

A LIBERDADE INDIVIDUAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: o papel da democracia e da teoria do discurso

Cristiane de Oliveira Coelho

1. Introdução

“Seremos mais liberais que Berlusconi.” É com a promessa de Bersani, atual Ministro do Desenvolvimento Econômico da Itália, que a revista *The Economist* inicia sua análise sobre os rumos da política econômica do recém-eleito governo de Romano Prodi. O artigo, publicado na edição de 8 de julho de 2006, ressalta o contraste entre as primeiras medidas tomadas (e anunciadas) pelo governo e a expectativa inicial do mercado sobre o desempenho de Prodi no poder. Sua posição centro-esquerdista e a formação comunista de seus Ministros pareciam indicar posturas intervencionistas, mas a aprovação de uma lei abolindo a regulamentação de diversas atividades econômicas (tais como a proibição de venda de medicamentos em supermercados, ou de que novas licenças de táxi fossem concedidas por autoridades locais) não só surpreendeu como acalmou investidores e analistas econômicos.

De fato, antes da publicação de tais medidas, especulava-se que o governo de Prodi seria incapaz de promover mudanças estruturais liberalizantes na Itália. Stuart Baimel, por exemplo, na edição de junho da revista *The Stanford Progressive*, tornou pública sua aposta de que Prodi não conseguiria implementar tais reformas. Segundo o autor, além da base governista ter declarado seu repúdio às medidas liberais herdadas do ex-governo Berlusconi, também a sociedade italiana parecia não querer apoiar tais propostas. O primeiro argumento parece ter sido derrubado pela citada promessa de Bersani, que é um antigo membro do partido comunista italiano; quanto ao segundo argumento, contudo, deve-se considerar que as reações da sociedade civil às mudanças implementadas demandam uma análise mais cuidadosa. Poucos aceitariam, por exemplo, o protesto dos motoristas de táxi contra o aumento de concessões de licenças como uma manifestação séria de contrariedade a reformas liberais – certamente se argumentaria que tal atitude não passa de uma tentativa egoísta de manter

privilégios à custa da sociedade. Tampouco uma possível reivindicação de farmacêuticos contra a concorrência gerada pelos supermercados seria vista com bons olhos – afirmar-se-ia que seu monopólio de venda torna os medicamentos mais caros para o consumidor, devendo ser abolido.

Por outro lado, no entanto, quando trabalhadores franceses mobilizaram-se contra medidas neoliberais, como a flexibilização de contratos de trabalho,¹ a sociedade civil e internacional (ao menos em parte) pareceu encarar o protesto como uma justificativa aceitável à não liberalização. Mas o que distinguiria a manifestação dos taxistas ou farmacêuticos italianos dos protestos de trabalhadores franceses? Não estariam os trabalhadores, assim como os taxistas, lutando por privilégios mantidos à custa da sociedade?² O que diferencia uma manifestação da outra? Quais os privilégios que devem ser mantidos em detrimento da concorrência? Aliás, a concorrência implementada por reformas liberais tem mesmo o sentido de redução de privilégios no campo da economia?

¹ Em 28 de março desse ano, quase três milhões de franceses saíram às ruas para protestar contra o conjunto de medidas lançado pelo primeiro-ministro Dominique de Villepin, conhecido como CPE (*Contrat Première Embauche* – “Contrato de Primeiro Emprego”). As medidas visavam permitir que empregadores dispensassem imotivadamente trabalhadores franceses menores de 26 anos nos dois primeiros anos de seu contrato. Segundo o Governo, a flexibilização do contrato de trabalho nesse ponto iria incentivar o maior número de contratação de jovens pelas empresas. Curvando-se a este e a outros protestos, o presidente Jacques Chirac, em 10 de abril, desistiu de implementar o CPE.

² Keynes observa que a teoria do emprego desenvolvida pelos economistas clássicos assenta-se sobre duas premissas: (i) o salário é igual ao produto marginal do trabalho, e (ii) a utilidade do salário é igual à desutilidade marginal do emprego, o que quer dizer que nenhum homem aceitaria um trabalho que lhe rendesse uma utilidade salarial inferior ao ócio. Conseqüência lógica da adoção dessa segunda premissa, portanto, é a inexistência de desemprego involuntário; para a teoria clássica, presume-se que todos os homens (inclusive os desempregados) fizeram um acordo tácito a respeito do salário mínimo necessário para o emprego de sua mão-de-obra. Ou seja, se os trabalhadores concordassem em ganhar menos, mais pessoas estariam empregadas, e quando aqueles que já estão empregados recusam-se a aceitar uma redução salarial, apesar da não concordância dos desempregados, o fazem em detrimento do bem-estar desses últimos (*Teoria geral do emprego do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. 12. tir. São Paulo: Atlas, 1982. p. 24-36). O impacto da recusa de negociação pelos trabalhadores também poderia se traduzir em maiores preços ao consumidor.

Não se pode esperar responder a tais questões sem antes investigar quais seriam as razões do Estado para preocupar-se com problemas econômicos. Em função disso, o próximo tópico buscará explicitar o que está por trás dos desejos desenvolvimentistas e distributivos da sociedade, para só então passar à análise das justificativas do liberalismo, do intervencionismo e do neoliberalismo, discutindo como o Estado, por meio do Direito da Concorrência, incorporou cada uma dessas vertentes. Em seguida, serão apresentadas algumas incongruências desses paradigmas, o que levará à necessidade de conceber uma nova postura do Estado quanto à implementação da concorrência nos mercados, o que necessariamente deverá incluir uma maior preocupação com a realização de princípios jurídicos.

2. O desenvolvimento econômico como requisito de liberdade individual

É certo que desde os primórdios da civilização os homens conheciam formas de interação eminentemente econômicas, ou seja, baseadas na decisão de empregar recursos produtivos escassos para produzir e distribuir mercadorias. No entanto, o fenômeno econômico só adquirirá *status* de objeto de estudo, de verdadeira disciplina, a partir do século XVIII, principalmente com a publicação, em 1776, do livro *A riqueza das nações*, de Adam Smith. Mas é no século XIX que a preocupação econômica, sobretudo com o lucro, finalmente se estabelece como base central das relações humanas. É nesse sentido que Polanyi observa que:

“[a]ll types of societies are limited by economic factors. Nineteenth century civilization alone, though, was economic in a different and distinctive sense, for it chose to base itself on a motive only rarely acknowledge as valid in the history of human societies, and certainly never before raised to the level of justification of action and behavior in everyday life, namely, gain”.³

A transformação cultural decorrente desse novo papel atribuído pelo século XIX às trocas econômicas – qual seja o papel de base da sociedade em

³ POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957. p. 30.

função de seu atributo de gerar lucro – é muito bem percebido por Simmel.⁴ Segundo o autor, a economia de dinheiro foi um dos principais elementos de diferenciação entre a Idade Moderna e a Medieval.

O homem medieval encontrava-se submerso numa relação com a comunidade, com uma corporação de ofício ou com uma propriedade feudal, que determinavam sua própria personalidade. Os círculos sociais na Idade Média absorviam completamente os indivíduos que os compunham. Uma comunidade de tecelões, por exemplo, não era uma mera associação que se limitava a cuidar dos interesses dos indivíduos enquanto tecelões; era, na verdade, uma comunidade de vida, que se preocupava com aspectos religiosos, morais, políticos, técnicos, sociais etc. A economia do dinheiro veio transformar tais relações. Ela possibilitou que aquelas estruturas medievais passassem a exigir somente contribuições monetárias de seus membros, em substituição à dedicação completa antes demandada. Essa circunstância libertou o sujeito de laços constrangedores, ele passa a vincular-se ao todo apenas pela doação de dinheiro e não mais pela colaboração pessoal.⁵

O dinheiro aumentou, portanto, a autonomia e a independência da pessoa, abrindo um espaço extraordinariamente vasto para a individualidade. Essa estreita ligação entre liberdade individual e dinheiro pode ser comprovada por diversos fatos históricos. Em Roma, por exemplo, a *Lex Poetelia Papiria* transferiu a execução de dívidas do corpo do devedor para o seu patrimônio, nitidamente privilegiando a liberdade individual. Na Inglaterra, a partir do século XIII, os condados puderam substituir seu dever de adquirir soldados e trabalhadores por meio de pagamentos em dinheiro, e os camponeses passaram a escolher se pagavam seus deveres aos senhores feudais com dinheiro ou com trabalho.⁶

⁴ SIMMEL, Georg. *O dinheiro na cultura moderna*. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2005. p. 23-40.

⁵ Simmel explica: “A substituição do desempenho pessoal pelo pagamento em dinheiro liberta, de repente, a personalidade da cadeia específica imposta pela obrigação de trabalho: agora não era mais a atividade concreta pessoal que o outro podia reivindicar, mas, sim, somente o resultado impessoal dessa atividade” (Op. cit., p. 29).

⁶ Simmel também aborda a capacidade que o dinheiro tem de oprimir o indivíduo ao substituir na sua vida o valor qualitativo pelo quantitativo. Neste trabalho, entretanto, a análise ficará restrita ao caráter libertador do dinheiro.

Esse caminho à individualização do homem moderno ocidental, conquistado em parte pelo dinheiro, também sofreu enorme contribuição do plexo de idéias e valores, ou seja, da ideologia que foi sendo construída historicamente. De acordo com Dumont, a transformação da sociedade ocidental no sentido de seu afastamento das chamadas sociedades tradicionais deveu-se a uma revolução dos valores reconhecidos pelo conjunto de indivíduos. Essa mudança de valores foi impulsionada pela expansão do caráter individualista da doutrina cristã não só no âmbito da Religião, mas também no âmbito do Estado, já que o nascimento deste está intrinsecamente ligado à Igreja, tendo mesmo herdado seus caracteres essenciais desta instituição. Mas é quando a economia começa a diferenciar-se da política no campo ideológico que uma verdadeira revolução de valores chega a impulsionar a transformação de uma sociedade baseada no holismo para uma sociedade essencialmente individualista.⁷ Comentando o pensamento de Locke, Dumont demonstra o importante papel do nascimento de uma ideologia econômica para a confirmação do individualismo:

“Possession is not a historically transient accident of a permanent phenomenon called individualism; on the contrary, it is in the guise of possession or property that individualism raises its head, knocks any remnant of social submission and ideal hierarchy in society, and installs itself on the throne thus made vacant. I need not here labor the point: economics as a ‘philosophical category’ represents the acme of individualism and as such tends to be paramount in our universe”.⁸

Tanto na visão de Simmel quanto na de Dumont, portanto, a importância da economia na sociedade moderna tem a ver com sua aptidão para promover a liberdade individual. A economia permitiu que o ser humano viesse a ser concebido como um fim em si mesmo e não mais como uma simples peça

⁷ A diferença entre sociedades holísticas e individualistas é exposta por Dumont da seguinte maneira: “On the one hand, most societies value, in the first place, order: the conformity of every element to its role in the society – in a word, the society as a whole; this is what I call ‘holism’. On the other hand, other societies – at any rate ours – value, in the first place, the individual human being; for us, every man is, in principle, an embodiment of humanity at large, and as such he is equal to every other man, and free. This is what I call ‘individualism’” (*From Mandeville to Marx: the genesis and triumph of economic ideology*. Chicago: University of Chicago Press, 1977. p. 4).

⁸ Op. cit., p. 53-54.

de sua comunidade. Desse modo, é o caráter transcendente da economia que justifica seu papel de destaque no mundo contemporâneo. A economia não fundamenta a si mesma, sua relevância não advém do fato de que são as trocas econômicas que garantem a subsistência do indivíduo. Aliás, se assim o fosse, não haveria por que seu nascimento ter sido tão tardio, pois como ressaltou Polanyi, em passagem transcrita mais acima, todas as sociedades, desde sempre, conheceram as limitações de fatores econômicos e tiveram que lidar com eles para sobreviver. É por ser um requisito da liberdade individual que o desenvolvimento econômico, materializado na preocupação com o lucro, ganhou posição de relevo a partir da Idade Moderna.

3. Liberalismo, intervencionismo e neoliberalismo

Passa-se então à questão de como a disciplina econômica desenvolveu teorias para explicar ou mesmo otimizar a configuração do mercado, e como cada uma delas concebeu o papel do Estado na promoção de tal fim. Como se perceberá, no início, as diversas doutrinas esboçam uma preocupação direta com os reflexos morais e jurídicos das atividades econômicas, em como o mercado deveria estruturar-se para melhor promover a liberdade individual. Posteriormente, no entanto, no âmbito de aplicação prática de tais doutrinas, a correlação entre desenvolvimento econômico e liberdade individual parece ser tão evidente que não mais se considera necessário discutir de forma direta as implicações das atividades econômicas sobre o princípio valorativo que lhe dá base. Os sistemas de conhecimento técnico, especialmente os desenvolvidos pela Economia, substituem a linguagem natural. Acredita-se ser suficiente procurar soluções para o mercado, posto que o benefício moral invariavelmente aparecerá como uma consequência natural das medidas tomadas.

3.1. O liberalismo

Até o final da I Guerra Mundial a relação mercado x Estado dava-se por meio de um dirigismo econômico negativo. A maioria das normas interventoras assumia caráter proibitivo e repressivo, que não tinha a pretensão de induzir os entes privados a certos comportamentos ou de obrigar qualquer prestação positiva conforme o interesse definido pelas autoridades estatais. Essa é, em linhas gerais, a descrição da configuração do Estado correspondente ao modelo jurídico-econômico liberal, que se assentava sobre a separação

absoluta entre direito público e privado, reconhecendo o predomínio da vontade privada na esfera econômica.

Santos, Gonçalves e Marques reconhecem como finalidade da concepção liberal de Estado a promoção da liberdade individual.⁹ O Estado seria tanto mais perfeito quanto mais permitisse e garantisse o desenvolvimento desse princípio. Conseqüentemente, a tarefa estatal não era a de prescrever fins para cada cidadão, mas atuar de modo a que cada indivíduo pudesse alcançar seus fins individuais, ou seja, de modo a que pudesse exercer da maneira o mais plena possível a sua liberdade. Isso não quer dizer, entretanto, que a atividade do Estado estivesse sempre pautada por uma preocupação direta com a implementação da liberdade; ao contrário, partiu-se da premissa inafastável de que o Estado deveria afastar-se do mercado e, então, o interesse político básico passou a ser o de se encontrar formas jurídicas capazes de assegurar o distanciamento estatal das questões econômicas.

A opção pelo gerenciamento da economia em vez da promoção direta da liberdade individual foi ideologicamente justificada a partir da construção paradigmática de Adam Smith. Hirschman explica que a teoria do autor escocês, exposta na obra *The theory of moral sentiments*, parte de uma multiplicidade de sentimentos e paixões dos indivíduos para chegar num denominador único, que é exatamente o de melhora de seu bem-estar material;¹⁰ e explica que depois, no livro *A riqueza das nações*, Adam Smith passa a investigar em detalhes apenas as condições necessárias para que o objetivo de enriquecimento dos indivíduos possa ser alcançado com sucesso. Ou seja, o resultado não-econômico da atividade econômica é que permitiu a Adam Smith concentrar seus esforços apenas sobre o estudo do mercado. Para ele, isso não o afastaria de suas preocupações iniciais com a personalidade humana.

⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 20-23.

¹⁰ Hirschman explica: “Smith was of course fully aware of these other passions and had indeed devoted an important treatise to them. It is precisely in *The Theory of Moral Sentiments* that he paves the way for collapsing these other passions into the drive for the ‘augmentation of fortune’. Interestingly enough, he does so in the guise of doing the opposite, for he goes out of his way to stress the noneconomic and nonconsumptionist motives that are behind the struggle for economic advance” (*The passions and the interests: political arguments for capitalism before its triumph*. Princeton: Princeton University Press, 1981. p. 108).

E como já se poderia prever pela descrição do Estado liberal feita anteriormente, a conclusão de Adam Smith sobre as circunstâncias que levariam o indivíduo a atingir seu objetivo de enriquecimento abrangia, especificamente, o afastamento do Estado da economia. Em suas palavras:

“It is thus that private interests and passions of individuals naturally dispose them to turn their stock towards the employments which in ordinary cases are most advantageous to the society. (...) Without any intervention of law, therefore, the private interests and passions of men naturally lead them to divide and distribute the stock of every society, among all the different employments carried on in it, as nearly as possible in the proportion which is most agreeable to the interest of the whole society”.¹¹

O modelo jurídico-legal, portanto, deveria prever garantias que protegessem o mercado e o indivíduo da ingerência indevida do Estado. É com esse intuito que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, estabeleceu, por exemplo, em seu artigo V, que “a lei só tem direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade, tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”; e que sua segunda edição, em 1793, reforçou, em seu artigo XVII, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria dos cidadãos”.

Como se pode perceber, ao contrário do que muitos alegam, o aparecimento do Direito da Concorrência não é um fenômeno condizente com o paradigma liberal.¹² Afinal de contas, o Direito Antitruste demanda uma atividade positiva do Estado no sentido de interferir no mercado para impedir a formação de grandes trustes e conglomerados. Dessa maneira, como se buscará demonstrar em seguida, só pode ser visto como um subproduto da doutrina intervencionista.

¹¹ SMITH *apud* HIRSCHMAN, Op. cit., p. 110-111.

¹² Poderia parecer conveniente inserir a discussão de se o direito da concorrência é um direito de primeira, segunda ou terceira geração. No entanto, como se verá no restante do trabalho, não faz sentido falar em direito antitruste sem falar em direito de liberdade. É melhor considerar o primeiro como um acréscimo paradigmático ao segundo, ou seja, como parte de um novo arcabouço conceitual específico por meio do qual o direito de liberdade passa a ser entendido, descrito e trabalhado.

3.2. *O intervencionismo*

Até o século XX, a ideologia liberal reinou quase absoluta sobre intelectuais e chefes de Estado (é certo que mais sobre os primeiros do que sobre os segundos, mas não interessa, no momento, aprofundar-nos sobre esse ponto). Keynes observou que o fato de a vitória do liberalismo ter sido tão completa provavelmente se deveu a um complexo de afinidades entre sua doutrina e o meio em que foi lançada. Deu-lhe autoridade, por exemplo, “o fato de poder explicar muitas injustiças sociais e crueldades aparentes como incidentes inevitáveis na marcha do progresso, e de poder mostrar que a tentativa de modificar esse estado de coisas tinha, de modo geral, mais chances de causar certos danos que benefícios”.¹³ Por essa razão, a teoria econômica não se atreveu a fornecer critérios práticos para a conduta estatal até o final da I Guerra Mundial, quando só então os economistas passaram a se interessar pela administração pública da economia.¹⁴

O poder econômico privado e as preocupações com bem-estar social são vistos como os principais responsáveis pelo surgimento desse interesse, que acarretou na tentativa de produzir um sistema de normas capazes de conduzir, reger e disciplinar o fenômeno econômico.¹⁵ O mercado deixou de ser um setor indiferenciado da atividade privada para ser objeto específico da atividade conformadora dos Poderes Públicos. Surge, então, a figura do Estado de Bem-Estar Social, principal responsável pela condução e operatividade das forças econômicas.

A ciência econômica já não espera que do simples jogo das vontades e interesses privados apareça espontaneamente a melhor solução para os problemas alocativos. O paradigma keynesiano demonstra que, se deixado a agir sozinho, o mercado atinge uma posição de equilíbrio abaixo do pleno emprego e, por essa razão, o Estado precisaria assumir o encargo não só de ampliar a oferta de recursos para investimentos, mas também de aumentar os gastos com obras públicas. Keynes derruba até mesmo o dogma da austeridade fiscal do Estado, propondo que em tempos de queda de receita motivada pela

¹³ KEYNES, Op. cit., p. 43.

¹⁴ CASTRO, Marcus Faro. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, ago.-set. 2005.

¹⁵ Nesse sentido: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005; entre outros.

retração da renda, o Poder Público devesse operar em déficit, aumentando os investimentos como forma de livrar a economia de uma recessão de demanda. O Estado funcionaria não só como um gerenciador, mas também como um possibilitador do mercado.

Não há que se dizer, entretanto, que o nascimento dessa nova teoria econômica, ou do paradigma intervencionista como um todo, esteja umbilicalmente ligada a uma visão essencialmente mais solidária do que a do paradigma liberal. A preocupação com o próximo pode ser uma consequência ou mesmo um requisito, mas não o valor básico do Estado de Bem-Estar Social. De fato, como ressalta Skidelsky, Keynes tinha uma formação extremamente liberal. Sua teoria econômica foi construída sob o temor de que no futuro, diante da ausência de crença na economia, não mais se repetisse o estado de espírito de liberdade experimentado antes das grandes guerras. Depois de uma visita à URSS, em 1925, Keynes escreve que o capitalismo moderno é completamente descrente e que “um regime desses tem de ser imensamente, e não apenas moderadamente, bem-sucedido para sobreviver”.¹⁶ O paradigma keynesiano, portanto, assim como o de Adam Smith, procura encontrar uma solução econômica para o problema da liberdade individual, mas, dessa vez, o Estado adquire um papel central e não mais periférico.

Com base nessa teoria, o Estado passa a assumir, com frequência, formas de atividades organizadas para a produção e distribuição de bens e serviços para o mercado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo. Também por meio do Direito o Estado tenta conformar um sistema de intervenção, assumindo a norma jurídica um conteúdo econômico e social e não mais de mera blindagem do cidadão contra o Poder Público. As Constituições também recebem capítulos inteiros dedicados à Ordem Econômica e Social, ampliando e destacando a importância da função intervencionista do Estado. A essa nova postura do Direito em face da economia Marcus Faro denominou “Primeiro Direito Econômico”, ramo do Direito responsável por sistematizar aquele conjunto de normas jurídicas condutoras das práticas administrativas que estavam na base da política econômica.

Uma das formas de intervenção assumida pelo Estado foi exatamente a do Direito Antitruste. A primeira lei surgiu no Canadá, em 1889, mas o verdadeiro marco legislativo é atribuído pela doutrina ao Sherman Act, editado em 1890 nos Estados Unidos. A percepção de que os grandes conglomerados econômicos poderiam produzir diversos efeitos lesivos sobre

¹⁶ SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 37.

as esferas social, econômica e política de uma dada comunidade criou os fundamentos para o desenvolvimento de uma legislação protetiva das diversas classes sociais atingidas, principalmente a dos pequenos empresários e consumidores. Surge uma espécie de consenso público sobre a necessidade de expansão da atividade governamental na economia, de forma a refrear o agigantamento e o movimento de concentração das empresas. É emblemático o pronunciamento do presidente Woodrow Wilson, em 1914, ao requisitar que a legislação antitruste “torne possível que homens de pequenos negócios sejam tão bem-sucedidos quanto os de grandes negócios”.¹⁷

O intervencionismo passa a ser considerado com uma prática necessária à efetividade do pensamento liberal. A idéia era a de que Adam Smith escreveu para um mercado fundado em uma estrutura atomística e não de monopólios, por isso o advento da legislação antitruste visaria apenas garantir a concretização do liberalismo. A teoria econômica convenceu-se de que o Estado era necessário para criar um ambiente de competição perfeita. Corroborando essa visão, Franklin D. Roosevelt,¹⁸ em mensagem encaminhada ao Congresso americano, afirmou que o programa antitruste tinha como tese central não a idéia de que o sistema de livre mercado tivesse fracassado, mas sim o de que ele nunca fora testado, pois faltava a intervenção estatal para torná-lo possível. E não é de se surpreender que a mesma mensagem fundamente a intervenção estatal a partir da promoção da liberdade individual:

“No people, at least all people with our traditions of personal liberty, will endure the slow erosion of opportunity for the common man, the oppressive sense of helplessness under the domination of a few, which are overshadowing our whole economic life. The power of a few to manage the economic life of the nation must be diffused among the many or be transferred to the public and its democratically responsible government. If prices are to be managed and administered, if the nation’s business is to be allotted by plan and not by competition, that power should not be vested in any private group or cartel, however benevolent its professions profess to be”.

¹⁷ “I call for antitrust legislation to make men in a small way of business as free to succeed as men in a big way” (BEAN, Jonathan. *Beyond the broker state: a history of the federal government’s policies toward small business, 1936-1961. Business and Economic History*, v. 24, n. 1, 1995, p. 9).

¹⁸ ROOSEVELT, Franklin D. *Message to Congress on the concentration of economic power*. Abr. 1938.

Mais uma vez munidos da premissa de que o desenvolvimento econômico é um pressuposto para a liberdade, e cientes da necessidade de intervenção do Estado para propiciar esse desenvolvimento, economistas, estadistas e outros doutrinadores partiram para a análise de como se deveria dar tal intervenção. No Direito Antitruste, como já mencionado, se pressupôs que a concentração de empresas traria um resultado lesivo ao mercado, cabendo-lhe, portanto, desestimular a formação desses grandes conglomerados ou impedir que seus efeitos perniciosos viessem a limitar a concorrência.

A “caça” às grandes empresas foi primeiramente sustentada pelo modelo de competição perfeita, que, segundo os economistas das primeiras décadas do século XX, seria a única configuração de mercado capaz de levar à situação ótima em que se produziria o maior benefício à sociedade, com os menores custos possíveis.¹⁹ Em 1930, o paradigma de competição atomística passa a receber importantes críticas. Diversos economistas argumentam que seus pressupostos são enganosos e que sua utilização pelo Direito Antitruste poderia levar a resultados arriscados. Começam então a ser desenvolvidos os modelos de competição imperfeita ou monopolística que irão dar nova base à aplicação do direito da concorrência.²⁰ Williamson observa que a legislação antitruste implementada durante a chamada Era do New Deal passa a ter como suporte a doutrina desenvolvida por Joe Bain sobre organização industrial. Em linhas gerais, o trabalho do autor reverenciava a análise das práticas concorrenciais a partir do conhecido esquema de estrutura-conduta-desempenho (*structure-conduct-performance*).²¹ Essa análise equilibraria o

¹⁹ Em sua versão mais simples, o modelo estabelece que só existe competição perfeita no caso em que todos os fornecedores de determinado mercado têm uma participação nas vendas bastante pequena se comparada ao total de transações, seus produtos são relativamente homogêneos e não há barreiras significativas à entrada de novos competidores (ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*. Nova York: John Wiley & Sons, 1982. p. 15).

²⁰ Joan Robinson e Edward Chamberlin foram alguns dos economistas a apontar as falhas do modelo de competição perfeita e tentar construir novos modelos de análise (ARMENTANO, Op. cit., p. 31).

²¹ Williamson comenta o seguinte sobre a análise levada a cabo pelas autoridades antitruste da época: “The possibility that nonstandard practices sometimes had economizing purpose and effect was ignored or, worse, efficiency was regarded as the source of an unfair competitive advantage. Thus, the Federal Trade Commission held in *Foremost Dairies* that the necessary proof of violation of Section 7 ‘consists of types of evidence showing that the acquiring firm possesses significant power in some markets or that its over-all organization gives it a decisive advantage in

modelo de concorrência perfeita com algumas das conclusões alcançadas pela observação da concorrência monopolística, assumindo que a estrutura determina a conduta da empresa no mercado, e que então a conduta determina o desempenho da economia. De uma maneira geral, o novo modelo manteve a preocupação básica com o tamanho das empresas no mercado e, até hoje, os órgãos de defesa antitruste o adotam, ainda que com certas mitigações, como base para o procedimento de análise de condutas e atos de concentração.²²

Assim como no liberalismo, portanto, em que a discussão sobre a implementação da liberdade individual deu lugar à polêmica sobre técnicas legislativas de proteção do mercado contra o Estado, o Direito Antitruste também foi dominado por análises estritamente econômicas da estrutura de competição e de organização industrial, tendo os fundamentos e princípios valorativos de sua aplicação perdido seu lugar no campo de discussão.

3.3. *O neoliberalismo*

Skidelsky afirma que a partir dos primeiros anos da década de 1980 já se podia considerar que a era keynesiana estava “morta e sepultada”.²³ Para comprovar tal fato, o autor cita uma declaração do Ministro das Finanças da Inglaterra em 1984, no sentido de que o objetivo da política econômica deveria restringir-se ao controle da inflação, já que a criação de condições favoráveis ao crescimento e ao emprego seria melhor abordada pela microeconomia. Ou seja, não deveria haver um compromisso do Estado com pleno emprego e investimentos, a idéia era liberar os mercados o máximo possível e aceitar qualquer nível de atividade que se produzisse.

A maioria dos governos passou a acreditar que as soluções keynesianas eram nocivas para o mercado e que os desajustes econômicos eram reflexo da política estatal de criar ou manter o emprego em atividades improdutivas ou que ocasionavam prejuízos. A doutrina de Keynes seria a maior culpada

efficiency over its smaller rivals” (*The merger guidelines of the U.S. Department of Justice – in Perspective*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11257.htm#N_4_. Acesso em: 25 jul. 2006.

²² Por exemplo: Portaria SEAE/SDE 01, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração; 1992 Horizontal Merger Guidelines of the Federal Trade Commission; Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors, publicado em abril de 2000 pela Federal Trade Commission em conjunto com o Department of Justice, entre outros.

²³ Op. cit., p. 127.

por uma história de inflação crescente, finanças públicas em mau estado, corporativismo em queda e ingovernabilidade geral. Para muitos, o mercado estaria dando sinais de que o paradigma intervencionista não gerava os efeitos esperados por seus defensores, e que um enxugamento do Estado era não só aconselhável como também a única verdadeira saída para a economia.

Décadas antes dessa falência do modelo intervencionista vir à tona, diversos estudiosos do fenômeno econômico-social já denunciavam as incongruências inerentes a esse modelo. Em 1944, Friedrich Hayek publicou a obra *The road to serfdom*, onde sustentou que os totalitarismos de esquerda e de direita têm uma origem intelectual comum, cuja principal característica seria a rejeição da tradição liberal do Ocidente. Para Hayek, portanto, comunismo e nacional-socialismo seriam dois subprodutos de uma mesma atitude intelectual, posto que pregavam o gradual abandono dos ideais liberais e da própria tradição fundada no respeito pela esfera de autonomia individual, que desde o Renascentismo teria emergido como base da civilização ocidental.²⁴

Para este trabalho, no entanto, o traço mais importante do livro do autor não está nesse paralelo feito entre as bases ideológicas dos movimentos totalitaristas alemão e italiano e o socialismo russo. Bem porque se acredita que ambas as posturas não pretendiam o retorno a uma sociedade holista; muito pelo contrário, pretendiam, isso sim, implementar um conjunto de transformações políticas e econômicas que viriam assegurar uma autonomia individual ainda maior.²⁵ A relevância de Hayek está em sua análise sobre as conseqüências do intervencionismo estatal, fórmula central tanto do totalitarismo de esquerda quanto do de direita sobre a liberdade individual.

²⁴ HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. 12. impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958. p. 10-24.

²⁵ Para Dumont, a teoria socialista de Marx é essencialmente individualista. Sua tese central sobre a necessidade de eliminação das classes sociais estaria enraizada no propósito de libertar o indivíduo da opressão de seu *status* na sociedade. Dumont descreve Marx da seguinte maneira: “Here is a young scholar, publicist, and rebel who wants to reconcile and indissolubly unite thought and action, and who to this end commits himself to the emmancipation of man under the motto, ‘Man is the highest being for Man’. It should be noted that what is in question is not essentially the reform of society or the deliverance of one class from opression. The class with ‘radical chains’ is only the precondition of absolute emancipation of Man as an abstract being, of Man, that is, as a self-sufficient being and the incarnation of the highest value – as the individual in the perfect, modern sense of the term” (Op. cit., p. 118).

Segundo Hayek, a expansão do intervencionismo estatal, proporcionado por uma crença no planejamento econômico centralizado, acabaria por reduzir os cidadãos a uma situação de absoluta servidão. Sempre que motivos aparentemente nobres conseguissem levantar as barreiras à ação do Estado, erigida pela concepção liberal de governo limitado e de igualdade perante a lei, caminhar-se-ia para a própria negação dos direitos e liberdades individuais. Isso porque o planejamento, ao submeter o direcionamento da economia a um único fim estipulado pelo Estado, impede que os indivíduos escolham seus próprios objetivos e os meios mais adequados para atingi-los, aniquilando, portanto, a autonomia individual.²⁶

O planejamento contra o qual Hayek lança suas críticas em *The road to serfdom* é apenas aquele que pretende substituir o papel da concorrência na estruturação do mercado por uma centralização das decisões econômicas. Suas críticas não atingem um outro tipo de intervencionismo, orientado ao aprimoramento das estruturas de mercado de modo a possibilitar uma otimização das forças competitivas como meio de coordenação dos esforços humanos. Para o autor, portanto, uma utilização bem-sucedida da concorrência como princípio de organização social exclui certos tipos de interferência coercitiva na vida econômica, mas admite outros, desde que apenas empregados no auxílio à instauração e manutenção da competitividade nos mercados.²⁷

Isso não quer dizer, entretanto, que a mudança paradigmática que excluiu o intervencionismo como uma forma racional de lidar com problemas econômicos tenha deixado intocados os fundamentos do Direito Antitruste. O fortalecimento da doutrina da Escola de Chicago, por volta das décadas de 70 e 80, denota uma significativa transformação dos parâmetros de análise

²⁶ “What our planners now demand is a central direction of all economic activity according to a single plan, laying down how the resources of society should be consciously directed to serve particular ends in a definite way” (Op. cit., p. 35). Mais à frente, Hayek explica que o intuito de centralizar a economia por meio de planos estatais nega os princípios básicos do individualismo e do liberalismo “in wanting to organize the whole of society and all its resources for this unitary end and in refusing to recognize autonomous spheres in which the ends of the individuals are supreme” (Op. cit., p. 56).

²⁷ “The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets, and channels of information – some of which can never be adequately provided by private enterprise – but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible” (Op. cit., p. 38).

dos casos concorrenciais. Como corolário principal dessa Escola, tem-se a proposição de que a legislação antitruste deve ser aplicada de forma a penalizar condutas na medida em que sejam ineficientes, devendo, no entanto, tolerar ou mesmo encorajar as condutas eficientes. O poder de mercado, o grau de pulverização das empresas, a força de barreiras à entrada, todos esses conceitos estruturalistas deixaram de ocupar o núcleo central da análise antitruste.²⁸

A doutrina desenvolvida pela Escola de Chicago pode ser entendida a partir de um contexto filosófico-jurídico mais amplo, conhecido como o movimento da Análise Econômica do Direito. Essa nova abordagem doutrinária, que ganhou força especialmente a partir da década de 1980, apóia-se nos pressupostos derivados da teoria microeconômica para explicar como o Direito deve intervir na configuração social moderna. A Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que, para atingir um ótimo social, é necessária a manipulação dos interesses individuais, que diferentemente dos direitos juridicamente formulados, podem ser compreendidos a partir de processos de interação monetária em vez de interações lingüística. Aceita-se a visão de que a sociedade deve ser compreendida como um sistema econômico e que, por isso, o instrumental da Economia é o mais adequado para interferir no processo social de manipulação de interesses.²⁹ O conceito de eficiência passa a fazer a ponte entre Economia e Direito, sendo responsável por impregnar as análises jurídicas com os referenciais teóricos econômicos.

Não há como contestar que a Análise Econômica do Direito encontrou, no Direito Antitruste, um de seus terrenos mais fecundos. Tanto é assim que o conceito de lícito e ilícito corresponde à contraposição entre arranjos

²⁸ “The election of President Reagan marked the triumph and the high water mark of the Chicago School in antitrust and competition policy. A conservative attorney, William Baxter, headed the Antitrust Division and a conservative economist, James Miller, headed the FTC. Economists played a far more important role within each bureaucracy, and the most influential economists were of the Chicago variety rather than the more traditional institutionalist school that had previously dominated industrial organization economics” (FOER, Albert A.; LANDE, Robert H. *The evolution of United States antitrust law: the past, present and possible future*, p. 13. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/recent/64.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2006).

²⁹ CASTRO, Marcos Faro de. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, Síntese, ano 68, n. 1, p. 195-196, jan.-mar. 2002.

econômicos eficientes e ineficientes.³⁰ Se sob o paradigma anterior eram as teorias econômicas que davam o modelo de organização ideal do mercado (concorrência perfeita x concorrência monopolística, por exemplo), e o Direito, por meio de uma linguagem normativa, tentava moldar a economia de forma a atingir tal resultado (proibindo atos de concentração ou práticas que gerassem maior poder de mercado, barreiras à entrada etc.), sob o novo paradigma, a economia não só dita um modelo ideal de mercado (aquele que melhor promova a eficiência das pessoas privadas), como também dá o instrumental pretensamente necessário (o próprio conceito de eficiência) para que o Direito molde a economia.

Apesar de grande parte das autoridades estatais e dos doutrinadores ainda serem entusiastas de análises antitruste derivadas desse paradigma,³¹ gradualmente ganha força uma interpretação ainda mais revolucionária sobre o papel do Direito da Concorrência. A chamada teoria austríaca advoga a extinção de toda e qualquer legislação que pretenda assegurar ou implementar um ambiente mais propício ao mercado. Parte-se da conclusão de que todo o sistema antitruste, inclusive o de Chicago,³² supostamente desenvolvidos para proteger a concorrência e aumentar o bem-estar dos consumidores, levou, pelo contrário, à diminuição da competição e da eficiência nos mercados, características tão naturais em ambientes de livre concorrência. Ou seja, o Estado é visto como o grande vilão da competitividade e, portanto, do mer-

³⁰ A regra enunciada no artigo 20 da Lei 8.884/94 permite que o CADE, ainda que diante de uma conduta dolosamente tendente à eliminação da concorrência, considere a atividade da empresa legítima se o impacto na competitividade for positivo. Essa interpretação pode ser claramente observada no caso Globo/DirecTV (Processo Administrativo 53500.000359/99).

³¹ Durante o governo Reagan as autoridades antitruste americanas experimentaram um significativo decréscimo de sua atividade em função das idéias difundidas pela Escola de Chicago. Durante o governo de Bush e Clinton, no entanto, a intervenção estatal a partir do Direito Antitruste expandiu-se moderadamente, tomando agora como base um modelo pós-Chicago. Essa doutrina continua valorizando o conceito de eficiência e inovação, mas também se preocupa em proteger os consumidores de pagarem preços acima do normal em função de um poder de mercado adquirido ilegalmente. (FOER; LANDE, Op. cit., p. 14).

³² Para Armentano, qualquer proposta de intervenção do Estado no mercado baseada na defesa da eficiência seria uma contradição em termos. Isso porque se um acordo está sendo levado a cabo por um grupo de indivíduos, ele é eficiente na exata medida em que representa uma coordenação social dirigida a um fim específico (Op. cit., p. 276).

cado. Armentano, um dos principais seguidores da teoria austríaca, resume a proposta da escola da seguinte maneira:

“The only principled and practical way to end monopoly power is to end it at its source. Government regulation, entry control, subsidization, and antitrust, are all manifestations of a governmental interventionist power that has been employed by private advantage and to the detriment of society. These manifestations cannot be justified from either a natural rights, utilitarian, or subjectivist perspective. In short, we must seek to end governmental interventionist power, including antitrust, and move to create a free and open society where individuals can fulfill their own vision of the good society.³³

Mais uma vez, a preocupação com a melhor maneira de estruturar o mercado, se a partir de intervenções amparadas sobre o conceito de eficiência ou se livre de qualquer tipo de ingerência, ganha lugar de destaque em detrimento da discussão sobre os caminhos possíveis e a potencialidade de promoção da liberdade individual por meio do desenvolvimento econômico.

4. A falibilidade do pensamento econômico

Para Hayek, a principal explicação para a falência dos totalitarismos está exatamente na impossibilidade de o ser humano conhecer e planejar todas as conseqüências de seus atos. Esse estado de imprevisão inerente ao homem moderno surge como um obstáculo intransponível ao desejo de planejamento e de submissão da atividade econômica a um fim determinado. O ponto central da crítica de Hayek, portanto, diz respeito às possibilidades cognitivas intrinsecamente limitadas do homem. Por não ser capaz de conhecer e apreender muito mais do que uma pequena parcela da sociedade, ele não pode pretender submeter e manipular a economia como um todo e deve contentar-se apenas com aquilo que sua capacidade intelectual é capaz de processar, ou seja, muito pouca coisa.³⁴

³³ Op. cit., p. 278 (grifo no original).

³⁴ “A complex civilization like ours is necessarily based on the individual’s adjusting himself to changes whose cause and nature he cannot understand: why he should have more or less, why he should have to move to another occupation, why some things he wants should become more difficult to get than others, will always be connected with such a multitude of circumstances that no single mind will be able;

O mercado surge, então, como a melhor forma de assegurar a estabilidade da ordem social e o progresso, porque permite que os indivíduos manejem espontaneamente o pouco conhecimento que são capazes de reter, incrementando-o com as informações adquiridas pelas trocas econômicas. O conhecimento possível é o conhecimento localizado, derivado de um processo social em que todos podem participar e testar o resultado de sua ação. A concorrência representaria exatamente esse processo, permitindo a construção de conhecimento e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

O problema identificado por Hayek seria o de que o homem moderno, acostumado a poder dominar as forças da natureza,³⁵ não se sente confortável nem disposto a se submeter a um processo de conhecimento e transformação social cujos pressupostos e conseqüências não é capaz de compreender. O autor contesta, entretanto, que “unless this complex society is to be destroyed, the only alternative to submission to the impersonal and seemingly irrational forces of the market is submission to an equally uncontrollable and therefore arbitrary power of other men”.³⁶ Dessa forma, a escolha pelo mercado em vez do planejamento seria preferível não só pelo conhecimento que aquele possibilita, mas também pela liberdade que pressupõe.

No entanto, duas objeções podem ser levantadas contra a preferência de Hayek pelo mercado. A primeira provém da própria teoria do conhecimento, pois seria incongruente aceitar que a falibilidade de cognição do homem invalide a crença no planejamento, mas deixe ileso a crença no mercado como meio capaz de possibilitar o progresso. Poder-se-ia contra-argumentar que o desejo de alcançar o progresso não é contingente para a teoria do mercado tal como o é para a teoria do planejamento, ou seja, que o mercado seria apenas uma “ordem espontânea” não preocupada com os efeitos e resultados da atividade de seus participantes. No entanto, se inexistente a preocupação com o progresso, não se pode utilizar como argumento favorável ao mercado a

or, even worse, those affected will put all the blame on an obvious immediate and avoidable cause, while the more complex interrelationships which determine the change remain inevitably hidden to them” (HAYEK. Op. cit., p. 204).

³⁵ Hoje já se argumenta que nem mesmo os fenômenos naturais são passíveis de completa apreensão pela mente humana. A teoria da relatividade de Einstein, a mecânica quântica de Heisenberg e Bohr e a teoria das estruturas dissipativas de Prigogine são exemplos dados por Boaventura de Sousa Santos para comprovar tal fato (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001).

³⁶ Op. cit., p. 205.

idéia de que ele possibilita o conhecimento, afinal, qual seria sua relevância senão a de indiretamente assegurar o progresso?

A segunda objeção é direcionada à idéia de que a escolha de um sistema de economia de mercado assegura uma maior liberdade aos indivíduos. Ora, todas as críticas que deram vazão à passagem do paradigma liberal ao paradigma intervencionista fundavam-se exatamente na incompletude desse argumento. Defendia-se que uma economia deixada ao sabor das livres forças de mercado levou a uma incontestável situação de opressão e desigualdade social, onde a liberdade de poucos contrastava com a subjugação de muitos. De forma alguma se poderia dizer que as críticas utilizadas na época já tenham sido superadas, pois não há qualquer razão para afirmar que as conseqüências do Estado Liberal não mais se repetirão no contexto histórico vivido hoje. Aliás, em sua crítica ao Estado Social, Habermas reconhece a importância de suas propostas para um verdadeiro projeto de promoção da liberdade individual ao buscar corrigir o cerceamento de liberdade dos grupos excluídos a que leva uma economia dirigida apenas pelas forças de livre mercado:

As instituições do Estado social caracterizam, em medida não inferior às instituições do Estado constitucional democrático, um impulso no desenvolvimento do sistema político, para o qual não há alternativa visível em sociedades como as nossas — nem no que tange às funções que o Estado social cumpre, nem no tocante às exigências normativamente justificadas que este satisfaz. Sobretudo os países ainda atrasados no desenvolvimento do Estado social não têm nenhuma razão plausível para desviarem-se desse caminho. É justamente a falta de alternativas, talvez mesmo a irreversibilidade dessas estruturas de compromisso (pelas quais se continua a lutar), que nos põe diante do seguinte dilema: o capitalismo desenvolvido nem pode viver sem o Estado social nem coexistir com sua expansão contínua.³⁷

As mesmas observações podem ser transportadas ao Direito Antitruste. Desde seu aparecimento discute-se qual o modelo econômico a ser adotado pelo Estado como parâmetro para suas intervenções. As primeiras teses reivindicavam uma intervenção que assegurasse, ao máximo possível, uma configuração de mercado próxima ao modelo de concorrência perfeita, com empresas atomizadas, baixa participação individual no mercado, etc. Posteriormente, passou-se a aceitar uma interferência que garantisse um tipo

³⁷ HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 18, set. 1987, p. 109.

de concorrência monopolística, ou seja, em que a grande empresa estivesse sempre ameaçada pela entrada de um novo competidor no mercado, e então as atenções voltaram-se à análise das barreiras à entrada, do grau de tecnologia, dos ganhos de escala etc. Em um terceiro momento, as análises antitruste se debruçaram sobre o conceito de eficiência, a estrutura de mercado passou a ficar em segundo plano e a preocupação essencial passou a ser o aumento de riqueza social gerado por cada conduta ou ato de concentração. Por fim, a Escola austríaca passou a sustentar que é a própria intervenção governamental que restringe a evolução do mercado rumo ao progresso: sua proposta é de que qualquer ingerência do Estado na economia seja suprimida, inclusive a que tem por instrumento o Direito Antitruste.

No entanto, a simples constatação de que nenhum daqueles modelos garantiu um maior progresso e uma maior promoção da liberdade individual justificaria a abolição do Direito Antitruste? O argumento de que o Estado, em sua pretensão de interferir na concorrência, acabou gerando configurações indesejadas de mercado, contribuindo mais para cercear do que para garantir a liberdade individual, autorizaria a pretensão de total afastamento do Estado e do Direito das questões concorrenciais? Dever-se-ia, por exemplo, impedir que se questione sob o ponto de vista da restrição à concorrência a decisão de Prodi em liberar a venda de medicamentos em supermercados ou de autorizar novas licenças de táxi? A alegação de que determinada conduta de uma empresa ou determinada intervenção do Estado é anticompetitiva deveria deixar de ser juridicamente debatida?

No mesmo sentido que já se argumentou, não há qualquer garantia teórica ou empírica de que o afastamento do Estado das questões antitruste levará a uma determinada configuração de mercado que irá melhor promover a liberdade individual. Aliás, todo contexto crítico que marcou a passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista pode ser novamente utilizado para refutar tal solução. Afinal, o advento do Estado de Bem-Estar Social teve como fundamento o fato de que a liberdade individual pode ser comprometida não só pela intervenção do Estado como também pela sua não intervenção.³⁸

³⁸ Essa é também a conclusão de Habermas: “Nous avons vu que le passage au modèle de l’État providence a été justifié par le fait que les droits subjectifs sont susceptibles d’être lésés, non seulement par des interventions illégales, mais encore par l’intervention de l’Administration” (*Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997. NRF Essais, p. 456).

O problema não pode ser tratado pelo ponto de vista da presença ou ausência de intervenção, mas de como essa intervenção deve ser estruturada.

5. Democracia e teoria do discurso como alternativas

Procurou-se demonstrar até aqui como teoria e prática sociais descartaram a racionalidade comunicativa como um instrumento capaz de interferir na questão da promoção da liberdade individual por meio do fomento da economia. No caso específico do Direito Antitruste, como se pôde perceber, as teorias econômicas reivindicaram um *status* de verdade científica impossível de ser refutado ou afastado pelo Estado na elaboração de sua interferência. A resposta de quanto e como intervir foi buscada essencialmente nos paradigmas econômicos, tais como o de concorrência perfeita, concorrência monopolística, garantia da eficiência, equilíbrio natural do mercado etc.

Hayek afirma que essa substituição do discurso jurídico ou político por uma análise estritamente econômica é uma consequência inevitável da opção pelo intervencionismo do Estado. Segundo o autor, “if efficient intervention is to be done, the direction must be ‘taken out of politics’ and placed in the hands of experts”.³⁹ A causa para a ineficiência de uma administração da economia baseada em um discurso democrático estaria na impossibilidade de acordo tanto sobre os meios quanto sobre os fins da intervenção, já que os interesses de cada representante e grupo de representados seriam sempre contrapostos e irreduzíveis. Assim, toda vez que a democracia pretendesse interferir no campo econômico, deixaria de impedir arbitrariedades para passar a legitimá-las, pois as decisões de intervenção seriam necessariamente o reflexo da imposição dos interesses de uma minoria organizada sobre os interesses da maioria desorganizada. Para garantir um governo verdadeiramente democrático, portanto, dever-se-ia aceitar que sua atividade ficasse restrita aos temas em que é possível alcançar um acordo, devendo os demais serem submetidos ao mercado e às relações estritamente privadas.⁴⁰

³⁹ Op. cit., p. 62.

⁴⁰ Hayek conclui: “Democratic government has worked successfully where, and as long as, the functions of government were, by a widely accepted creed, restricted to fields where agreement among a majority could be achieved by free discussion; and it is the great merit of the liberal creed that it reduced the range of subjects on which agreement was necessary to one on which it was likely to exist in a society of free man” (Op. cit., p. 69).

A proposta da Escola austríaca do Direito Antitruste segue a mesma lógica: ao reconhecer a ineficiência do Estado para lidar com a promoção da concorrência, sugere o abandono de tal desígnio às forças livres de mercado. No entanto, como já argumentado, nada garante que essa postura irá privilegiar a promoção da liberdade individual; além do mais, a experiência do Estado liberal faz crer que sua adoção significará, na verdade, um retrocesso. Por tais motivos, uma nova solução deve ser encontrada, e, definitivamente, a resposta não deve ser novamente buscada em paradigmas da Economia. É preciso resgatar o papel e a importância de uma interação eminentemente comunicativa para a efetividade da promoção da liberdade individual por meio do desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, o modelo de democracia desenvolvido por Habermas apresenta-se como uma alternativa interessante, uma vez que seu prestígio está exatamente no fato de firmar-se como um instrumento de organização da sociedade baseado na comunicação lingüística, o que significa uma possível superação das duas únicas soluções dadas pela Economia (mercado ou intervencionismo técnico) para a práxis de autodeterminação dos cidadãos.⁴¹

Esse modelo de democracia estipula que a legitimidade de determinada decisão política ou jurídica depende apenas da observação de regras discursivas e formas argumentativas orientadas ao estabelecimento de um acordo mútuo. Ou seja, a justiça, a honestidade e a racionalidade dos acordos políticos jurídicos são verificadas por sua submissão a um determinado procedimento. No entanto, esse procedimento deve ser por si só racionalmente justificado, daí a necessidade de ele cumprir os requisitos de um discurso ético, entre eles os de que “todos devem ter a possibilidade de participar”, que “os conteúdos transmitidos sejam inteligíveis”, que “os interlocutores

⁴¹ “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regem o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugeriram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugeriram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002. p. 288).

ajam com sinceridade”, que “não se interrompa imotivadamente qualquer argumentação”, que “se exclua toda e qualquer coação na busca cooperativa por um acordo de vontades” e “que não se restrinja a liberdade para a escolha dos tópicos de discussão”. A teoria do discurso, portanto, requer que o procedimento democrático esteja direcionado à força do melhor argumento, e que qualquer empecilho a tal objetivo seja removido sob pena de ilegitimidade do próprio processo.

Sob a influência dos três paradigmas previamente descritos – o liberal, o intervencionista e o neoliberal –, as discussões travadas no âmbito do Direito Concorrencial sempre tiveram como argumento intransponível, ou melhor, como único argumento, as conclusões e propostas dadas pela ciência econômica sobre a configuração ideal de mercado para promover o desenvolvimento. Os modelos eram tomados como parâmetros a que a autoridade antitruste deveria tentar aproximar o mercado real, não devendo qualquer outro argumento ser considerado como relevante. A Escola austríaca elimina até mesmo a possibilidade de se argumentar sobre a compatibilidade entre o mercado real e o ideal, pois sua teoria econômica afirma que as duas dimensões se confundem.

Observando-se esse conjunto sob o paradigma da teoria do discurso, claramente se tem como inaceitáveis as decisões dele derivadas. Sua adaptação só é possível se a análise econômica perder o posto de instrumental único para a delimitação da ilicitude no Direito Antitruste e adquirir apenas caráter retórico, disputando com diversos outros argumentos a eficácia de suas propostas. Nesse sentido, diz Hovenkamp: “Any consideration of the kind of economics antitrust should use must begin with this premise: the primary purpose of economics is rhetorical: we use it to tell consistent and relevant stories that make sense out of the world we face”.⁴² Em discussões sobre o direito da concorrência, o argumento econômico deve ser contrabalanceado com argumentos de preservação da cultura, preservação do meio ambiente, melhoria das condições de trabalho, enfim, diversos direitos que, da mesma forma que o desenvolvimento econômico, também traduzem a promoção da liberdade individual.

“Isso não exclui, naturalmente, a possibilidade do falibilismo, pois a busca da única resposta correta [ou seja, do melhor argumento] não é capaz

⁴² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999 (Hornbook Series). p. 73-74.

de garantir, por si mesma, um resultado correto”.⁴³ No entanto, diferentemente do que ocorre quando o paradigma é baseado apenas em modelos econômicos, o procedimento democrático possibilita, ao mesmo tempo, uma sociedade descentralizada e uma decisão pública dos caminhos que a política econômica deve tomar. O ambiente democrático sustentado por uma teoria do discurso cria um espaço de aprendizado consciente (e não inconsciente como o mercado), onde os indivíduos sentem-se responsáveis pelos rumos da economia, já que o processo de decisão suscita as noções de reconhecimento e pertencimento do indivíduo na sociedade (o que não ocorreu no Estado Social).

A resposta à pergunta feita na introdução deste trabalho sobre quais os privilégios a serem mantidos em detrimento da concorrência deve ser respondida, portanto, a partir de um procedimento democrático em que estejam assegurados os princípios da teoria do discurso. O âmbito do Poder Legislativo certamente não é o *locus* adequado para todo tipo de discussão: a regra da maioria pode submeter a vontade de um grupo desorganizado ao poder de grupos organizados ou economicamente bem-estabelecidos. Por tais razões, a existência do Direito da Concorrência como um conjunto de normas cuja preocupação central é com a configuração desejável do mercado abre caminho para uma verdadeira discussão seja via Poder Judiciário (como nos Estados Unidos) seja via Poder Executivo (como no Brasil) sobre quais privilégios devem ser mantidos não em detrimento da concorrência como antes se afirmou, mas em detrimento de outros privilégios adquiridos em nome dela (o possível privilégio dos supermercados sobre os farmacêuticos, por exemplo). O Direito Antitruste, portanto, se conseguir se desvencilhar de sua subordinação a modelos econômicos e passar a adotar os princípios da teoria do discurso, pode adquirir uma importante função de promoção da liberdade individual por meio da legitimação das decisões públicas sobre a forma de intervenção do mercado.

Bibliografia

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*. Nova York: John Wiley & Sons, 1982.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 162.

- BEAN, Jonathan. Beyond the broker state: a history of the federal government's policies toward small business: 1936-1961. *Business and Economic History*, v. 24, n. 1, 1995.
- CASTRO, Marcus Faro. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, ago.-set. 2005.
- _____. Entraves à democracia: a questão da 'Política econômica'. *Revista Múltipla*. v. 2, n. 2, 1997, p. 9-39.
- _____. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, Síntese, ano 68, n. 1, jan.-mar. 2002.
- DUMONT, Louis. *From Mandeville to Marx: the genesis and triumph of economic ideology*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- FOER, A. A.; LANDE, R. H. *The evolution of United States antitrust law: The past, present and possible future*. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/recent/64.pdf> Acesso em: 31 jul. 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.
- _____. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 18, set. 1987.
- _____. *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997. NRF Essais.
- _____. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. 12. impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.
- HIRSCHMAN, Albert O. *The passions and the interests: political arguments for capitalism before its triumph*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999. Hornbook Series.

- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. 12. tir. São Paulo: Atlas, 1982.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957.
- ROOSEVELT, Franklin D. *Message to Congress on the concentration of economic power*. Abr. 1938.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SIMMEL, Georg. O dinheiro na cultura moderna. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2005.
- SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- SOUZA, Washington P. A. de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- WILLIAMSON, Oliver. *The merger guidelines of the U.S. Department of Justice – in Perspective*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11257.htm#N_4_. Acesso em: 25 jul. 2006.

