

Introdução aos fundamentos e modos de defesa da livre concorrência



Tiago Bitencourt De David

Juiz Federal Substituto – Terceira Região. Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (Escola Verbo Jurídico). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla - La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL).

RESUMO: O presente estudo aborda os fundamentos e os meios pelos quais tutela-se a livre concorrência no Brasil. A análise busca uma apresentação das razões pelas quais, em um diálogo entre Direito e Economia, justifica-se a proteção normativa da possibilidade de concorrência e a identificação dos instrumentos pelos quais os diversos ramos do Direito resguardam o desempenho da livre iniciativa. Ao longo do estudo revela-se como a tutela da concorrência é levada a efeito não apenas pelo CADE, mas igualmente pelo Poder Judiciário em diversas áreas do Direito, podendo inclusive decorrer de uma provocação pelo próprio prejudicado.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência. Poder econômico. Consumidor. Eficiência.

A Constituição Federal e o sistema jurídico como um todo balizam normativamente a atuação dos agentes econômicos, de modo a delimitar um espaço de atuação legítimo para tanto. Como aduz Paula Forgioni¹, a própria formação do mercado é dependente do Direito, especialmente da disciplina jurídica da propriedade e do contrato.

O mercado é, assim, ordenado externamente pelo Direito (*taxis*), deixando de submeter-se apenas a uma ordem natural, espontânea e que só conhece limites intrínsecos (*cosmos*), conforme observa Judith Martins-Costa².

O Estado não tem, na conformação que lhe confere a Constituição Federal, a função de produtor de bens e de fornecedor de serviços cuja produção e prestação é feita, em regra, pelos particulares, sob o regime de livre iniciativa. Apenas excepcionalmente a Constituição Federal outorga ao Estado a função produtiva de bens e serviços (art. 173).

Por outro lado, a intervenção normativa do Estado, disciplinando a iniciativa dos particulares dá-se intensa e amplamente por força de diversos imperativos constitucionais, sob variadas formas e por diversas razões. O sistema jurídico veda e inclusive criminaliza determinadas transações econômicas (p. ex. tráfico de drogas), regula determinados setores, por exemplo, em prol da saúde das pessoas, submetendo os produtores a regime

jurídico próprio e sob a fiscalização de agência específica para tanto e, ainda, protege o contratante vulnerável, tal como faz com os trabalhadores e consumidores. Às vezes, a intervenção estatal sequer obriga os particulares, limitando-se a induzir o comportamento mediante o oferecimento de incentivos para que ajam de determinado modo³.

Ainda não há uma tipologia das espécies de correção do exercício da liberdade e não parece que todas as causas de intervenção se reconduzam a fundamentação única. Sobre o assunto, revela-se especialmente interessante a distinção feita por Orlando Gomes e Elson Gottschalk entre as leis de ordem pública e as leis imperativas:

A rigor doutrinário, as leis de *ordem pública* não se confundem com as *leis imperativas*. Estas, como instrumento destinado a impedir o desvirtuamento do princípio da autonomia da vontade, decorrente da desigualdade econômica e social dos sujeitos do contrato de trabalho, podem proteger interesses privados. Aquelas, no que toca ao direito privado, seriam as que fazem as bases jurídicas sobre as quais repousam a ordem econômica ou moral de uma sociedade determinada (De Page). Protegem, nessa conformidade, *interesses públicos*⁴. (itálico no original)

1 FORGIONI, Paula. *20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Painel 1: contrato e antitruste. Reflexos das decisões do CADE no direito das obrigações*. São Paulo, 30 e 31 out. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YUvQdBe_gvo. Acesso em: 13 set. 2020.

2 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615-619.

3 Eros Roberto Grau distingue entre normas de direção (cogentes a determinar compulsoriamente comportamentos aos agentes econômicos) e normas de indução (dispositivas, que servem para pressionar os particulares a atuar de certo modo, mas não de atendimento compulsório). A taxonomia do doutrinador é mais ampla, abrangendo, ainda a intervenção por absorção ou participação (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 143-145).

4 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 130.



Fonte: www.freepik.com

Como visto, a intervenção normativa não se mostra única, sendo informada por diferentes razões e realizada de diversas maneiras, restringindo mais ou menos intensamente a liberdade do particular.

A ordem jurídica limita a atuação dos agentes econômicos, ainda, em favor da tutela da livre concorrência, combatendo o abuso do poder econômico, intervindo perante determinadas condutas que se afigurem prejudiciais ao desenvolvimento da livre iniciativa e da proteção devida ao consumidor.

Especificamente sobre os objetivos perseguidos pela legislação de defesa da concorrência, os mesmos devem ser examinados a partir do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a que segue:

Art. 173. [...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Do dispositivo constitucional depreende-se que se combate o abuso do poder econômico do qual resulte, alternativamente, a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário do lucro.

Assim, o poder econômico é o instrumento, o meio, que, utilizado abusivamente, viabilizaria um dos três resultados nocivos apontados pelo constituinte ao legislador infraconstitucional para que este disponha sobre o modo de coibição de tais fenômenos jurídico-econômicos.

Anoto, todavia, que a Lei Federal nº 12.529/2011, em seu artigo 36, IV, coloca o abuso de poder econômico como mais uma hipótese de infração à ordem econômica, proscrevendo tal forma de atuação por si só ainda que, comumente, seja o meio pelo qual se buscará um ou mais dos três estados de coisas que o constituinte mandou coibir. Cumpre ter em vista, ainda, a observação de Paula Forgioni ressaltando que:

Embora expressamente vedado, o abuso de posição dominante não vem definido em nossa lei, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado⁵.

E a repressão do abuso de poder econômico de forma autônoma enseja a proscrição de certas condutas por si só, constituindo-se os ilícitos concorrenciais *per se*. Não que o acerto de tal opção político-legislativa seja indubitável⁶.

5 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 299.

6 Luciana Yeung, por exemplo, anota que a regra da razão pode revelar-se preferível em determinadas circunstâncias por estar mais consentânea com a análise econômica do Direito (YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito antitruste*. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 225) e Paula Forgioni, por sua vez, que às vezes os países admitem a formação de cartéis nacionais quando isso gera maior competitividade no mercado externo (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 200-201), revelando claramente que deixar de combater comportamentos anticoncorrenciais é, tal como fazê-lo, a promoção de determinada política pública, inexistindo neutralidade tanto na repressão quanto na aceitação de tais práticas.

Como pontuam Gilberto Bercovici e José Maria Arruda de Andrade⁷, o constituinte reconheceu a inexistência de concorrência perfeita alcançada pelo livre mercado e prescreveu a necessidade de defesa da livre concorrência em face do abuso do poder econômico. Assim, protegeu o mercado da atuação de alguns *players* que nele atuam e que poderiam distorcer o funcionamento do mesmo, impactando negativamente o bem-estar social, especialmente aquele do destinatário final dos produtos e serviços. Afinal, o exercício ilimitado da liberdade por alguém enseja a supressão da liberdade de outrem.

E na ausência de intervenção jurídico-estatal sobre o agente econômico com poder suficiente para afastar a quantidade ofertada e adquirida daquele ponto onde as curvas de oferta e demanda se encontraria no caso de concorrência perfeita, os adquirentes consumiriam uma quantidade menor a preço mais elevado, gerando uma ineficiência econômica, deixando um tanto de potenciais consumidores sem acesso aos bens e aqueles que o adquirem, fazem isso com preço acima daquele que seria praticado em um cenário de concorrência efetiva. Como leciona Luciana Yeung:

É uma perda para a sociedade, pois agora ela consome menos e paga mais. Há uma redução na produção de bens, que pode implicar, inclusive em um menor grau de emprego de trabalhadores e de insumos, o que é claramente indesejável, em termos econômicos. A essa perda, os microeconomistas dão o nome de “peso morto”, que é a materialização da ineficiência gerada pela ausência de concorrência perfeita no mercado.

Em linhas gerais, este é o motivo de porquê o Direito Antitruste é necessá-

rio: para evitar a criação de ineficiência social, ou peso morto, no mercado⁸.

Conforme igualmente pontifica Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

O direito da concorrência visa, então, a garantir o processo econômico de escolha do mercado, proporcionando a difusão de informação a partir da diluição dos centros de poder. Trata-se de princípio instrumental à concretização dos objetivos constitucionalmente relacionados com a democracia econômica (Salomão Filho, 2003). A política de defesa da concorrência tem por finalidade prevenir a formação de poder de mercado e reprimir o seu exercício; a possibilidade de criação de peso e transferência de renda de clientes a produtores justifica a existência de um aparato institucional vocacionado a evitá-las.

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre concorrência tem *status* constitucional e vai autorizar a intervenção do Estado na economia por meio do controle de concentrações e do combate a práticas anticompetitivas⁹. [...]

Assim, a concorrência foi protegida e erigida a princípio da ordem econômica (art. 170, IV, da CF/88) para que o poder econômico não seja óbice aos resultados profícuos de um mercado competitivo, a saber, a relação ótima entre a quantidade produzida e o preço pago.

7 BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito*: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 459-461.

8 YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito antitruste. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 222.

9 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 180.

A concorrência é tutelada em favor da eficiência que, por sua vez, tende a promover o bem-estar da população, prestigiando a dignidade humana, o valor do trabalho e da livre iniciativa ao permitir o maior acesso a bens e serviços pelo menor preço possível, bem como o acesso ao mercado por novos fornecedores, pela manutenção apenas dos *players* competitivos e incentivando a melhoria contínua por diversos meios, dentre os quais a inovação¹⁰. A defesa da concorrência assume, assim, caráter instrumental¹¹, sem que isso, de forma alguma, represente qualquer menoscabo de sua relevância.

A concorrência possui o condão de alocar cada bem a quem estiver disposto a pagar mais por ele, de forma a estimular a inovação tecnológica e impedir o aumento arbitrário dos preços¹². Assim, a concorrência beneficia os consumidores de modo a possibilitar o aumento do consumo e melhorar a qualidade dos bens produzidos, sempre pressionando os preços para baixo.

Na ausência de concorrência, o consumidor torna-se refém do fornecedor, de modo a pagar um preço absurdo e sofrer com a falta de perspectiva de melhora na qualidade dos produtos e serviços. O monopólio implica, também, na exclusão de determinados consumidores que, em um cenário de efetiva concorrência, teriam acesso aos bens e serviços. Desse modo, nessas circunstâncias, uns pagarão mais caro e outros, nem isso farão¹³.

10 MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o Direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005, p. 146; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 112-114.

11 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 92, 198 e 199 (dentre outras).

12 GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94.

13 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise eco-*

Quando há produto similar no mercado ou, pelo menos, um substituto próximo, a reação do consumidor ainda possui condições de pressionar o fornecedor que domina determinado seguimento, mas, às vezes, nem isso é possível.

Em algumas situações nem sequer haverá um substituto próximo, de modo a deixar o consumidor à mercê do monopolista. Conforme Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos¹⁴, quatro fatores alteram a elasticidade da demanda, fazendo com que o aumento do preço não represente uma diminuição da procura à mesma razão, ou seja, *coeteris paribus*, a saber, existência de bens substitutos, essencialidade do bem, importância do bem no orçamento e o horizonte de tempo.

Sobre a existência de bens substitutos, cabe aduzir que quantos mais bens substitutos houver no mercado, mais elástica a demanda. Acerca da essencialidade do bem, quanto mais essencial, mais inelástica a procura. No que tange ao peso do bem no orçamento familiar, deve ser dito que quanto maior, mais razões para o consumidor buscar bens similares. Por fim, o horizonte de tempo significa que a elasticidade da demanda tende a aumentar no tempo, vez que é natural que surjam produtos substitutos em face da situação de monopólio¹⁵.

Nessa linha, Fábio Nusdeo¹⁶ aduz que a rigidez da procura coloca o cidadão em situação extremamente desvantajosa em relação ao empresário, citando o exemplo do brasileiro que mesmo vendo aumentar o preço do feijão ele não migra para outros produtos alimentícios, bem como o russo que não troca o chá

nômica do Direito. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 110.

14 VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 65.

15 *Ibidem*, p. 65-66.

16 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

pelo café, independentemente do aumento dos preços. Da mesma forma, a rigidez da oferta também coloca em risco a concorrência, na medida em que a migração da produção de um bem para outro leva tempo, bem apontando Nusdeo¹⁷ o exemplo da transição entre o plantio de café para o de outra cultura.

A proteção da concorrência conecta-se, ainda, com diversos outros direitos e deveres fundamentais, sendo interessante a observação de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸ de que aos trabalhadores também interessa a concorrência para que possam ter mais oportunidades de emprego e em melhores condições, tal como não ocorreria se apenas uma empresa tivesse o poder sobre todo determinado mercado de bens ou serviços.



Fonte: www.freepik.com

A tutela da concorrência guarda, também, correlação com a função social da propriedade, para que esta seja utilizada em harmonia com o bem-estar social. Isso ocorre toda vez que se adquire a propriedade com o fito, não de utilizá-la, mas de obstar que outro o faça. Interessante exemplo prático

é fornecido por Luiz A. Esteves¹⁹ acerca da aquisição de patentes pelos *patente trolls*, ou seja, daquelas empresas que adquirem patentes com o intuito de barganhar futuramente com outros agentes econômicos que efetivamente venham a desenvolver tal bem ou serviço decorrente da invenção ou modelo de utilidade patenteados, ou seja, são sociedades empresariais que adquirem patentes que não lucram com a efetiva disponibilização no mercado dos produtos ou serviços decorrentes de invenção ou modelo de utilidade patenteados, mas sim com a ameaça de processo judicial a quem o faça.

Note-se, todavia, que não é toda posição de dominância que gera a repulsa jurídica, bastando ver que no caso de inovação extraordinária uma empresa consegue, por certo tempo, uma posição de hegemonia no respectivo mercado, sem que haja qualquer ineficiência econômica provinda disso, pois simplesmente os demais produtos deixam de ser verdadeiros substitutos dada a inferioridade tecnológica. Por isso que a Lei Federal nº 12.529/2011, em seu artigo 36, § 1º, assim dispõe:

Art. 36. [...]

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Como bem aduzem Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau²⁰, uma compreensão realista da concorrência a aceitar sua natureza

¹⁷ *Ibidem*, p. 143-144.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 104.

¹⁹ ESTEVES, Luiz A. Concentração econômica, círculo vicioso e tragédia dos anticomuns: desafios para a análise econômica do direito no século XXI. In: ARAUJO, Luiz Nelson Porto; DUFLOTH, Rodrigo V. *Ensaio em law & economics*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 204.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajm. São Paulo: Atlas, 2020, p. 115.

dinâmica mostra que o problema não é a dominação em si de determinado mercado, desde que tal posicionamento não resulte da obstrução do ingresso de novos agentes econômicos naquele nicho. O monopólio decorrente da alta capacidade de inovação e que atenda efetivamente a demanda existente não é um fenômeno pernicioso a ser combatido. Até mesmo porque se revelar-se muito lucrativo, acabará por atrair novos competidores, de modo a revelar-se efêmera a dominação do mercado, ao passo que se o monopolista trabalhar com uma margem diminuta de lucro isso significará que não há mais espaço para atuação de outro *player* naquele mercado, mas não porque seja impedido de nele ingressar, mas porque não será interessante fazê-lo²¹.

A questão central reside na obstrução do mercado pelo próprio agente ou, ainda, pelo Estado²². O que se condena, assim, são as práticas horizontais (p. ex. cartel) ou verticais (limitação de acesso a fornecedores) que falseiam a concorrência ou que impedem o ingresso de novos agentes econômicos naquele mercado, mas não a existência por si só de um único ofertante de bens ou serviços.

Do mesmo modo que o monopólio não pode ser considerado estaticamente e repudiado por si só, o preço igual ou aproximado praticado por duas ou mais empresas não caracteriza cartel²³. Segundo o próprio Con-

selho Administrativo de Defesa Econômica (CADE):

É importante ressaltar que a mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes, etc²⁴.

Igualmente, como bem pontua Paula Forgioni²⁵, não é a venda abaixo do custo que constitui a prática de preço predatório, bastando pensar na comercialização com desconto daqueles produtos na iminência do término do prazo de validade. Assim, a venda esporádica, adotada tendo em vista uma determinada necessidade do negócio e sem o fito de prejudicar a concorrência, não se constitui em ilícito anticoncorrencial.

Desse modo, a análise deve considerar vários elementos do caso concreto, considerando-se aspectos relativos à estrutura, à conduta e os efeitos da prática no mercado,

21 *Ibidem*, p. 115.

22 E aqui vem a calhar uma observação de Rachel Stajn (Nota 386a da tradutora in: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 117), a respeito da necessidade de um debate sobre a compatibilidade da defesa da concorrência com a concessão de estímulos governamentais, seja mediante empréstimos com juros subsidiados, seja pela participação do próprio Estado, dentre os quais fundos de previdência públicos.

23 Como aduzem José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli, inexistente uma definição legal de cartel, podendo o mesmo ser considerado “como o acordo entre concorrentes, ou seja, uma colusão horizontal entre agentes

econômicos que deveriam competir entre si, mas ao invés da disputa, promovem acertos para aumentar preços, reduzir a oferta de produtos, criar barreiras à entrada de novos concorrentes e eliminar outros já estabelecidos, enfim auferir vantagens que não conseguiriam dentro de um ambiente competitivo.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 564).

24 CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 13 set. 2020.

25 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 301.

sendo inviável considerar como geradora de ineficiência, isoladamente, apenas determinada dimensão da atuação do agente econômico, impondo-se uma análise do contexto e uma predição dos prováveis efeitos, especialmente, mas não exclusivamente²⁶, para o destinatário final dos bens e serviços, conforme inclusive aponta o artigo 88, § 6º, II, da Lei Federal nº 12.529/2011 na mesma linha, aliás, do revogado artigo 54, § 2º, da Lei Federal nº 8.884/1994.

A tutela da concorrência vem recebendo ainda a atenção de outros ramos do Direito, dentre os quais o Direito Tributário. Cada vez mais intensifica-se o apelo a que seja dispensado tratamento jurídico-legal diferenciado ao devedor contumaz que se vale da sonegação fiscal e/ou da inadimplência tributária reiterada para obter vantagem competitiva, arcando com menor custo do que seus concorrentes que cumprem as leis e pagam os tributos devidos.

Inclusive a proteção da livre concorrência foi lembrada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 550.769, quando rejeitou a pretensão do contribuinte de ver declarado inválido – por constituir-se sanção política – o cancelamento de registro especial necessário para a produção de produtos ligados ao tabaco. Do voto do Ministro-relator Joaquim Barbosa, extrai-se:

Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser

tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável²⁷.

A defesa e promoção da concorrência ocorre, ainda, pela via do Direito Civil, quando o agente econômico que se vê obstado em sua livre iniciativa por outrem busca a cessação da prática ilícita de outrem e/ou a indenização pelo prejuízo sofrido. Atualmente, tal possibilidade decorre do artigo 47 da Lei Federal nº 12.529/2011, *verbatim*:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Um exemplo de aplicação da autorização legal é o de uma farmácia que ingressa com ação judicial para que se declare nula cláusula de exclusividade firmada por grande rede de farmácias com determinada indústria farmacêutica. Nesse caso, a defesa da concorrência é feita por meio da exigência de cumprimento da função social do contrato que não pode servir de instrumento para obstar o acesso de outros agentes econômicos a determinado mercado.

Outro exemplo de violação que pode ser combatido por meio de ação judicial movida pelo prejudicado é o decorrente de situação na qual um supermercado que, tendo em vista a inauguração de um açougue no mesmo

26 Basta pensar na necessidade de proteção aos demais empresários que desejam atuar no respectivo mercado que precisam ser protegidos do fechamento do mesmo pelo detentor de poder econômico. Nessa linha, abordando profundamente a questão do monopólio, sob a égide da Lei Federal nº 8.884/1994: GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006, *passim*.

27 STF, Pleno, Recurso Extraordinário 550.769/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 22/05/2013, DJe 03/04/2014.

quarteirão, passa a vender carne abaixo do preço de custo, visando fulminar a subsistência do novo estabelecimento instalado em sua proximidade. Nesse caso, o açougue pode buscar o Poder Judiciário para que se ordene a cessação da prática predatória.

A via aberta pelo legislador no artigo 47 da Lei Federal nº 12.529/2011 independe de prévio reconhecimento pelo CADE de ocorrência de infração à ordem econômica, sendo o ilícito concorrencial passível de ser demonstrado e reconhecido diretamente perante o Poder Judiciário, inclusive por força do próprio dispositivo legal a consignar que a ação pode ser manejada independentemente de inquérito ou processo administrativo, até mesmo por força da garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88)²⁸.

28 No sentido defendido no texto: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial (direito de empresa)*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 238 e 239. Ainda que sem menção expressa à polêmica, parecem dispensar a manifestação do CADE: DUARTE, Filipe Ribeiro. As ações privadas no âmbito concorrencial brasileiro. *Migalhas*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241152/as-aco-es-privadas-no-ambito-concorrencial-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2020; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/68>. Acesso em: 13 set. 2020.

Em sentido integralmente oposto: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1.206.

Admitindo que o art. 47 (art. 29 da Lei Federal nº 8.884/1994) realmente admite que se proponha a ação independentemente de manifestação do CADE, podendo o Poder Judiciário emitir juízo sobre a eventual ilicitude da prática combatida, mas sustentando que seria prudente suspender o processo judicial e aguardar o posicionamento da autarquia, evitando, assim, entendimentos discrepantes: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 290-291.

A independência da cognição jurisdicional decorre não somente das garantias constitucionais pertinentes, mas também dos próprios pressupostos distintos da responsabilidade administrativa e da responsabilidade civil, de modo que resta bastante minimizado o risco de adoção de entendimentos efetivamente contraditórios.

Desse modo, vê-se que a defesa da concorrência não se restringe ao controle de atos de concentração e de infrações administrativas pelo CADE, alcançando, ainda, a tutela buscada pelos concorrentes, efetivos ou potenciais, em juízo, visando que se iniba a conduta ilícita e/ou se repare o dano experimentado pela prática anticompetitiva. Essa defesa da concorrência em juízo provocada por ação de outro agente econômico vem sendo conhecida como *enforcement* privado ou direito concorrencial privado.



Fonte: www.rawpixel.com

Igualmente ligada à defesa da concorrência é a proscrição da prática de venda casada consagrada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. A venda casada revela-se iníqua ao consumidor porque acopla um bem ou serviço que não poderia não ser adquirido ou que somente o seria por preço inferior a outro que é efetivamente desejado, tornando mais dispendiosa a aquisição deste último em prejuízo do adquirente.

Basta pensar no condicionamento da aquisição de um imóvel à contratação conjunta de um serviço de despachante documental imobiliário. Se não houvesse a venda casada, o consumidor poderia contratar outro serviço de assessoria ou, ainda, nenhum, providenciando por conta própria o necessário para a transação.

A vedação de tal prática possui um outro aspecto, a saber, de natureza concorrencial, vez que se consubstancia em maneira de alterar, artificialmente, o ponto de encontro da oferta e da demanda do produto ou serviço acoplado, em detrimento daqueles que oferecem o bem no mercado, gerando uma oportunidade negocial que inexistiria em um ambiente de concorrência normal.

O fornecedor de bem ou serviço que concorre com o praticante de venda casada vê-se na situação de ter de concorrer não com alguém que simplesmente, tal como ele, oferece o produto ou serviço ao mercado, mas com quem entrega tal bem como decorrência da venda ou prestação de outro produto ou serviço. Se não houvesse a venda casada, o consumidor compraria um produto/serviço de um e o outro do outro fornecedor, prestigiando-se aquele ofertante que, em cada nicho, apresenta as condições mais favoráveis ao consumidor, sem a distorção das curvas de oferta e demanda que são, na verdade, duas, uma para cada produto/serviço. A venda casada falsifica a correlação entre oferta e demanda, transformando duas interações em uma só, prejudicando tanto o consumidor quanto aquele outro empresário que oferta o bem que outrem consegue empurrar ao cliente mediante o artifício da venda casada.

Da mesma forma, a necessidade de preservação e promoção de um ambiente econômico onde possa prosperar a livre iniciativa foi razão pela qual entendeu o Supremo Tribunal Federal²⁹, ao apreciar o *Habeas Corpus*

91.016, pela manutenção de prisão preventiva quando a liberdade do custodiado representava ameaça aos demais agentes econômicos. Decidiu-se que não é o poder econômico em si que justifica a prisão, mas a ameaça que a pessoa presa estava representando a outros comerciantes e trabalhadores, em prejuízo da livre concorrência, justificando-se, assim, enquanto garantia da ordem econômica (art. 312 do CPP), a restrição do direito de ir e vir do cidadão.

Assim, a defesa da concorrência, felizmente, vem extrapolando o âmbito relativo ao exame de atos concorrenciais e condutas à luz da Lei Federal nº 12.529/2011, alcançando outras searas do sistema jurídico que certamente muito têm a contribuir para promover a livre iniciativa e a proteção ao consumidor.

Desse modo, revela-se a necessidade de uma abordagem interdisciplinar e transdisciplinar para a adequada compreensão e delimitação da atuação legítima dos agentes econômicos e como a conduta em desconformidade com as normas de proteção concorrencial pode e deve ser reprimida.

29 STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* 91.016/SP, Relator Ministro Carlos Britto, j. 13/11/2007, DJe 09/05/2008.

Referências

- AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. Tradução de Lucas Farias Annes e Fernanda Girardi. Revisão da tradução: Cláudia Lima Marques e Fábio Morosini. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, jan./mar. 2003.
- BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.
- CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 13 set. 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial (direito de empresa)*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.
- DUARTE, Filipe Ribeiro. As ações privadas no âmbito concorrencial brasileiro. *Migalhas*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241152/as-aco-es-privadas-no-ambito-concorrencial-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2020.
- ESTEVES, Luiz A. Concentração econômica, círculo vicioso e tragédia dos anticomuns: desafios para a análise econômica do direito no século XXI. In: ARAUJO, Luiz Nelson Porto; DUFLOTH, Rodrigo V. *Ensaios em law & economics*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 193-208.
- FARJAT, Gerard. A noção de direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75/68>. Acesso em: 13 set. 2020.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula. *20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Painel 1: contrato e antitruste. Reflexos das decisões do CADE no direito das obrigações*. São Paulo, 30 e 31 out. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YUvQdBe_9v0. Acesso em: 13 set. 2020.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615-619.
- MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o Direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito antitruste. *In*: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 215-230.