de determinados textos de norma. Em

outras palavras, como o caso influencia a compreensão do texto da norma, é apenas em sua análise concreta que se poderá aferir as condições e a intensidade de aplicação do direito, do princípio ou do bem jurídico constitucional pertinente. Já, no caso brasileiro, em que há explícita posituação, direitos sociais devem ser aplicados em sua inteireza sempre que possível e que o contexto o permita. É o que afirma Rothenburg (2021, p. 123): “É preciso verificar em cada contexto as reais condições de atuação das diversas instituições envolvidas, o que pode, eventualmente, revelar uma capacidade institucional deficiente do Legislativo e do Executivo e uma capacidade institucional suficiente do Judiciário”.

No que tange à importância da valorização do trabalho na Constituição brasileira, afirma Santos (2014, p. 166):

A inserção do trabalho como um dos fundamentos básicos da ordem econômica e a sua inserção no *caput* do art. 170 não foi aleatória. A intenção foi dar destaque a esse autêntico valor social, elegendo-o como um princípio reitor, antes inclusive da liberdade de iniciativa econômica.

Para tal conclusão, esse autor apoia-se em importantes traços do elemento genético de interpretação, reportando-se aos debates havidos durante nossa Assembleia Constituinte<sup>23</sup>. Isso não significa, evidentemente, romper com a configuração e com as possibilidades dadas à livre iniciativa na própria legislação trabalhista, nem que haja uma hierarquização entre esses princípios constitucionais, mas sim de que, em havendo possibilidades de conflito em uma questão envolvendo o direito econômico, ambos princípios deverão ser levados em conta em um eventual juízo de ponderação.

A situação de um ato de concentração é distinta daquela em que o simples aperfeiçoamento tecnológico culmina por gerar uma situação de desemprego, ou em que a empresa resolve, por si só, suspender suas atividades. Ora, mesmo que o direito ao trabalho seja considerado norma programática, a aplicabilidade de textos constitucionais de proteção ao trabalho parece também condizente com as abordagens mais tradicionais da doutrina e da jurisprudência brasileiras, que reconhecem a tais normas, quando menos, uma função de bloqueio diante de atos ou leis que lhes sejam fran-

---

23 Em destaque, reporta Santos (2014, p. 166) à Emenda nº 3522 à Comissão de Sistematização, na qual consta: “Se os fins da ordem econômica, declarados no dispositivo, são os de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, [...] o seu fundamento deve ser o trabalho humano. A livre-iniciativa é um segundo e secundário fundamento”.

camente contrários<sup>24</sup>. Tratar-se-ia, aqui, especialmente quanto à busca do pleno emprego, de normas programáticas definidoras de fins econômicos e sociais do Estado brasileiro. Nesses casos, como bem anota Pimenta (2012, p. 10-12), há um dever estatal não só de legislar a respeito de vários dispositivos do art. 170, mas também a prestações estatais materiais (como no caso de ações tendentes a propiciar um consumo ambientalmente adequado). Tais normas, além disso, como quaisquer outras, exigem interpretação e aplicação a situações em que se mostrem aptas a incidir. Se sua incidência será ou não decisiva, isso será dado, segundo a metódica estruturante, pelas circunstâncias do caso. Em outras palavras, o próprio caso poderá exigir a ampliação do papel do dispositivo na tarefa de concretização jurídica. Note-se que a formulação de Müller/Christensen (2004, p. 233) a respeito das normas programáticas – aí incluídas as diretivas político-jurídicas – afirma tratar-se delas de uma *lex imperfecta*: há um texto de norma como qualquer outro, com um âmbito de realidade para o qual, porém, em caso de desobediência – diretamente devido à formulação do texto de norma ou como um claro resultado do processo de concretização –, nenhum tipo de sanção será possível. Ora, a *contrario sensu*, aquilo que aparentemente é muito vago em sua formulação ou não aplicável às circunstâncias mais corriqueiras (inicialmente pensadas quando da formulação da norma), pode ser desmentido pelas circunstâncias do caso e pelo processo de concretização. Essa última afirmação é coerente com toda a formulação de Müller no sentido de que a norma não prescinde da análise das circunstâncias do caso, formando-se como resultado do processo de concretização. Portanto, embora compreendido na problemática categoria de “normas programáticas”, o texto do art. 170 engloba princípios e fins aptos a moldarem a compreensão da ordem econômica da Constituição também mediante aplicação direta e decisiva. Aliás, eles são mais precisos e têm maior densidade do que a simples referência ao Estado Social, constante da Constituição alemã. Como afirma Canotilho (1994, p. 436),

a clarificação semântica das ambiguidades lógicas do texto constitucional permitirá, por exemplo, demonstrar que a proclamada indeterminabilidade ou abertura das normas constitucionais não é sempre da mesma natureza nem significa sempre uma transferência da competência de decisão.

---

24 Assim com a tradicional abordagem de Silva (1982).



Voltando à situação hipotética aqui apresentada, embora a “busca do pleno emprego”, enquanto finalidade econômica prevista na Constituição, seja perseguida fundamentalmente por meio de políticas públicas instituídas pelo Estado (aí incluídas medidas legislativas e executivas)<sup>25</sup>, poderá ser aplicável também a situações em que se exerça a função judicante ou quase judicante (pelo Cade, por exemplo, ressaltando ainda ser o Cade órgão para adequada implementação de políticas do próprio Executivo). Seria cabível, pois, em circunstâncias específicas, impedir uma fusão de empresas (ou exigir medidas complementares para sua efetivação), que, dentro de determinado mercado, causará um impacto significativo em termos de desemprego, sem possibilidades de realocação daqueles trabalhadores prejudicados. Aplica-se aqui também, embora partindo de metodologia distinta, a lição de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 232), no sentido de que “uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual ou ‘estritamente jurídica’. Essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não têm necessária relação com o texto constitucional”. Ainda em linha metodológica próxima à de Virgílio Afonso da Silva (a metódica estruturante, como já referido, não diferencia entre princípios e regras), aponta Ávila (2009, p. 92), quando do trato com princípios, a necessidade de “progressiva delimitação do fim”, que por sua vez se dá em relação com o “contexto em análise”, para a aplicação do princípio. No exemplo hipotético aqui trazido, o contexto aponta para demissões em massa, o que justifica uma incidência mais precisa da finalidade da busca do “pleno emprego” e de valorização do trabalho enquanto direito social e enquanto fundamento da República. Não se pode, por outro lado, excluir a necessidade de eventual ponderação quanto a ganhos de eficiência, exteriorização e manifestação do âmbito normativo da livre iniciativa. Em inúmeras situações, parece necessária a aplicação de um criterioso juízo de proporcionalidade. Suponha-se, por exemplo, uma variante do caso apresentado, em que as demissões não serão tão significativas e que os ganhos de eficiência permitirão um maior desenvolvimento, em curto prazo, de determinada indústria, gerando mais e melhores empregos. A balança poderá, justificadamente, pender para o lado do estímulo à eficiência.

---

25 Outro exemplo encontra-se em Bercovici (2016, p. 528 e 529), em suas ponderações sobre o art. 219 da Constituição, já referido, que protege o mercado interno. A incidência direta de dispositivos constitucionais tidos como programáticos revela-se aqui pela própria avaliação e aferição de políticas públicas instituídas.

Quanto aos atos de concentração, a lei firmou disciplina sobre a matéria. O art. 88 da Lei nº 12.529/2012, em seus §§ 5º e 6º, foi categórico ao privilegiar os avanços tecnológicos e ganhos de eficiência como exceções à vedação de atos de concentração. Porém, a própria interpretação do dispositivo deve ser feita com a devida amplitude e consideração dos bens jurídicos constitucionais relevantes. Situações de colisão poderão surgir, exigindo-se uma cuidadosa ponderação.

## 5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PONDERAÇÃO E SEUS CUIDADOS NO DIREITO CONCORRENCIAL

A doutrina constitucional do pós-guerra, também conhecida como neoconstitucionalismo, rompe com o paradigma anterior, de um direito constitucional fraco e bastante reverente à força da lei, enquanto expressão da vontade majoritária do Parlamento. Tendo em vista a barbárie da Segunda Guerra, as Constituições ganham força também como repositórios de padrões de moralidade exigidos pelos povos em suas vivências e sua evolução culturais. Por outro lado, note-se que o termo neoconstitucionalismo é bastante amplo e abrange distintas correntes metodológicas (entre elas a teoria estruturante do Direito, de que ora vimos tratando), por isso é necessário cuidado quando de sua abordagem. Ainda assim, alguns padrões comuns podem dele ser retirados, dos quais destacam-se (MEDICI, 2015): a) a relação entre direito e moral, em que os princípios contidos na Constituição deixam de ser meramente retóricos; b) a força normativa da Constituição, cujas partes que extrapolam a organização do poder político são efetivamente consideradas como direito vigente; c) consequentemente, a ideia de filtragem constitucional, a exigir “*el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas*” (MEDICI, 2015)<sup>26</sup>; d) a necessidade de instituição de uma nova metódica, especialmente aberta à contribuição de outras ciências e saberes quando da resolução dos casos concretos; isso leva ao abandono daquilo que Castanheira Neves (1993) refere como o “método jurídico”, ou seja, um Direito que se pretendia autossuficiente e para o qual bastaria, além dos elementos tradicionais de interpretação, o senso comum do operador do Direito para a resolução das distintas situações que se lhe apresentavam.

---

26 Sobre a filtragem constitucional no Direito brasileiro, vide Schier (1999).

É neste contexto que surge a técnica da ponderação entre direitos fundamentais ou entre bens e direitos. Propõe-se que, havendo o conflito entre bens e direitos, é essencial a utilização do princípio da proporcionalidade. A partir de seus subprincípios, sacrifica-se o mínimo possível os direitos em jogo. De sua parte, porém, a teoria estruturante do direito entende que a ponderação, se necessária, deve ocorrer em um último momento do trabalho de concretização, apenas após esgotados todos os recursos do operador, no sentido de verificar a incidência e delimitação dos direitos em jogo, diante de um caso concreto (MÜLLER, 2004)<sup>27</sup>. Para Müller, o limite de cada direito fundamental, ou de um bem jurídico contemplado pela Constituição, é apenas encontrável durante o tratamento de um caso concreto. Nesse sentido, o pensamento de Müller distingue-se daquele da maioria da dogmática dos direitos fundamentais, que entende haver um âmbito de proteção já previamente definido para cada direito. Para Müller, esse chamado âmbito de proteção serve como referência dogmática e tem um valor pedagógico; porém, o caso concreto poderá exigir um elastecimento do âmbito comumente considerado de um direito.

No que tange ao direito concorrencial, distintos bens jurídicos surgem quando de sua aplicação, podendo exigir um cuidadoso procedimento de ponderação. Assim se dá com a ponderação entre eficiência e bem-estar do consumidor, de um lado; e a proteção da concorrência, de outro, que poderá ocorrer frequentemente na análise dos atos de concentração. Porém, quando da análise das condutas anticoncorrenciais, ela poderá ser impertinente em algumas hipóteses, como nas questões envolvendo aumento arbitrário de lucros e preços excessivos. Aqui não há razão para ponderação entre maior eficiência e/ou vantagens outras para o consumidor, de um lado; e proteção da concorrência e/ou outros bens jurídicos, de outro lado. É que, havendo preços excessivos ou aumento arbitrário de lucros na relação entre a operadora e o comerciante, tal prática deve sofrer uma sanção, independente de se outros benefícios foram gerados ao consumidor. Tome-se o exemplo das operadoras de cartões de crédito, típica de um mercado de dois lados (ou seja, em que a relação da operadora se dá tanto com o comerciante quanto com o consumidor titular do cartão). Em tais situações, as taxas abusivas cobradas dos pequenos comerciantes (no

---

27 Em sentido assemelhado quanto aos resultados, Castillo Córdova (2005). Contudo, para esse autor, não existe propriamente um conflito entre direitos fundamentais. Estes estariam já vocacionados a não conflituarem entre si, o que parece aproximá-lo da ideia de limites imanentes dos direitos.

cartão de crédito, até por volta de 2015 não era incomum pequenos comerciantes pagarem 5% por transação, além de pagarem uma taxa de aluguel da chamada “maquininha”) caracterizam, a nosso ver, por si só, uma prática de preços excessivos, independentemente de a utilização dos cartões gerar maior comodidade para o consumidor. Ora, a busca de vantagens para o consumidor deve ocorrer dentro da moldura normativa tolerada e sugerida pela Constituição e pelo restante do ordenamento jurídico. O mesmo ocorre na situação de aumento abusivo de preços por quem detém posição dominante. O legislador já fez opções entre os bens considerados, cabendo ao Judiciário aplicar a solução ali definida.

Já quando a ponderação é possível, cabe uma vez mais atentarmos para as conclusões do Tribunal Europeu no caso *British Airways*. Decidiu-se ali que pode haver uma ponderação entre desvantagens para a concorrência e as eficiências geradas por novos processos. Contudo, tais eficiências não podem apenas ser gerais, devendo efetivamente beneficiar o consumidor. Tudo isso é ainda carregado de exigências. E a balança tende a pender para a proteção da concorrência (WURMNEST, 2012, p. 214).

No Brasil, como referido, a questão merece reflexão mais aprofundada, desde que uma alteração legislativa garantiu que a conquista de mercado decorrente de processos mais eficientes é lícita, não gerando, por si só, uma situação de ilicitude<sup>28</sup>.

Uma maior eficiência, porém, não gera, por si só, o bem-estar do consumidor. Há inúmeros casos em que o aumento da eficiência serve unicamente para aumentar a desigualdade social, mediante redução de salários e conquistas sociais; e outros em que, a despeito dos ganhos de eficiência, isso não se reflete nos preços, mas unicamente no aumento dos lucros da empresa. Contudo, supondo-se que a eficiência gerasse, por si só, o bem-estar do consumidor, nem seu aumento, nem o bem-estar do consumidor poderiam, como já referido, ser considerados bens jurídicos exclusivos ou superiores a outros que também recebem proteção constitucional.

Wurmnest (2012, p. 220) refere a própria proteção da liberdade individual de ação<sup>29</sup> em face do poder econômico como intimamente ligada à ordem econômica e à ordem jurídico-privada. Isso, por si só, impediria a

28 Art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/2011.

29 Trata-se de uma espécie de direito fundamental peculiar ao Direito alemão, decorrente de construção jurisprudencial. Para uma visão mais aprofundada, vide Sousa (1998).

consideração da eficiência como bem jurídico preponderante, mesmo que a legislação assim determinasse, pois a ordem jurídica deve ser vista em sua inteireza, e não a partir de um único diploma legislativo. Nesse sentido, para Wurmnest (2012, p. 220-21), deve ser considerada a “ordem de valores objetiva” da Constituição. Ora, *mutatis mutandis*, o mesmo pode ser dito em relação à ordem jurídica brasileira. À parte a crítica da metódica estruturante à suposta “ordem objetiva de valores”<sup>30</sup>; à parte também a questão da existência de um direito geral de personalidade no Direito brasileiro<sup>31</sup>, a garantia da livre concorrência e da livre iniciativa em nossa Constituição exigem considerações para além da eficiência.

Não bastasse tudo isso, as estimativas sobre ganhos de bem-estar, sejam eles gerais, sejam os de bem-estar do consumidor, são frequentemente vagas, incapazes de gerar algum grau de certeza razoável sobre sua futura existência. As prognoses em geral, incluindo aquelas sobre resultados de mercado, ainda são muito incertas (WURMNEST, 2012, p. 223). Tudo isso gera uma série de insegurança no âmbito normativo de possíveis normas que se valem de contribuições da ciência econômica ou da economia política.

Como referido, importa salientar a postura crítica da metódica estruturante do direito às ponderações (MÜLLER, 2004). Ao contrário de uma postura acrítica, é essencial ter em mente que não se pondera um valor contra o outro, nem um bem jurídico contra o outro de forma estanque, absoluta. Antes, procura-se o significado de cada um dos bens jurídicos em jogo no caso concreto<sup>32</sup>. Portanto, no tema ora estudado não existe a liberdade de concorrência como algo abstrato, mas antes esferas e possibilidades de livre concorrência que se apresentam diante de cada caso concreto (WURMNEST, 2012, p. 226).

Além disso, no âmbito do direito concorrencial, que sofre o influxo dos direitos e bens jurídicos constitucionalmente positivados, para além de exclusivas considerações microeconômicas, é necessário e importante ponderar tanto as esferas de liberdade entre os concorrentes quanto os efeitos de determinadas medidas sobre o outro lado do mercado (*Marktgegenseite*).

30 Em sentido crítico, Friedrich Müller (2004, p. 72).

31 Para uma digressão que o considera existente, *vide* Bornholdt (2010, p. 323 e ss.), filiando-se a uma corrente desenvolvida já desde antes do advento da Constituição de 1988, pelos Professores José Lamartine Correa de Oliveira Lyra e Francisco José Ferreira Muniz (1980), em importante artigo.

32 Sobre o tema, *vide* Bornholdt (2005). No mesmo sentido, Wurmnest (2012, p. 226).

É preciso, pois, concluir que, ao menos em médio prazo, o outro lado do mercado terá vantagens. Trata-se de mais uma contribuição que as possibilidades do âmbito normativo oferecem à resolução dos casos concretos (WURMNEST, 2012, p. 227-228).

## 6 SOBRE A POSSÍVEL APLICAÇÃO E O LUGAR DOS MODELOS ECONÔMETRICOS NAS APURAÇÕES DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Em vista das considerações apresentadas *supra*, a noção de uma “revolução do antitruste” no Brasil, embora trazendo contribuições significativas a partir de estudos econométricos, afigura-se reducionista e, por vezes, inconstitucional, por deixar de levar em conta outros bens jurídicos necessários quando das análises de atos de concentração e de condutas anticoncorrenciais. Ainda que os mesmos resultados pudessem ser alcançados, é fundamental a referência, em tais análises, a esses outros bens jurídicos.

Segundo Elizabeth Farina (2008, p. 10), um dos aspectos da revolução do antitruste no Brasil dá-se pelo “uso intensivo das análises econômicas, em especial de modelos e estimações quantitativas, tendência que se acentuou também a partir de 2002, com o caso Nestlé-Garoto e Vale do Rio Doce”. O que se tem no geral, porém, são análises econométricas que buscam justificar concentrações empresariais e outras condutas com potencial infracional a partir de dois vetores: o bem-estar do consumidor e o bem-estar dos produtores, eufemisticamente chamado de bem-estar geral.

Ora, como já exposto antes, tais tentativas têm uma característica bifronte para a ciência jurídica: de um lado, representam efetivamente um aperfeiçoamento e aprofundamento do âmbito normativo, a partir das análises econométricas e do aporte de instrumentos da ciência econômica para a aferição do bem-estar do consumidor<sup>33</sup>; de outro, contudo, circunscrevem a análise jurídica quase que exclusivamente à avaliação do bem-estar do consumidor ou dos produtores, sem consideração por outros bens jurídicos relevantes já citados, como a defesa da concorrência, a estruturação do mercado interno, a defesa da pequena e média empresas, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais, fins esta-

33 Para uma análise da utilização desses instrumentos no Brasil, no caso Nestlé-Garoto, bem como do debate entre bem-estar do consumidor e bem-estar do produtor, *vide* o artigo de Jorge Fagundes (2008, p. 141 e ss.).

belecidos nos arts. 3º, 170 e 219 da Constituição, e imediatamente aplicáveis à análise dos atos de defesa da concorrência. Nesse sentido, geram um âmbito normativo circunscrito que acaba por ignorar outras possibilidades apresentadas pelo programa normativo decorrente desses enunciados constitucionais.

Deve-se ressaltar, ainda, que, embora a aplicação dos modelos econométricos seja por vezes necessária, deve ela ser realizada com toda a cautela e levando-se em consideração postulados do Estado de Direito. Por isso, esse método de avaliação deve ser transparente, previsível e passível de judicialização (RITTNER; DREHER; KULKA, 2014, p. 224). Em outras palavras, deve-se poder colocar tais modelos em xeque.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de distintos bens jurídicos no próprio texto constitucional torna inadmissível que o Direito brasileiro procure se pautar pela busca de um único bem jurídico, seja ele a eficiência, a maximização da riqueza ou o bem-estar do consumidor, quando da análise de condutas anticoncorrenciais.

A ideia de uma proteção exclusiva do consumidor como critério para a aferição de condutas anticoncorrenciais ganhou fôlego, como demonstrado ao longo desse trabalho, com a ênfase no *more economic approach*. Contudo, o bem-estar do consumidor é apenas um dos bens jurídicos a serem considerados, juntamente com outros, como a exigência de mercados abertos e da garantia de um processo adequado de funcionamento do mercado interno.

Deve-se levar em conta, ainda, perante nosso direito, objetivos como a proteção das pequenas e médias empresas, a necessidade de proteção e equilíbrio do mercado interno enquanto agente promotor de desenvolvimento socioeconômico e de bem-estar, e a proteção do trabalho. Todos esses são bens jurídicos já constantes da Constituição e que se concretizam no programa normativo relativo a casos de direito concorrencial. Quanto à eficiência, trata-se de manifestação do âmbito normativo no processo de construção das normas de direito concorrencial. Certamente é um valor importante quando das análises econométricas. Cabe, porém, concluir que a avaliação isolada das eficiências gera uma visão unilateral e deturpada do próprio processo econômico: é fundamental analisar a escassez de todos os

bens em proporção adequada, conforme já preconizava Eucken (supracitado), um dos expoentes do ordoliberalismo alemão<sup>34</sup>.

A ponderação entre eficiência e/ou bem-estar do consumidor, de um lado; e a proteção da concorrência, de outro, ocorrerá fundamentalmente na análise dos atos de concentração. Já, na análise de algumas condutas anticoncorrenciais, como nas questões envolvendo aumento arbitrário de lucros e preços excessivos, poderá ser inadequada. Isso porque a busca de vantagens para o consumidor deve ocorrer dentro da moldura normativa tolerada e sugerida pela Constituição e pelo restante do ordenamento jurídico. Ora, em várias situações, essa específica ponderação já foi realizada pelo legislador. De se lembrar que, consoante a metódica estruturante do Direito, a ponderação deve ser feita não entre direitos ou bens em abstrato, mas conforme seu significado nas concretas situações em que se apresentem. Além disso, a ponderação deve ser utilizada como um último recurso, após a finalização de todas as etapas anteriores do processo de concretização.

Em vista do exposto, a aplicação de modelos econométricos não deve circunscrever a análise jurídica à avaliação do bem-estar do consumidor ou dos produtores, sem consideração por outros bens jurídicos relevantes a que já se fez alusão, como a defesa da concorrência, a estruturação do mercado interno, a defesa da pequena e média empresas e a busca do pleno emprego. É apenas desse modo que a Constituição e os direitos e bens jurídicos atinentes à ordem econômica serão respeitados, dentro de um adequado procedimento metódico de concretização de suas normas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. M. A. de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

AGUILAR CAVALLO, G. Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, v. XLIX, n. 146, p. 13-59, mayo/agosto 2016.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

34 Em contraste às teorias tradicionais do *laissez faire*, o ordoliberalismo pregava a importância da regulação estatal para que uma sadia e adequada concorrência pudesse existir. Desenvolveu-se na segunda metade do século passado, em uma Alemanha refundada (WURMNEST, 2012, p. 151).



BEJARANO, J. A. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, v. 1, n. 1, p. 155-167, 1999.

BERCOVICI, G. *Direito econômico aplicado: estudos e pareceres*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

BERGSON, H. *Introdução à metafísica*. Coleção “Os Pensadores – William James/Bergson”. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

BORNHOLDT, R. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Ed. Bildung, 2010.

BORNHOLDT, R. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BORNKAMM, J.; MONTAG, F.; SÄCKER, F. J. *Münchener Kommentar*. Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht. 2. ed. München: C. H. Beck, v. 2, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A.. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTILLO CÓRDOVA, L. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales*, v. 1, n. 12, 2005.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EUCKEN, W. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. 7. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

FAGUNDES, J. Análise antitruste do caso Nestlé-Garoto: bem-estar social e simulação de fusões. In: MATTOS, C. (org.). *Revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, v. 2, 2008.

FARINA, E. Prefácio. In: MATTOS, C. (org.). *Revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, v. 2, 2008.

FRANCISCO, R. M. A teoria da justiça de Ronald Dworkin e uma análise jurídica dos programas de ações afirmativas. *Revista de Direito*, [S.l.], v. 13, n. 3, p. 1-31, 2021. DOI: 10.32361/2021130312416. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/12416>. Acesso em: 11 ago. 2022.

LYRA, J. L. C. de O.; MUNIZ, F. J. F. O estado de direito e os direitos de personalidade. *RT*, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

MATTOS, C. (org.). *Revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, v. 2, 2008.

MEDICI, A. Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo. In: *Derecho Político*. EDUNLPam, 2008. p. 1-10.

MÜLLER, F. *Abwägung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014a.

MÜLLER, F. *Juristische Methodik*. 9. ed. Berlin: Duncker & Humblot, v. 1, 2004.

MÜLLER, F. *Metódica jurídica e sistema político*. Elementos de teoria constitucional II. Joinville: Bildung, 2014b.

NAGEL, B. Wettbewerb und Rechtsordnung. In: *Kritische Justiz*. Baden Baden: Nomos Verlag, 2007.

PIMENTA, P. R. L. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*, 193, 2012.

POSNER, E. Combate antitruste está de volta aos EUA. *Valor Econômico*, p. A15, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniaocoluna/combate-antitruste-esta-de-volta-aos-eua.ghml>. Acesso em: 9 ago. 2021.

POSNER, R. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RITTNER, F.; DREHER, M.; KULKA, M. *Wettbewerbs- und Kartellrecht*. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts. 8. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

ROTHENBURG, W. C. *Direitos sociais são direitos fundamentais*. Bahia: JusPodivim, 2021.

SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, F. M. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito constitucional brasileiro*. Constituições econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHULER, M. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. Edição contemporânea (baseada na 3ª ed., de 1927). Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 2014.

SCHIER, P. R. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, C. *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982.

SILVA, V. A. da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA, R. C. de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Almedina, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. C-95/04 P – British Airways v. Commission. *InfoCuria Case-law*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-95/04>. Acesso em: 19 set. 2022a.

UNIÃO EUROPEIA. Case-law. C-501/06 P - GlaxoSmithKline Services and Others v. Commission and Others. *InfoCuria*. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-501/06&language=en>. Acesso em: 19 set. 2022b.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, 2016. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF). Acesso em: 9 ago. 2021.

WURMNEST, W. *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

#### Sobre o autor:

**Rodrigo Meyer Bornholdt** | E-mail: [prazos@bh.adv.br](mailto:prazos@bh.adv.br)

Mestre em Direito do Estado e Doutor em Direito das Relações Sociais, ambos pela Universidade Federal do Paraná. Foi Pesquisador-Visitante em Münster, na área de Direito Concorrencial, em 2015. Foi Professor de Ciência Política e Direito Constitucional na Universidade da Região de Joinville (Univille). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Energia (IBDE). Advogado e Diretor-Presidente da Bornholdt Advogados.

Data de submissão: 15 de agosto de 2022.

Data de aceite: 4 de outubro de 2022.