

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Eduardo Moraes Bestetti

**CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO CONTEXTO DO “SISTEMA DA AUTONOMIA”**

Porto Alegre

2020

EDUARDO MORAES BESTETTI

**CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO CONTEXTO DO “SISTEMA DA AUTONOMIA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2020

EDUARDO MORAES BESTETTI

**CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO CONTEXTO DO “SISTEMA DA AUTONOMIA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo,
Orientador

Professora Doutora Kelly Lissandra Bruch

Professora Doutora Maria Cristina Cereser Pezzella

Professor Doutor Guilherme Valle Brum

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo verificar a presença de particularidades na disciplina jurídica da concorrência no setor da comunicação social, assentando a investigação no marco dos fundamentos e características do sistema econômico da autonomia. Para tanto emprega o método dedutivo, a partir da análise de caracteres gerais para, ao final, responder ao problema de pesquisa de forma mais específica. Encontra, também, apoio nos métodos analítico, histórico e de direito comparado a fim de auxiliar na melhor compreensão dos institutos jurídicos e econômicos trabalhados. Como resultados, percebe-se que a Constituição brasileira prevê uma ordem econômica que positiva os fundamentos do sistema da autonomia, consistentes na autonomia contratual, na liberdade de iniciativa e no direito de propriedade inclusive sobre os meios de produção. Contudo, sendo os sistemas econômicos teoricamente trabalhados tipos ideais, não se verifica a sua forma pura nas economias reais, havendo outros interesses juridicamente tutelados no texto constitucional. No que diz respeito à livre concorrência, a sua tutela jurídica implica em conter excessos do sistema capitalista que poderiam vir a contradizer os próprios fundamentos do sistema da autonomia, impondo-se a atuação estatal. Analisadas as particularidades da atividade econômica da comunicação social, em especial a sua exploração sob o regime do serviço público no caso da radiodifusão sonora e de sons e imagens, a expressa vedação constitucional a monopólios e oligopólios no setor, o relevante papel exercido pelas empresas de comunicação social na preservação e no aprimoramento do regime democrático e a possibilidade de influência sobre o setor de outros agentes econômicos, públicos ou privados, atuantes em outros ramos, conclui-se que há particularidades na tutela jurídica da concorrência no setor. Sendo as normas concorrenciais instituidoras de políticas públicas, a política pública que se deseja concretizar no setor no manejo das ferramentas de Direito Econômico que preveem os mecanismos de tutela da concorrência no setor da comunicação social é a de encorajar a pluralidade e o respeito à democracia.

Palavras-chave: Sistema econômico. Direito Econômico. Concorrência. Comunicação social.

ABSTRACT

This dissertation has the goal of checking if there are particularities in the legal discipline of competition and antitrust regulation in the media sector. The investigation is based on the foundations and characteristics of the economic system of autonomy. For this purpose it uses the deductive method, beginning with a general analysis to, in the end, be able to answer the research problem more specifically. The paper also finds support in the analytical, historical and comparative law methods in order to support in a better understanding of the legal and economic institutes used in the paper. As a result, it is verified that the Brazilian Constitution states an economic order that matches the foundations of the system of autonomy, namely the contractual autonomy, freedom of initiative and the right to property including over the means of production. Nevertheless, since the theoretically studied economic systems are ideal types, their pure form is not experienced in concrete economies. Other interests are also protected in the constitutional text. In relation to free competition, its legal protection means the restraint of excesses of the capitalist system that could contradict the very foundations of the system of autonomy, imposing that the state take correctional measures. After analysing the particularities of the economic activity of the media, in particular its development under the public service regime in the case of radio and TV broadcasting, the literal constitutional prohibition of monopolies and oligopolies in the media sector existente in the Brazilian Constitution, the relevant role played by the media companies in the preservation and improvement of the democratic regime and the possibility of influence of other public or private economic agentes over the sector, it is concluded that there are particularities in the antitrust regulation in regard of the media sector. As competition rules settle public policies, the public policy that must be accomplished by the tools of Economic Law that provide for the antitrust mechanisms in the media sector is connected to the encouragement of plurality and respect for democracy.

Keywords: Economic system. Economic Law. Competition. Media.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO CONTEXTO “SISTEMA DA AUTONOMIA”	13
1.1 As teorias históricas	14
1.2 As teorias sociológicas	19
1.2.2 <i>O sistema econômico em Marx</i>	20
1.2.2 <i>Os sistemas econômicos enquanto tipos ideais</i>	21
1.2.2.1 O sistema da tradição	24
1.2.2.2 O sistema da autoridade	27
1.2.2.3 O sistema da autonomia	30
1.3 As patologias do sistema da autonomia e sua amenização pelo ordenamento jurídico	33
1.3.1 <i>A valorização do trabalho humano: legislação trabalhista e sindicalização</i>	33
1.3.2 <i>Os limites à autonomia privada: função social dos contratos e o Direito do Consumidor</i>	36
1.3.3 <i>Os regimes jurídicos da atividade econômica em sentido estrito e do serviço público</i>	38
1.3.4 <i>Limitações à apropriação privada dos bens</i>	44
2 A TUTELA ESTATAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA	47
2.1 As falhas de mercado	47
2.2 O conceito de concorrência em diferentes acepções	53
2.3 Panorama histórico do tratamento jurídico da concorrência	56
2.3.1 <i>O tratamento jurídico da concorrência no Brasil</i>	62
2.4 Ideologia e tutela jurídica da livre concorrência	67
2.4.1 <i>As escolas de Harvard e de Chicago e a discussão acerca do foco da atuação antitruste</i>	69
2.4.2 <i>A concorrência-instrumento e a ideologia constitucionalmente adotada</i>	72
2.5. Interpretação e aplicação das normas concorrenciais	77
2.5.1 <i>Proibições per se e a regra da razão</i>	79
2.5.2 <i>Mercado relevante</i>	80
2.5.3 <i>Failing firm defense</i>	81
2.5.4 <i>Poder compensatório</i>	82
2.5.5 <i>Cartel de crise</i>	84

2.5.6 Remédios em atos de concentração	85
2.6 Conclusões parciais.....	87
3 A ATIVIDADE ECONÔMICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO CONTEXTO DO “SISTEMA DA AUTONOMIA”	90
3.1 A ação comunicativa e a democracia.....	91
3.2 A teoria dos <i>status</i> dos direitos fundamentais e a comunicação: superação de uma lógica passiva do direito fundamental de manifestação	92
3.3 Concretização dos direitos fundamentais de participação através da atividade econômica da comunicação social: liberdade de manifestação e liberdade de informação	95
3.4 Regulação da atividade econômica da comunicação social em face do interesse público a que visa realizar	107
3.4.1 Regulação dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens	111
3.4.2 Regulação da comunicação audiovisual de acesso condicionado	115
3.4.3 A atividade econômica da comunicação impressa e por meios digitais	118
3.5 Conclusões parciais.....	121
4 ASPECTOS PARTICULARES DA CONCORRÊNCIA NA ATIVIDADE ECONÔMICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL	125
4.1 Poder econômico das empresas de comunicação social	125
4.1.1 A obtenção de poder econômico e a vedação constitucional de monopólios e oligopólios	126
4.1.2 Condutas anticoncorrenciais no setor da comunicação social	135
4.2. Poder econômico sobre a atividade desenvolvida pelas empresas de comunicação social	141
4.2.1 Distorção da concorrência de méritos pela influência do poder econômico privado sobre a atividade econômica da comunicação social.....	141
4.2.2 Poder econômico público e a publicidade oficial.....	145
4.2.3 Novas tecnologias, algoritmos e concorrência no setor da comunicação social	148
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS.....	163

INTRODUÇÃO

Frequentemente, quando o debate público se direciona para as formas de regulamentação estatal da atividade econômica da comunicação social, os argumentos reducionistas e simplistas prevalecem. Por um lado, qualquer alegação de que a completa desregulamentação prejudica o livre trânsito de ideias e reforça a influência do poder econômico nos processos de formação da vontade estatal é tachada como anseio autoritário de governantes que visam a silenciar vozes dissonantes. Por outro lado, é inegável que, em diversos momentos históricos, sob diversos pretextos, se buscou limitar a liberdade de imprensa e impor a censura indiretamente, argumentando se tratar de mera disciplina jurídico-econômica.

No que diz respeito aos aspectos concorrenciais da comunicação, a questão é premente. Isso porque qualquer atividade está submetida às normas antitruste, assim como aos fundamentos e princípios da ordem econômica, estampados na Constituição Federal. Caso verificada a hipótese de incidência de tais normas, a atuação estatal se impõe, o que é amplamente aceito. Entretanto, pelos motivos expostos acima, quando se trata da atividade da comunicação social, há a preocupação com o emprego político-partidário da regulação que deveria se fundamentar tão somente em fundamentos objetivos, legais e econômicos.

Tal preocupação não é desarrazoada no contexto do Século XXI, quando os golpes de Estado e ascensão de regimes autoritários não ocorrem mais com a tradicional estética do passado, com vistoso armamento, tanques de guerra e vestes militares, mas lentamente, através da corrosão dos mecanismos democráticos por artifícios que aparentemente encontram albergue nos ordenamentos jurídicos dos respectivos países. Dentre esses mecanismos democráticos está a imprensa livre, independente e plural.

Em paralelo ao debate democrático está o sistema econômico capitalista, que reserva, via de regra, aos entes privados o desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, preserva a propriedade privada dos meios de produção e garante as liberdades de iniciativa e de concorrência. Fundamentos estes que se encontram positivados na Constituição Econômica brasileira, juntamente a outros interesses que o legislador constitucional entendeu importantes serem previstos para guiar juridicamente a vida no território do Estado brasileiro.

Dessa forma, é imprescindível que o debate jurídico localize onde se encontra

a tênue linha que separa os arroubos autoritários de governantes de ocasião sobre a atividade da comunicação social e a necessária regulamentação da atividade, que buscará preservar as próprias liberdades de imprensa e de iniciativa, a pluralidade democrática de ideias e modos de vida e a conformidade da atividade com as demais normas constitucionais que se relacionam com a atividade econômica, em especial das empresas de comunicação social.

Dentre as formas de regulamentação de atividade econômica no ordenamento jurídico brasileiro está a proteção à concorrência, cujas normas preservam os fundamentos do sistema capitalista contra seus próprios excessos que tenderiam à concentração, à monopolização, ou à cartelização. O recorte jurídico específico do trabalho, portanto, está no Direito Econômico e, mais especificamente, na disciplina jurídica da concorrência aplicável à atividade da comunicação social, em detrimento de outros ramos do direito que serão considerados naquilo que ajudam a compreender aspectos concorrenciais no setor, como o direito administrativo, empresarial e civil, uma vez que a interdisciplinaridade é imprescindível em qualquer estudo jurídico e inevitável no caso deste.

Diante dessas considerações, o trabalho terá como principal objetivo buscar compreender as particularidades, se há, da disciplina jurídica da concorrência no setor da comunicação social, em face dos importantes objetivos com que essa atividade se relaciona e, também, que estão previstos no texto constitucional como de necessária realização através do seu exercício. Caso positiva a primeira análise, também será objetivo do trabalho identificar algumas das situações em que a abordagem concorrencial da comunicação social deverá tomar em consideração as características próprias desta atividade.

Para isso, empregar-se-á o método dedutivo, estudando-se primeiro as bases teóricas e aspectos constitucionais e legislativos gerais que dizem respeito à atividade econômica da comunicação social no âmbito do “sistema da autonomia”, para, ao fim, possuir o instrumental necessário para responder ao problema proposto. Haverá, assim, que se abordar em um primeiro momento a possibilidade de se compatibilizar, no âmbito de um sistema econômico fundado na livre iniciativa e no direito de propriedade, a legítima busca pelo lucro dos agentes econômicos privados com a tutela de objetivos constitucionalmente estabelecidos e que, necessariamente, são realizados através da referida atividade econômica. O estudo dos sistemas econômicos cumprirá esse objetivo. Com o emprego do método

histórico e tipológico se identificarão as principais teorias que buscaram definir os sistemas econômicos, adotando-se, ao final, por sua adequação a um trabalho da ciência jurídica, a abordagem a partir dos tipos ideais e a observância de experiências concretas em que os tipos puderam ser observados.

Alguns conceitos importantes para a compreensão do estudo também serão abordados neste capítulo, como a noção de serviço público, já que, no Brasil, a comunicação social poderá ser desenvolvida tanto por empresas privadas como pelo Estado, no regime de serviço público ou no regime de atividade econômica em sentido estrito.

Após, abordar-se-á a tutela estatal da livre concorrência, verificando na bibliografia o conceito de concorrência no sistema da autonomia e as situações em que o exercício das faculdades que o modelo de economia de mercado garante aos agentes econômicos acaba por acarretar consequências que contradizem os pressupostos do sistema da autonomia, cabendo a atuação do ente investido do monopólio da força para a reparação da situação, a partir do estudo das falhas de mercado.

Ainda no capítulo segundo, por meio de estudo analítico, o trabalho buscará no ordenamento jurídico brasileiro identificar as normas que preveem a forma como ocorre a tutela estatal da livre concorrência, identificando, além dos principais institutos e instrumentos legais e administrativos, a ideologia constitucionalmente adotada na Constituição Econômica brasileira, o que norteará a aplicação das regras concorrenciais, inclusive quanto à opção pelo exercício de atividade econômica em concorrência mais atomizada ou pela concentração desejada, como já se verificou historicamente.

A fim de melhor identificar e compreender os institutos do direito econômico no tratamento jurídico da concorrência também se empregará, no ponto, o método histórico, que analisará o contexto em que surgem as primeiras normas que preveem a atuação do Estado na atividade econômica privada para preservar a concorrência entre os próprios agentes privados, além de lançar mão dos métodos de pesquisa bibliográfica e de direito comparado.

Na sequência, o objeto de incidência das normas concorrenciais trabalhadas no segundo capítulo e das características do sistema econômico identificado no primeiro capítulo será abordado. Esse objeto é, justamente, a atividade econômica da comunicação social e ela será analisada inclusive no que diz respeito à

conformação jurídico-administrativa da atividade. Ressalte-se que o foco não é a análise crítica acerca das normas de Direito Administrativo que regulam a atividade da comunicação, prevendo os casos de concessão e permissão, por exemplo. No entanto, a identificação delas é importante, porque têm consequências que irradiam para as práticas empresariais no setor estudado e, conseqüentemente, na forma como as relações.

O conhecimento do objeto é fundamental para que o trabalho não seja descolado da realidade brasileira e tenha o necessário cuidado para que não se torne uma pregação em vez de verdadeira pesquisa acadêmica, ou então mera demonstração de erudição, em detrimento de serem apresentadas conclusões passíveis de aplicação prática. Sem conhecer o objeto, destarte, quem se dispuser a discutir o tema será condenado a repetir uma das duas fórmulas prontas apresentadas no primeiro parágrafo desta introdução, de que qualquer regulamentação jurídico-econômica neste campo acarretará, necessariamente, em uma tentativa autoritária de calar opositores, ou então de eufemisticamente defender a tutela da concorrência quando, em verdade, se quer importunar empresas que não se vergam à versão oficial dos fatos dadas pelos detentores provisórios do poder político.

Neste ponto, far-se-á pesquisa bibliográfica acerca da relevância da atividade de comunicação no contexto democrático e pesquisa jurisprudencial no que diz respeito à aplicação das normas constitucionais que garantem a liberdade de expressão, de informação e de imprensa no Brasil. Também se lançará mão do método analítico quanto à legislação de regência.

Ao final, o capítulo quarto se dedicará a fazer o confronto analítico entre os pressupostos constantes do capítulo primeiro, a disciplina jurídica da concorrência trabalhada no capítulo segundo e as particularidades da atividade econômica da comunicação social em relação às demais, conforme o capítulo terceiro, a fim de responder à pergunta proposta para a investigação. No caso de se verificar a existência de circunstâncias que distingam a concorrência no específico setor trabalhado nesta dissertação, serão feitas propostas de atuação estatal para a fim de concretizar os objetivos constitucionalmente previstos através dos instrumentos de normatização concorrencial de que dispõe o poder público.

A conclusão do trabalho, então, sintetizará as conclusões parciais dos capítulos e aquela decorrente da pergunta se há particularidades na atividade da

comunicação social que demandem uma preocupação diferenciada do direito concorrencial e em que medida poderiam ser sanados eventuais circunstâncias problemáticas identificadas.

1 O REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO CONTEXTO “SISTEMA DA AUTONOMIA”

Um estudo acerca dos sistemas econômicos é fundamental para a melhor compreensão do tema da concorrência no setor da comunicação social. Partindo-se das premissas de que o modo como uma sociedade se organiza compreende um sistema econômico e social ordenado¹, e que o serviço prestado pelas empresas de comunicação social visa a satisfazer determinadas necessidades humanas², o enquadramento do problema de pesquisa se dará, quanto ao marco jurídico, no ordenamento jurídico brasileiro, e quanto ao marco econômico, no tipo de sistema econômico cujas características mais se aproximam da ordem econômica brasileira³. Justificada, portanto, a investigação que segue.

Para Max Weber, uma ação é economicamente orientada “na medida em que, segundo seu sentido visado, esteja referida a cuidados de satisfazer o desejo de obter certas utilidades”⁴. Diversas utilidades podem ser associadas à comunicação social, não apenas a informação, que é variada e envolve o noticiário, o documentário e o estilo de vida, mas também o entretenimento, o acesso à cultura e aos serviços, a difusão religiosa, dentre outras. Além disso, o seu exercício em liberdade é uma condição para a consideração como democrático de um regime político⁵.

Ainda, aproxima-se do conceito de atividade econômica, pois em seu desenvolvimento emprega recursos escassos⁶, como ocorre na transmissão de som e imagem através do espectro eletromagnético no caso da radiodifusão, papéis no caso da imprensa, entre todos os outros insumos para as atividades que possibilitam

¹ NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 75-76.

² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito econômico da comunicação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 13.

³ Quanto ao termo ordem econômica, importante notar a distinção encontrada na doutrina entre ordem no sentido do dever ser e ordem no sentido do ser. Enquanto aquela cuida de como a Constituição brasileira prescreve devam agir os agentes econômicos públicos e privados e representa uma parcela da ordem jurídica, esta significa a prática das relações econômicas concretamente existentes. O termo é aqui empregado no primeiro sentido, por se tratar de um trabalho da ciência jurídica. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 64. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 67-71.

⁴ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 38.

⁵ CAMARGO. *Op. cit.*, p. 13.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 98.

a geração de conteúdo, como combustíveis, plásticos e figurinos. Assim, a hipótese de pesquisa é a classificação da comunicação social enquanto atividade econômica.

Demonstradas as premissas e a hipótese, da possibilidade de se analisar a atividade da comunicação social enquanto ação econômica, passa-se a verificar qual a classificação mais adequada para o escopo deste trabalho sobre os sistemas econômicos. Antonio José Avelãs Nunes retoma algumas tentativas de sistematização dos modos de organização da sociedade com vistas à satisfação de necessidades, começando pelas teorias históricas e, após, ingressando nos modelos de sistemas econômicos. Segundo o autor, “os sistemas distinguem-se um dos outros pela afirmação de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção”⁷.

1.1 As teorias históricas

Certos autores se debruçaram sobre o problema dos modos de organização social com vistas à satisfação das necessidades a partir do paradigma histórico. Tais teorias, segundo Avelãs Nunes, concebiam a economia como “um mecanismo comandado por leis naturais como as leis da Física”⁸ e propuseram a sua teoria a partir da análise de estágios de desenvolvimento por que, de alguma forma ou de outra, todas as sociedades humanas passaram.

Diversos foram os critérios propostos pelos autores para definir os estágios de desenvolvimento econômico das sociedades. Para Friedrich List, precursor da escola histórica e que, após um período vivendo nos Estados Unidos da América, baseou seus estudos na história econômica inglesa e nas observações que fizera nos Estados Unidos da América⁹, o critério que mede a prosperidade de uma nação é o desenvolvimento de suas forças produtivas e não apenas o acúmulo de riqueza¹⁰. No desenvolvimento de suas forças produtivas, a nascente manufatura das nações agrárias deveria ser protegida, a fim de que ela pudesse evoluir nos estágios propostos por List: “barbárie inicial, estágio pastoril, estágio agrícola, estágio

⁷ NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 75.

⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁹ NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. Desenvolvimento e dependência no sistema nacional de economia política de Frederico List. In: *Percursos*, v. 5, n. 2, Florianópolis: UDESC, 2004, p. 2.

¹⁰ LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103.

agromanufatureiro e estágio agromanufatureiro-comercial”¹¹.

Friedrich List fora um crítico da obra de Adam Smith, discordando deste quanto aos efeitos nocivos para Portugal a respeito do Tratado de Methuen, o qual, para o escocês, havia sido benéfico a Portugal por garantir mercado cativo para seus vinhos. List afirmava que tratados do tipo, que no caso inibia a produção manufatureira em Portugal, impediam o prosseguimento do desenvolvimento no sentido da última fase e que apenas o protecionismo dos estados nacionais em favor de seus produtos manufaturados faria com que uma nação agropastoril pudesse passar ao estágio da agromanufatura¹².

Washington Peluso Albino de Souza também analisa a questão do Tratado de Methuen, referindo que a crítica de Adam Smith às repercussões do referido tratado na Inglaterra ocorrem principalmente pelo conteúdo ideológico do documento, que era tipicamente mercantilista¹³: exportação de vinhos por Portugal e exportação de tecidos pelos ingleses, com a balança comercial sendo compensada pelo ouro brasileiro. Contudo, refere que se deixou de analisar, em “A Riqueza das Nações”, que o principal objetivo inglês com o tratado era o ouro brasileiro¹⁴, o qual foi usado pela Inglaterra para aumentar o seu poder colonial, enquanto poderia ter sido usado por Portugal para desenvolver sua indústria¹⁵.

O protecionismo, para List, e aqui sua divergência com Smith, serviria para balancear o déficit comercial que uma nação essencialmente agrícola sempre teria ao negociar com uma nação já industrializada, a qual também conta com produção primária muito mais mecanizada e produtiva (por isso, também, a fase ser agromanufatureira e não substituição da agricultura pela manufatura). Ou seja, o Estado desenvolve um papel na promoção do desenvolvimento até o último estágio, para List, promovendo internamente a concorrência e garantindo moderado protecionismo contra produtos manufaturados estrangeiros até o atingimento de uma

¹¹LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103. Também sobre os estágios na teoria de Friedrich List: BÜCHER, Karl. *Die Entstehung des Volkswirtschaft*. Salzwasser Verlag: Paderborn, 2011, p. 88 e NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 78.

¹² NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. Desenvolvimento e dependência no sistema nacional de economia política de Frederico List. In: *Percursos*, v. 5, n. 2, Florianópolis: UDESC, 2004, p. 16.

¹³SOUZA, Washington Peluso Albino de. Adam Smith e o ouro de Minas Gerais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 17, pp. 231-289, Belo Horizonte: 1976, p. 236.

¹⁴*Ibidem*, p. 268.

¹⁵*Ibidem*, p. 275.

indústria competitiva¹⁶.

Segundo List, o sistema protecionista é a única maneira de colocar “as nações ainda atrasadas em pé de igualdade com a nação predominante (a qual, aliás, nunca recebeu da Natureza um direito perpétuo ao monopólio industrial, senão que apenas conseguiu adiantar-se às demais em termos de tempo)”¹⁷. Após o atingimento da situação de igualdade em evolução tecnológica naquela indústria, seria possível a liberdade de comércio:

Para permitir à liberdade de comércio operar naturalmente, as nações menos adiantadas devem primeiro, por medidas artificiais, ser levadas ao estado de cultura ao qual foi levada artificialmente a nação inglesa.¹⁸

Já Bruno Hildebrandt adotava como critério qual o instrumento de troca utilizado, iniciando pela economia natural – sistema de troca direta –, passando pela economia monetária e finalizando na economia creditícia¹⁹.

Karl Bücher comenta ambas as proposições, criticando-as, pois em uma economia nacional como a inglesa, já em estado desenvolvido segundo o autor, as atenções estão focadas na circulação dos bens, de modo que é este que deve ser o critério para analisar o estágio de desenvolvimento econômico de uma sociedade²⁰. Ele propõe, então, uma divisão em três estágios: o estágio da economia doméstica fechada, em que há produção própria e os bens são consumidos dentro de um círculo fechado que é o mesmo que o produziu; o estágio da economia da cidade, em que se verificam trocas diretas; e o estágio da economia nacional, que é representado pela circulação de mercadorias e o fato de que os bens passam por uma sequência de atos até chegarem ao destinatário²¹.

Com esse estudo, pode-se perceber a possibilidade de uma análise histórica da economia, empregando os métodos da História para analisar a forma de organização das sociedades para a satisfação de suas necessidades, sendo este o

¹⁶ NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. Desenvolvimento e dependência no sistema nacional de economia política de Frederico List. In: *Percursos*, v. 5, n. 2, Florianópolis: UDESC, 2004, p. 11.

¹⁷ LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 93.

¹⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹⁹ NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 78. BÜCHER, Karl. *Die Entstehung des Volkswirtschaft*. Salzwasser Verlag: Paderborn, 2011, p. 88.

²⁰ BÜCHER, Karl. *Die Entstehung des Volkswirtschaft*. Salzwasser Verlag: Paderborn, 2011, p. 89.

²¹ *Ibidem*, p. 91.

grande mérito das investigações resumidamente descritas acima. Segundo Avelãs Nunes, o emprego do método histórico serve para refutar o que defendia a escola clássica inglesa, da existência de leis eternas e absolutas que regeriam a economia²².

Entretanto, a sua limitação está justamente no caráter unidirecional e, de certa forma, determinista de suas conclusões, apontando para uma direção única de desenvolvimento, fazendo correspondência entre classificações e épocas históricas, o que não é prudente²³ por evidências que se mostrarão a seguir.

Mesmo na teoria de Friedrich List, que considerava o papel do Estado e do Direito²⁴ no processo de desenvolvimento, essa correspondência existe. O autor acaba substituindo o caráter de “lei absoluta” da escola clássica por uma “lei natural”, pois uma vez atendidas as premissas do autor (protecionismo) o caminho certo seria o do desenvolvimento para uma nação no estágio agromanufatureiro-comercial. Segundo Avelãs Nunes, a escola histórica não fornece explicações para os fenômenos, mas oferece mera descrição exterior ao processo evolutivo²⁵.

Com efeito, o método *histórico-genético* praticado pela Escola Histórica renuncia à elaboração teórica, limitando-se os seus autores à reunião, descrição e sistematização dos factos da vida econômica e sua sequência histórica, sem capacidade para apreender as mudanças qualitativas das formas de organização econômico-social ao longo do processo histórico, apresentando cada autor um esquema das várias fases pelas quais passariam mais ou menos obrigatoriamente todas as sociedades, considerando cada uma delas independente das outras, cada fase *substituindo inteiramente* a fase anterior, sem consideração por aquilo que, em cada 'sistema', prenuncia elementos do 'sistema' futuro – o que impede a explicação do processo de passagem de um estágio a outro e a compreensão das causas da evolução histórica.²⁶

Max Weber acentua o caráter complexo da história da economia, propondo que a sua investigação tem de analisar três problemas: o primeiro é a organização

²²NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 89.

²³CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 163.

²⁴Ao comentar uma passagem de J. B. Say, seguidor de Adam Smith, de que as leis não são capazes de criar riqueza, List concorda que “certamente não podem, mas criam força produtiva, o que é mais importante do que a riqueza, ou seja, do que valores de troca”. LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 101, nota de pé-de-página 1.

²⁵NUNES *Op. cit.*, p. 89.

²⁶*Ibidem*, p. 89-90.

das prestações econômicas; o segundo é como a sociedade se estrutura para se apropriar das prestações econômicas, se da forma consuntiva ou da forma lucrativa; o terceiro é a relação entre racionalidade e irracionalidade na vida econômica. Para cada um dos problemas pode ser dada uma resposta que diga a característica predominante, sem qualquer pretensão de pureza. O autor dá o exemplo da economia capitalista, em que predomina a racionalidade, mas em que há elementos de irracionalidade²⁷.

Esse caráter não estanque dos períodos históricos também é percebido, na obra de Max Weber, quando ele passa a analisar historicamente a organização das sociedades com vistas à satisfação das necessidades: havia certa “apropriação” dos meios de produção (terra) no período por ele denominado de “agrário”²⁸; havia alguma liberdade de comércio na economia senhorial²⁹; percebe-se “indústria”, enquanto transformação de matéria-prima para satisfação de necessidades, nas economias de caráter consuntivo, como a economia doméstica ou de aldeias³⁰.

Além disso, as teorias históricas, principalmente a que se refere às forças produtivas, não verificam o papel dos serviços no sistema econômico. Além de uma classificação estanque, elas ignoram a importância que, no século XXI, o setor terciário da economia assume, principalmente nos países desenvolvidos de economia pós-industrial.

Quando Friedrich List defende que o protecionismo permite o desenvolvimento industrial de uma nação, pode-se afirmar que este não é uma consequência evidente daquele. Há outro fator que se relaciona com o desenvolvimento industrial que é justamente a informação, o grau de desenvolvimento tecnológico e de clareza quanto à realidade econômica dos parceiros negociais que, entre outras formas, se concretiza a partir de um complexo de atividades do setor terciário da economia que permita tal desenvolvimento tecnológico e a difusão de informação.

Por isso, diante dessas críticas, passa-se ao estudo dos sistemas econômicos, que não se limitam ao método histórico de descrição de uma sucessão de eventos e fases, como se estanques fossem. Já os teóricos dos sistemas econômicos tomam

²⁷WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 24.

²⁸*Ibidem*, p. 36 e 49.

²⁹*Ibidem*, p. 187.

³⁰*Ibidem*, p. 122.

como ponto de partida de suas análises outros elementos como o tipo de coordenação, o “espírito” do sistema ou a natureza das relações sociais de produção, o que será melhor analisado no item subsequente.

1.2 As teorias sociológicas

As teorias sociológicas dos sistemas econômicos levam em consideração a base econômica na qual se organiza a produção de bens com vistas à satisfação das necessidades e sobre a qual se estrutura as ordens jurídicas, políticas, culturais e ideológicas³¹. Segundo Vital Moreira, “o que faz de um conjunto um sistema é a sua estrutura, isto é, o modo de articulação e combinação entre os elementos do sistema”³².

Para Fábio Nusdeo, entende-se por sistema econômico, em seu sentido técnico “um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico”³³. O problema econômico consiste na resolução dos problemas decorrentes da escassez de recursos mediante um processo decisório.

Nas teorias sociológicas, não se ignora o papel da política na determinação das ordens econômicas, bem como se considera que há interação entre economia e história e não uma relação determinista³⁴.

Os sistemas econômicos a seguir descritos configuram tipos ideais de organização econômica nas sociedades, não havendo homogeneidade nas formas que eles se apresentarão nas experiências concretas e tampouco havendo correspondência lógica entre um sistema econômico e determinado regime político de governo³⁵. Para isso basta mencionar a experiência do regime autoritário chileno liderado por Augusto Pinochet, entusiasta do que a seguir se denominará de “sistema da autonomia”. O mérito das teorias sociológicas reside em fornecer as

³¹NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 76.

³²MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 21.

³³NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

³⁴EUCKEN, Walter. *Os fundamentos da economia política*. Trad. M. L. Gameiro dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1998, p. 102-103.

³⁵CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 163. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, p. 133.

ferramentas para análise das ordens econômicas concretas, em qualquer tempo histórico.

1.2.2 O sistema econômico em Marx

Para Karl Marx, o sistema econômico deve sua estrutura ao modo de produção³⁶. Sua teoria se baseia na necessária correspondência entre a natureza das relações sociais de produção (por exemplo, relações de propriedade sobre os meios de produção) com o caráter das forças produtivas (instrumentos da produção, objeto de trabalho e força de trabalho). Isso quer dizer que se há o desenvolvimento das forças produtivas, por exemplo a alteração da forma de prestação de trabalho humano pelo desenvolvimento técnico, deve haver também progresso nas relações sociais de produção, caso contrário haverá contradição, o que poderá acarretar em uma revolução para readequar as relações sociais de produção às forças produtivas presentes naquela sociedade³⁷.

Karl Marx e Friedrich Engels exemplificam esse processo evolutivo no Manifesto Comunista com a análise do processo histórico que culminou com a queda das relações sociais de produção do feudalismo em virtude da ascensão da burguesia:

A burguesia não pode existir sem revolucionar continuamente os instrumentos de produção, portanto as relações de produção, bem como o conjunto das relações sociais. Ao contrário, a conservação inalterada dos antigos modos de produção era a primeira condição de existência de todas as classes industriais anteriores. A permanente transformação da produção, a ininterrupta perturbação do conjunto da sociedade, a eterna insegurança e movimento diferencia a época burguesa de todas as anteriores. Todas as relações fixas e rígidas com o seu séquito de ideias e opiniões veneráveis são dissolvidas, todas as novas envelhecem antes que possam se ossificar. Tudo o que era sólido e permanente se desmancha no ar, tudo o que é sagrado é profanado, e as pessoas finalmente são obrigadas a encarar friamente sua posição na vida, suas relações comuns.³⁸

Nesta concepção, são as relações sociais de produção que determinam o

³⁶MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 22.

³⁷NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 80.

³⁸MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Martins Claret, 2014, p. 111.

poder de direção do processo produtivo e as formas de distribuição do produto deste processo, o que pressupõe uma forma de propriedade. Com isso, Marx diferencia os sistemas econômicos entre comunismo primitivo, escravagismo, feudalismo, capitalismo e socialismo³⁹.

Pode-se notar que a visão de Marx não é assepticamente histórica e descritiva, como as teorias históricas vistas no item anterior. O autor considera o papel da ação humana e tenta entender as causas da alteração do sistema econômico, colocando em evidência as contradições e revoluções como móbil de um sistema a outro, de um modo de produção a outro, e não mera consequência do passar dos anos e do progresso tecnológico.

1.2.2 Os sistemas econômicos enquanto tipos ideais

Walter Eucken, critica a teoria de Marx, argumentando que ela falha, igualmente, ao tomar o capitalismo como uma “substância personificada ou como pessoa [...] ser real, actuante”⁴⁰, imputando modificações históricas nas ordens econômicas concretas à força destrutiva do capitalismo, em vez de se atentar aos fenômenos concretos. O conceito de “capitalismo” dos economistas modernos, para Eucken, nada diz acerca das estruturas da ordem econômica.

A partir da metodologia dos tipos ideais de Max Weber, o autor constrói dois tipos puros a-históricos: o sistema da economia de mercado e o sistema da economia centralmente dirigida⁴¹. O seu método consiste no destacamento de aspectos particularidades de fenômenos individuais, o que, no seu entender, é o contrário do que realizam os autores das teorias históricas, cujo método da “abstração generalizante” buscava aspectos comuns nos muitos fatos concretos⁴².

Os “tipos ideais”, ou “tipos puros” da metodologia científica de Max Weber não são uma representação da realidade e a descrição por si sós de processos reais, mas sim uma ferramenta para interpretá-los e representá-los a partir de meios unívocos⁴³. Este conceito fica claro na obra de Eucken ao tomar o número possível

³⁹NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978, p. 82.

⁴⁰EUCKEN, Walter. *Os fundamentos da economia política*. Trad. M. L. Gameiro dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1998, p. 102-103.

⁴¹MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 20.

⁴²EUCKEN. *Op. cit.*, p. 114.

⁴³DUEK, María Celia. Aspectos epistemológicos y metodológicos del debate Weber/Marx. *Andamios*,

de formas econômicas puras como limitado⁴⁴, ao contrário das teorias históricas que, com o passar dos anos, sempre poderiam acrescentar um novo estágio.

Vital Moreira denomina a teoria de Walter Eucken de teoria dos “tipos de coordenação”, pois avaliaria como se coordenam as ações dos variados sujeitos econômicos que se chegará aos tipos ideais caracterizadores dos diferentes sistemas econômicos⁴⁵.

O fundamento do sistema económico é portanto o modo de coordenação da acção dos sujeitos económicos. Se a coordenação é feita pelo mercado, sem interferência de uma entidade superior (v. g. o estado), ter-se-á uma economia de mercado; se a coordenação é feita por um plano único (v. g. do estado), ter-se-á uma economia de direcção central.⁴⁶

A partir de seu método de abstração e realce, Eucken conclui que as pessoas agem economicamente sempre a partir de um plano e chega a duas “formas fundamentais constitutivas puras” denominando-as de “economia de direção central” e de “economia mercantil”⁴⁷.

Para Eucken, essas duas formas seriam as únicas existentes em qualquer momento histórico, bem como concebível no futuro. Ilimitadas, contudo, são as formas de combiná-las⁴⁸. Também são variáveis as formas econômicas dominantes e complementares encontradas nas diversas experiências históricas concretas⁴⁹ – podendo assumir diversas formas reais entre a completa centralização e a completa desregulamentação – o que seria uma questão de decisão política da sociedade em questão e não fruto de um determinismo histórico ou consequência óbvia da descoberta ou do desenvolvimento de algum modo de produção⁵⁰.

Cotejando a teoria de Eucken com a teoria de Marx, pode-se perceber que a dimensão normativa é mais acentuada na teoria dos tipos de coordenação do que na marxista, pois ela se atenta ao papel do Estado, juridicamente determinado, na

México, v. 4, n. 7, p. 125-153, dez. 2007. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632007000200006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 24 de março de 2019.

⁴⁴EUCKEN, Walter. *Os fundamentos da economia política*. Trad. M. L. Gameiro dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1998, p. 117.

⁴⁵MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 23-24.

⁴⁶*Ibidem*, p. 24-25.

⁴⁷EUCKEN. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁸*Ibidem*, 1998, p. 117.

⁴⁹*Ibidem*, 1998, p. 125.

⁵⁰MOREIRA. *Op. cit.*, p. 25.

organização da atividade econômica, enquanto Marx, ao centrar a sua análise no modo de produção e as relações sociais de produção, realiza uma análise mais fática.

A análise unicamente de quem é o detentor da propriedade dos meios de produção causaria dificuldade de se explicar qual o caráter de determinadas economias concretas, como a chinesa, em que a propriedade privada dos meios de produção convive com um rígido plano central. Ou então a presença de cooperativas dentro de uma economia capitalista e a inserção dessas empresas nas disputas de interesse dentro do mercado.

O traço comum entre a economia chinesa do século XXI e a soviética do século XX, ou então o que diferencia a Iugoslávia sob o regime de Tito de uma economia capitalista, dessa forma, não se explica pelo regime jurídico da propriedade, que é apenas um dentre diversos elementos a serem analisados, mas pelo modo de coordenação da produção e da distribuição nesses contextos.

O emprego de uma teoria dos sistemas econômicos que leve em consideração o modo de coordenação da atividade econômica, portanto, é mais adequado para um trabalho da ciência jurídica, uma vez que possível associar o modo de coordenação a considerações que remetam à ordem⁵¹ jurídico-econômica vigente. Também, é adequado à análise da atividade da comunicação social, pois a verificação unicamente do regime de propriedade poderia levar a conclusões inadequadas quanto ao marco jurídico deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, que permite a propriedade privada dos meios de comunicação, bem como a comunitária, a sem fins lucrativos e também a estatal.

Os sistemas econômicos a seguir descritos configuram tipos ideais de organização econômica nas sociedades, não havendo homogeneidade nas formas que eles se apresentarão nas experiências concretas e tampouco havendo correspondência lógica entre um sistema econômico e determinado regime político de governo⁵². Para isso basta mencionar a experiência do regime autoritário chileno liderado por Augusto Pinochet, entusiasta do que a seguir se denominará de “sistema da autonomia”. O mérito das teorias sociológicas reside em fornecer as

⁵¹O vocábulo “ordem” é aqui considerado no sentido que o atribui Max Weber, de máximas que orientam a ação dos indivíduos. Em um sistema econômico, tais máximas orientarão a ação do agente econômico. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 19.

⁵²CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 163.

ferramentas para análise das ordens econômicas concretas, em qualquer tempo histórico.

Ao lado da economia de mercado, a qual se chamará de sistema da autonomia, e da economia de direção central, sistema da autoridade, pode-se vislumbrar outro modo de coordenação da atividade econômica na qual não se pode falar em um mercado desenvolvido e tampouco em um planejamento central obrigatório, que é o sistema da tradição, cujas características serão trabalhadas a seguir.

1.2.2.1 O sistema da tradição

Ao falar de tradição deve-se rememorar o clássico conceito weberiano de “dominação tradicional”, o qual traz elementos dessa forma de dominação que podem ser transpostos ao tipo de coordenação da atividade econômico que igualmente se baseia na tradição. Segundo Max Weber:

Denominamos uma dominação *tradicional* quando sua legitimidade repousa na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais tradicionais (“existentes desde sempre”). Determina-se o senhor (ou os vários senhores) em virtude de regras tradicionais. A ele se obedece em virtude da dignidade pessoal que lhe atribui a tradição.⁵³

No sistema econômico da tradição as práticas remetem à repetição de condutas estabelecidas e que se remetem a um início não documentado, ou seja, remetem-se a padrões incorporados no comportamento de certo grupo social no que diz respeito às práticas econômicas⁵⁴.

O papel da atividade econômica nas sociedades tradicionais era secundário, voltando-se as principais preocupações a questões de caráter religioso, familiar ou comunitário. Já o poder decisório costuma servir para reafirmar as práticas já estabelecidas por meio da tradição⁵⁵.

A produção no sistema da tradição servia à subsistência e ao autoabastecimento, com pouca produção de excedentes. Essas características

⁵³Grifos no origina. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 148.

⁵⁴NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

⁵⁵*Ibidem*, p. 86. WEBER. *Op. cit.*, p. 156.

implicavam, em um primeiro momento, no autoconsumo do chamado “comunismo primitivo” e, após, em uma relação “fechada” das comunidades, que não necessitavam de grandes quantidades de bens ou produtos externos para a manutenção dos padrões de vida⁵⁶.

Analisando as organizações agrícolas germânicas, Max Weber identifica que nas aldeias já não se pode mais falar em uma ideia de “comunismo agrário” tendo em vista que já havia apropriação pelos aldeões em cotas fixas de participação, bem como hortas cercadas e faixas de lavoura destinada às unidades domésticas⁵⁷.

As relações econômicas tinham acentuado caráter contratual⁵⁸. Veja-se o juramento, que nada mais é do que uma declaração de vontade e compromisso firmado no sentido de servir a um senhor. Esta convenção entre os indivíduos, mesmo na sociedade feudal, determinava, entre outras coisas, a destinação dos excedentes e a lealdade do indivíduo.

Via de regra, o desenvolvimento de um mercado, bem como o uso de moeda era inexistente ou limitado. Aliás, o fato de que as trocas no *oikos* – Egito Antigo e Índia – eram realizadas em espécie dificultavam o desenvolvimento de um mercado e do capitalismo, já que o dinamismo de tais trocas fica em muito limitado⁵⁹.

Além dessa forma de gestão econômica tradicional, em outras experiências históricas pode-se perceber a dificuldade do estabelecimento de um mercado, como nos grandes impérios helênicos e no império Romano em que a distribuição dos bens dependia da posição ocupada pelo indivíduo nos estamentos, o que impedia certas “castas” do acesso ao incipiente mercado, como a dos escravos⁶⁰.

Para Max Weber a economia racional era inibida nos modelos econômicos submetidos a uma dominação tradicional em virtude da oposição à existência de regras racionais, formais e duráveis, que levava ao espaço para arbitrariedades, pela ausência de um corpo de profissionais com qualificação técnica formal e pela tendência que os modelos tradicionais têm de orientar materialmente à economia para a satisfação dos dominados⁶¹.

⁵⁶CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 165.

⁵⁷WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 31-32.

⁵⁸CAMARGO. *Op. cit.*, p. 164.

⁵⁹WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 156-157.

⁶⁰*Ibidem*, p. 156-157.

⁶¹*Ibidem*, p. 157-158.

Ainda segundo Weber, mesmo o modelo econômico não orientado em bases racionais e previsíveis, sem um corpo de profissionais formalmente preparados e aberto ao arbítrio, em face da última característica, qual seja, de ser materialmente orientado, possibilitou o surgimento de certas formas de capitalismo, nomeadamente “a) o capitalismo comercial; b) o capitalismo de arrendamento de impostos e de arrendamento e compra de cargos; c) o capitalismo baseado em fornecimento de bens ao Estado ou financiamento de guerras e, em determinadas circunstâncias, d) o capitalismo de *plantations* e o colonial”⁶².

O convívio do sistema da tradição com elementos de autonomia ou de autoridade era corrente e, ao final do seu predomínio, mais notado. Segundo Fábio Nusdeo:

Na era medieval, enquanto vigia amplamente, seja nos feudos, seja nos burgos, um regime fortemente marcado pela tradição, afloravam vagarosamente manifestações do mercado (autonomia) representados pelas grandes feiras do norte da Itália, de Flandres e de Champanhe, onde se desenvolviam o comércio e as finanças e se dava novo impulso ao artesanato. Por outro lado, nos feudos, havia em paralelo o poder autoritário do senhor, muito forte no campo econômico, dadas as necessidades prementes de armar e alimentar exércitos para as campanhas típicas daquela época.⁶³

Walter Eucken também vislumbrava elementos de concorrência no sistema da tradição, a exemplo do que ocorria nas vendas dos produtos dos artesãos nas feiras, como a de Frankfurt, em que artesãos de diferentes cidades, que detinham monopólio corporativo nessas cidades, passavam a ter de concorrer quando expondo seus produtos na feira, pois havia diferentes corporações ali representadas⁶⁴.

Historicamente, pode-se falar que o sistema da tradição é, hoje, apenas encontrado em caráter residual, em determinadas comunidades isoladas. Entretanto, elementos de tradição são vistos em modelos econômicos da contemporaneidade, seja da autonomia, seja da autoridade, em celebrações, datas comemorativas, hábitos de consumo, rotinas arraigadas nos costumes de profissões liberais e

⁶²WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 158.

⁶³NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.

⁶⁴EUCKEN, Walter. *Os fundamentos da economia política*. Trad. M. L. Gameiro dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1998, p. 124.

práticas contratuais na atividade da agropecuária⁶⁵. Também verifica-se na proteção ao direito originário dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, conforme artigo(art.) 231 da Constituição da República Federativa do Brasil, no direito do povo Sami ao pastoreio de renas garantido na Constituição sueca⁶⁶, bem como no respeito às práticas deste mesmo povo no ordenamento jurídico norueguês⁶⁷.

A comunicação sob o sistema da tradição não se verificava enquanto uma atividade com vistas ao lucro ou à sobrevivência, mas buscava a reforçar as crenças e tradições que mantinham aquela comunidade coesa e tinham como ponto de partida as autoridades. Como não havia o estímulo lucrativo, as atividades produtivas exercidas eram aquelas necessárias à sobrevivência e ao reforço dos elos comunitários, assim, por falta de um maior incentivo, a comunicação ocorria majoritariamente de forma interpessoal, sem a necessidade de comunicação de massa ou com destinatários incertos⁶⁸.

Não há falar em atividade de imprensa, pois ela ameaçaria os elos comunitários caso fosse posto em xeque a partir de argumentos racionais os elementos de tradição. A recordar a grande tensão por que passou o regime feudalista quando se passou a questionar as interpretações oficiais que a Igreja Católica fazia das escrituras bíblicas, fenômeno concomitante ao desenvolvimento da imprensa, que facilitou a propagação de ideias “não-oficiais”. O próprio ato de Lutero de pregar às portas de Igreja de Wittenberg mostra uma tentativa de comunicação “de massa” possível com base nos elementos técnicos disponíveis à época, ou seja, com destinatários incertos e que logo foi duramente reprimida.

1.2.2.2 O sistema da autoridade

Quando a coordenação da atividade econômica se dá através de decisões exaradas pelas mesmas pessoas e instituições competentes para a tomada de

⁶⁵NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

⁶⁶CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. A constituição do reino da Suécia, o estado-providência e o estado mínimo. In: *EJLL*. Joaçaba, v. 18, n. 2, p. 359-380, maio/ago. 2017, p. 364.

⁶⁷*Idem*. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita europeia mais antiga. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, pp. 635 - 656, jul./dez. 2016, p. 648.

⁶⁸No capítulo 3 esta diferenciação será melhor desenvolvida. Para o momento, basta dizer, que a comunicação enquanto atividade econômica se dá com destinatários incertos, ao contrário da comunicação interpessoal, que tem um destinatário definido.

decisões políticas, está-se diante do sistema da autoridade⁶⁹

Na economia de direção central, uma das modalidades concretas do sistema da autoridade, o Estado determina o que, para quem e quanto produzir. Assim, a lei do plano deve ser fonte de obrigações⁷⁰, ficando em segundo plano a importância de obrigações contratuais, já que eles não poderiam deliberar no sentido de direcionar a atividade econômica em um caminho diverso daquele determinado pelo planejamento.

Do mesmo modo o regime de propriedade privada sobre os meios de produção deve ser inexistente ou mitigado, já que a possibilidade do proprietário dispor ou gozar como bem entender do meio de produção a que a ele pertence poderia implicar em contrariedade ao plano econômico⁷¹. Veja-se que as finalidades, assim como o que e para quem produzir são elementos ditados pela autoridade central, ou pelo diretor de fábrica por ela nomeado, eliminando a atividade equivalente de um gerente privado.

Já a propriedade dos bens de uso doméstico não se submetia, necessariamente, à coletivização⁷², demonstrando que as experiências práticas não guardam correlação com um tipo puro de sistema econômica em que toda e qualquer propriedade seria estatal ou coletiva, ou que se submeteria aos interesses consagrados no plano.

Outra experiência histórica concreta em que pode se vislumbrar a predominância ocorre no período do mercantilismo. Ligada à formação do Estado Moderno, o monarca centraliza o poder e o utiliza, enquanto coação, a fim de “colocar as forças econômicas a serviço de sua soberania”⁷³. No período, não havia necessariamente um plano econômico documentalmente posto e juridicamente vigente, entretanto, o exercício de profissão era limitado pelas corporações de ofício e controlado pelas guildas⁷⁴, bem como o comércio exterior tinha a finalidade, posta

⁶⁹NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91. CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 174.

⁷⁰CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Op. cit.*, p. 174.

⁷¹NUSDEO. *Op. cit.*, p. 92.

⁷²SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 355. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 230-232.

⁷³CAMARGO. *Op. cit.*, p. 168.

⁷⁴“A guilda urbana. É uma associação de comerciantes que domina a cidade e exerce, no interesse da economia, o controle da indústria e do comércio”. WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 216.

pelo Estado, de obtenção de superávit comercial e apropriação de metais.

Contudo, formas de comércio entre povos monopolizadas pelos monarcas são observadas desde a antiguidade, citando Max Weber como exemplos os faraós egípcios donos de navios, os régulos da costa da África e os doges de Veneza⁷⁵, o que demonstra que as trocas ocorrem sob o sistema da autoridade, a partir de uma organização central que decide quais trocas efetuará.

Cabe salientar, aqui, que o sistema econômico da autoridade não guarda correlação necessária com algum regime político autoritário. Joseph Schumpeter⁷⁶ nega que apenas seja possível democracia no Estado liberal burguês e desenvolve sua teoria da democracia, baseada na concorrência entre os que aspiram aos cargos políticos, que seria compatível com um sistema socialista, de economia planificada.

Não apenas isso, para Schumpeter a sociedade burguesa vinha deixando de fornecer condições para o exercício da democracia, principalmente no que concerne à divisão de uma sociedade em sua estrutura social. Na democracia socialista, “as eleições gerais, os partidos, os parlamentos, os gabinetes e os primeiros-ministros ainda podem mostrar que são os instrumentos mais convenientes para tratar da agenda que a ordem socialista reservar para a decisão política”⁷⁷.

Como o sistema da autoridade é um tipo ideal, caracteres de tradição ou de autonomia podem ser vislumbrados nas economias concretas baseadas no sistema da autoridade, como a liberdade de disposição de diretores de fábricas sobre qual a melhor forma de entregar o que determinado pela autoridade central, o certo grau de possibilidade de acumulação de excedentes⁷⁸. O elemento de concorrência, inclusive, poderia ser aí vislumbrado, pois ela se apresentaria entre os postulantes a ocupar cargos de mais elevada hierarquia na organização do Estado.

Schumpeter também se preocupou com a operacionalidade de uma economia planificada, chegando à conclusão de uma divisão de tarefas que não deixasse tantas decisões cruciais e, principalmente, práticas dos locais de produção no conselho central. Ao contrário, ele seria um centro de trocas de informações e de

⁷⁵WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 188.

⁷⁶SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017.

⁷⁷*Ibidem*, p. 407.

⁷⁸NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

coordenação de interesses, como um escritório central de um cartel de empresas, o qual reduziria incertezas dos conselhos de fábricas, estes, sim, responsáveis pelas tarefas do dia a dia, otimizando recursos e evitando desperdícios⁷⁹.

A atividade de comunicação social, neste contexto, seria exercida em conformidade com o plano, principalmente quanto a quantidades e formas. Em economias planificadas verificáveis na experiência do século XX, pode-se observar o uso da comunicação de massa, assim como da cultura, como forma de promoção do regime, conforme conhecidos cartazes de propaganda soviética, a instrumentalização da música e do *ballet* e edições de imagens que iam aos jornais.

Entretanto, não é uma condição do sistema da autoridade a interferência no conteúdo das publicações, mas certamente que a atividade teria de ser desenvolvida em sua acepção econômica de acordo com o planejamento central. Ademais, a possibilidade de discussões de ideias poderia vir a, justamente, otimizar o plano, apontando os pontos criticáveis e ressaltando o que deveria ser mantido, bem como discutir outros pontos que não o conflito de interesses privados⁸⁰.

1.2.2.3 O sistema da autonomia

No sistema da autonomia, a solução dos problemas econômicos consistentes no quê, como e quanto produzir não são definidos por uma autoridade central, mediante plano econômico obrigatório para todos os agentes. Pelo contrário, são os particulares – empresas, pessoas naturais e entes coletivos privados – que tomarão as decisões econômicas. Por isso pode-se denominar tal sistema, também, de “descentralizado”⁸¹.

Um sistema como tal deverá não apenas respeitar, como proteger, tutelar, a propriedade privada, os contratos e a autonomia da vontade. A primeira consistirá

⁷⁹SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017, p. 257.

⁸⁰Para Schumpeter há espaço para o embate de ideias no socialismo: “As eleições gerais, os partidos, os parlamentos, os gabinetes e os primeiros-ministros ainda podem mostrar que são os instrumentos mais convenientes para tratar da agenda que a ordem socialista reservar para a decisão política. A lista dessas questões será alijada de todos os itens que atualmente provêm do conflito de interesses privados e da necessidade de regulá-los. No lugar deles haverá outros novos. Tratar-se-á de decidir questões como a de qual será o volume de investimento ou de como reformar as regras existentes de distribuição do produto social etc”. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017, p. 407.

⁸¹NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97 e 98.

nas faculdades de usar, gozar e dispor da propriedade privada, inclusive dos meios de produção, atuando, assim, o agente econômico privado nas decisões de como, quanto e o que produzir, podendo, inclusive, cessar a produção se esta for a decisão mais economicamente interessante para ele.

Ao estado cabe não mais a tomada das decisões econômicas, mas a tutela através do seu monopólio do poder de coação da propriedade e do cumprimento dos contratos, bem como o poder de criação da moeda⁸².

O funcionamento de uma economia concreta sob o sistema da autonomia seria ordenado pela busca pela maximização da satisfação pessoal, a qual, segundo Adam Smith, implicaria em resultados positivos para todos, seja pela melhora dos seus rendimentos, que implica o aumento da renda global da sociedade, seja pela divisão dos resultados a partir do emprego da mão de obra humana, como fica evidente no seguinte trecho:

Os ricos consomem pouco mais que os pobres; e a despeito de seu natural egoísmo e rapacidade, embora pensem tão-somente em sua própria comodidade, embora a única finalidade que buscam, ao empregar os trabalhos de muitos, seja satisfazer seus próprios desejos vãos e insaciáveis, apesar disso dividem com os pobres o produto de todas as suas melhorias.⁸³

A interação entre oferta e procura, que determina os preços, ocorreria no conjunto de instituições denominado de mercado. A formação dos preços se dá, portanto, pelo aumento dos preços de produtos ou serviços com mais procura do que oferta, o que faria com que mais agentes se interessassem por aquela atividade, reduzindo os preços pelo aumento da oferta. Pelo contrário, a pequena procura por produtos com grande oferta reduziria o seu preço, fazendo com que os agentes econômicos se decidissem por outras atividades e os que se mantivessem passassem a cobrar maiores preços⁸⁴.

A decisão do que produzir é, assim, mediada pelos empresários, mas na prática é atribuída aos consumidores, que se manifestam através de sua procura pelos produtos ou serviços disponibilizados no mercado⁸⁵. Aquela decisão que no

⁸²CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 176.

⁸³SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 226.

⁸⁴*Ibidem*, p. 109. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

⁸⁵NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista

sistema da autoridade é tomada pela autoridade central, a partir de dados que indiquem as necessidades ou preferências dos destinatários dos bens, aqui é tomada pelos indivíduos no momento em que buscam o comércio.

A ordem econômica brasileira, instituída pelo texto constitucional de 1988 enquanto parte do ordenamento jurídico⁸⁶, prevê uma economia de mercado, fundada na liberdade de iniciativa e tendo como princípio a propriedade privada e a liberdade de concorrência, conforme *caput* e incisos do art. 170.

Assim, havendo previsão constitucional de que a regulamentação estatal da economia, no Brasil, deverá respeitar os princípios fundamentais e constitutivos de um sistema baseado na autonomia, conclui-se que o marco econômico para se analisar o problema de pesquisa aqui abordado deverá ser o do sistema da autonomia.

Contudo, analisando o próprio art. 170 da Constituição, se vê que o constituinte se preocupou em preservar outros interesses, concedendo-lhes assento constitucional, que não apenas a liberdade contratual e a propriedade privada, cabendo ao Estado, para além de usar o seu poder de coação para garantir a oponibilidade *erga omnes* da propriedade e a aplicação dos contratos, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Isso ocorre porque há situações em que se deve reconhecer que a busca totalmente desregulamentada pela satisfação pessoal poderia subverter a lógica de maximização global da satisfação. Max Weber analisa a economia baseada em trocas livres mediante dois pressupostos: a apropriação e a liberdade. Esta deve ser especialmente ressaltada à medida que a economia de trocas vai se tornando mais complexa, com a apropriação privada dos meios de obtenção dos produtos, como o próprio transporte de mercadorias. Além disso, a apropriação vai ficando cada vez mais limitada aos “portadores materiais de utilidades”⁸⁷.

Em verdade, pode-se afirmar que é possível que os dois pressupostos entrem em conflito à medida que pessoas ou grupo de pessoas têm a sua liberdade tolhida em face da grande possibilidade de apropriação de outras. Os exemplos mais drásticos dessa situação são a escravidão e a servidão – apropriação de pessoas,

dos Tribunais, 2016, p. 100.

⁸⁶GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 66.

⁸⁷WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 71.

que elimina a sua liberdade pessoal – e o monopólio – apropriação de uma possibilidade econômica, que impede o exercício de uma atividade econômica⁸⁸.

Estes casos extremos são didáticos para demonstrar que o exercício das prerrogativas conferidas aos indivíduos em uma economia de mercado – liberdade e apropriação – podem ser empregados por alguns indivíduos para limitar as de outros, sendo esta uma patologia no sistema da autonomia. O tópico seguinte deste trabalho se dedicará a estudar as formas que o ordenamento jurídico brasileiro encontrou para minimizar os efeitos negativos dessas patologias.

1.3 As patologias do sistema da autonomia e sua amenização pelo ordenamento jurídico

Como visto ao final do item anterior, uma irrestrita liberdade de contratar poderia acarretar o impedimento a outros de contratar e atuar em mercados, é o caso que ocorre nos fenômenos da cartelização e da monopolização. Ademais, o oferecimento de mão de obra como forma de obtenção de vantagens econômicas – relações de trabalho – se encontra extensamente regulado a fim de que o excesso de oferta não implique em uma grande redução das rendas do trabalho.

Por isso, nos pontos seguintes, abordar-se-ão as soluções encontradas pelo ordenamento jurídico para tentar impedir que o uso dos pressupostos do sistema de autonomia acabe por acarretar uma existência indigna para grupos de indivíduos, ou a apropriação de toda uma possibilidade econômica: monopolização.

1.3.1 A valorização do trabalho humano: legislação trabalhista e sindicalização

A determinação do “preço” da mão de obra humana não ocorre diferentemente da fórmula oferta-demanda que tem como consequência a formação dos preços no sistema da autonomia. No mercado de trabalho, em que muito comumente, principalmente em profissões de menor especialização técnica, há grande disponibilidade de pessoas com disponibilidade de vender sua mão-de-obra e menor oferta de vagas, pressionando os salários para baixo.

A possibilidade de determinação unilateral dos salários já era antevista por

⁸⁸WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 71.

Adam Smith, que escrevia numa época em que a combinação de condutas concertada por empregadores era possível, enquanto a sindicalização era proibida:

A formação dos salários depende em qualquer lugar do contrato usualmente feito entre duas partes, cujos interesses não são por qualquer meio os mesmos. O trabalhador deseja receber o máximo, os empregadores o mínimo possível. Aqueles estão dispostos a combiner de forma a aumentar, estes de forma a diminuir os salários. Não é, contudo, difícil antever qual das duas partes deve em todas as ocasiões ordinárias ter a vantagem na disputa e forçar a outra em concordar com seus termos. Os empregadores, sendo em menor número, podem combiner muito mais facilmente; e a lei, além disso, autoriza, ou ao menos não proíbe suas combinações, enquanto proíbe as de trabalhadores. Nós não temos atos do Parlamento contrários a baixar o preço do trabalho; mas muitos contra combiner o seu aumento. Em todas essas disputas os empregadores podem resistir mais longamente. Um proprietário de terras, um fazendeiro, um industrial, ou mercador, embora não empreguem um único trabalhador, podem geralmente viver um ano ou dois dos bens que já adquiriram. Muitos trabalhadores não poderiam subsistir uma semana, poucos poderiam subsistir um mês, e raros um ano sem emprego. No longo termo, o trabalhador deve ser tão necessário para seu empregador como seu empregador para ele; mas a necessidade não é tão imediata.⁸⁹

Esta relação de trabalho subordinado foi historicamente possível e se tornou a forma hegemônica de prestação de trabalho humano a partir de uma grande oferta de trabalhadores com o fim das relações escravistas – que não se baseiam na subordinação, mas sim na sujeição pessoal – e com a expulsão dos servos das glebas para servirem como força de trabalho nas nascentes economias urbanas⁹⁰. Foi o fim de um regime de trabalho tradicional, principalmente no que diz respeito à

⁸⁹SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: P. F. Collier & Son, 1902, p. 122-123. Tradução nossa. No original: “What are the common wages of labor, depends everywhere upon the contract usually made between those two parties, whose interests are by no means the same. The workmen desire to get as much, the masters to give as little as possible. The former are disposed to combine in order to raise, the latter in order to lower the wages of labor.

It is not, however, difficult to foresee which of the two parties must upon all ordinary occasions have the advantage in the dispute, and force the other into a compliance with their terms. The masters, being fewer in number, can combine much more easily; and the law, besides, authorizes, or at least does not prohibit their combinations, while it prohibits those of the workmen. We have no acts of Parliament against combining to lower the price of work; but many against combining to raise it. In all such disputes the masters can hold out much longer. A landlord, a farmer, a master manufacturer, or merchant, though they did not employ a single workman, could generally live a year or two upon the stocks which they have already acquired. Many workmen could not subsist a week, few could subsist a month, and scarce any a year without employment. In the long run the workman may be as necessary to his master as his master is to him; but the necessity is not so immediate.”

⁹⁰DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 91. Eric J. Hobsbawn fala em “dois grandes reservatórios de trabalho pré-industrial, as oficinas artesanais e a agricultura”. HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. 20ª ed. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 179.

servidão medieval e aos modos de organização do trabalho dos indígenas americanos e dos povos africanos, para a forma típica do sistema da autonomia que é o trabalho assalariado, livre e subordinado.

Essa forma de trabalho combina “liberdade pessoal do trabalhador com direção empresarial pelo empreendedor”⁹¹, ao mesmo tempo em que gerou concentração de trabalhadores em grandes cidades e foi caracterizado pela organização da sociedade civil em torno da questão das condições de vida daqueles que fornecem o seu trabalho enquanto meio de subsistência⁹².

Ao final do século XIX a situação das condições de vida dos trabalhadores chamava a atenção em função das longas jornadas e da baixa remuneração, o que remete, inclusive, à cunhagem do termo “proletariado”, que tinha relação com o fato de que o único “bem” que os assalariados mantinham era sua prole⁹³.

A organização em entidades associativas, os sindicatos, era proibida⁹⁴ e o liberalismo econômico não oferecia resposta adequada para sanar o problema decorrente da baixa remuneração, decorrente da grande oferta de trabalho, com vagas a serem preenchidas em menor número do que a quantidade de ofertantes⁹⁵.

A Lei de *Le Chapelier*, integrada aos ideais libertários da Revolução Francesa, ao mesmo tempo em que consagrou a liberdade de exercício de qualquer profissão e aboliu as corporações de ofício, uma medida de notado caráter liberal em superação ao sistema tradicional do antigo regime, também proibiu que os trabalhadores se associassem para qualquer fim, inclusive para negociar com os empregadores⁹⁶.

Entretanto, o período repressivo não foi apto a parar o fenômeno espontâneo do surgimento dos sindicatos⁹⁷, que então passaram a ser reconhecidos e, por vezes, até mesmo incorporados à estrutura do Estado, o que também é nocivo, em face da cooptação dos interesses dos trabalhadores pelo governo. A atuação coletiva dos trabalhadores está relacionada, também, com a gênese do direito do

⁹¹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 93.

⁹²*Ibidem*, p. 94.

⁹³CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 183.

⁹⁴*Ibidem*, p. 183.

⁹⁵MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1971, p. 17. Sobre a ascensão de partidos socialistas e trabalhistas nas primeiras décadas do século XX: HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 184-185.

⁹⁶*Ibidem*, p. 17.

⁹⁷*Ibidem*, p. 24.

trabalho⁹⁸, que prevê um conjunto de regras de intervenção no domínio econômico, limitando a liberdade dos agentes, bem como reconhecendo a negociação coletiva enquanto meio autocompositivo de resolução de conflitos nesta seara.

A perspectiva do direito civil da ampla autonomia contratual não mais servia para regular os contratos de emprego, pois, além das nefastas consequências que gerou, partia de um pressuposto falacioso, de que empregadores e empregados eram dois sujeitos individuais em igualdade de condições negociais, afirmação com a qual, como visto acima, nem mesmo Adam Smith concordaria.

Pelo contrário, o polo empresarial sempre foi coletivo, constituindo-se muitas vezes em sociedades e podendo, ainda, associar-se entre si em grupos econômicos, bem como detendo capacidade de contratação de assessoria técnica especializada. A sindicalização nada mais é do que um fenômeno associativo com vistas a compensar este poder decorrente do fato de ser a empresa um ente coletivo, cujas ações têm grande abrangência, ao contrário da abrangência individual da ação de um trabalhador isolado⁹⁹.

No contexto dessas mudanças sociais, somadas à extensão do eleitorado em direção ao voto universal, que fez com que a maioria dos votantes fosse “fatalmente ou pobre, ou insegura, ou descontente, ou tudo isso”¹⁰⁰, as Constituições do Século XX passaram a prever a necessidade de se limitar a autonomia contratual no campo das relações de trabalho¹⁰¹, com vistas a preservar outros valores. Trata-se de um certo dirigismo estatal, preservando a autonomia contratual, dentro dos limites postos pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, ninguém será obrigado a firmar contrato de emprego ou de utilizar mão-de-obra humana em sua atividade produtiva, se empresário. Por isso, preservada a regra geral da autonomia privada. Entretanto, firmando tal contrato, ele se submete a limites legais.

1.3.2 Os limites à autonomia privada: função social dos contratos e o Direito do Consumidor

Sendo característica do sistema da autonomia, a satisfação de necessidades

⁹⁸DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 94.

⁹⁹*Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁰HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 178.

¹⁰¹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 98.

ocorre através de negócios privados consubstanciados, na maioria das vezes, por contratos de compra e venda e de prestação de serviços. Contudo, estando uma das partes na condição de quem precisa daquele bem ou serviço para satisfazer uma necessidade relacionada à condição humana, a dignidade, a inserção social e à própria subsistência, não há como se considerar que ela esteja em igualdade de condições negociais daquele que, através do contrato, apenas deseja perfectibilizar sua atividade lucrativa.

No mundo contemporâneo já se admite a intervenção na autonomia contratual em face de características das relações interpessoais consubstanciadas por aquele contrato e dos princípios constitucionais relacionados àquele contrato¹⁰². Ruy Rosado de Aguiar Júnior propõe a classificação entre contratos “existenciais” e “de lucro”, sendo aqueles os que “teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República”¹⁰³. Na interpretação desses contratos deve se considerar o seguinte:

Os contratos existenciais teriam, basicamente, como uma das partes, ou ambas, pessoas naturais, mas também podem aí ser incluídas as pessoas jurídicas sem fins lucrativos; essas pessoas estariam visando à sua subsistência, o que deve ser considerado pelos juízes, em respeito ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc.¹⁰⁴

Os contratos de lucro, por sua vez, seriam tipicamente os empresariais. O lucro não é o objeto do contrato, mas a função que os contratantes buscam com ele. A análise se dá, portanto, não a partir dos direitos fundamentais a que o contrato busca concretizar, mas a partir dos princípios que regem a atividade empresarial privada.

Portanto, não há como se admitir, por exemplo, que a submissão a regras de uma convenção de condomínio parte exclusivamente da autonomia da vontade dos condôminos, uma vez que eles acabam aceitando essa submissão em face da

¹⁰² Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho: “o intervencionismo estatal, por vezes, impõe-se a fim de que o Estado possa harmonizar a atividade privada com os princípios fundamentais por ele preconizados.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35, pp. 13 - 52, 1995, p. 46-47.

¹⁰³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Existenciais, Relacionais e de Lucro*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*: Volume 12, Número 45. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 101.

necessidade de se ter onde morar. Justamente por se tratar de uma necessidade existencial da pessoa é que se admite uma maior intervenção no pacto a fim de que a convenção do condomínio não invada aspectos da vida dos moradores relacionados a direitos fundamentais, extrapolando o seu campo de competência.

No caso do Direito do Consumidor, a partir da consideração de que a contemporânea sociedade de consumo alterou as formas de se estabelecerem relações contratuais, passa-se a analisar os contratos atentando-se para o desequilíbrio entre as partes. De fato, os contratos firmados no cotidiano do consumidor não são negociados cláusula a cláusula, com tempo para reflexão e possibilidade de apresentar contraproposta, mas sim homogêneos em seu conteúdo, concluídos com muitos contratantes e que partem de uma predisposição do texto elaborada pela parte que detém maior poder econômico e conhecimento no ramo¹⁰⁵.

Além disso, há assimetria de informação muitas vezes causada pela própria publicidade das empresas que serão partes nos contratos de consumo. Atento a esta situação, o Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade enganosa ou abusiva no art. 6º, inciso (inc.) IV.

Esses contratos trazem riscos ao contratante vulnerável¹⁰⁶ – a parte aderente ao texto predisposto pela outra parte – e por isso, também, admitem uma maior interferência na autonomia contratual e, portanto, no pressuposto da liberdade do modelo de economia de mercado. A proibição de cláusulas abusivas no art. 6º, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor é exemplo cabal de um campo de ausência de liberdade de contratar neste ramo do direito.

1.3.3 Os regimes jurídicos da atividade econômica em sentido estrito e do serviço público

Outra característica do sistema da autonomia é a diferenciação na seara da atividade econômica entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público¹⁰⁷. A discussão acerca da necessidade de se retirar da exploração privada determinadas atividades e submetê-las ao regime do serviço público é extensa,

¹⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70-71.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 112.

assim como a própria definição de serviço público passou por longas disputas. Contudo, se encontra na doutrina importantes elementos comuns definidores de critérios de classificação.

Para Léon Duguit¹⁰⁸, a noção de serviço público compreende “toda atividade cuja realização deve ser regra”, pois a sua realização é indispensável em função da interdependência social e a sua natureza impede que ela seja assegurada completamente apenas a partir da livre iniciativa privada. A suspensão de tais serviços causaria desordem social. Assim, a atividade deve ser assegurada e controlada pelos governantes.

Em um sentido semelhante, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assenta o seguinte:

O desenvolvimento de uma cidade depende, em grande parte, do sistema desses serviços públicos industriais, organizados e funcionando em forma contínua, regular, sem discriminação pessoal de usuários e em condições satisfatórias. São serviços necessários para se levar vida consentânea com a civilização atual e dificilmente dispensáveis um dia sequer, pelos prejuízos de ordem econômica e social que acarretariam ao público.¹⁰⁹

Duguit, ainda, insere a noção de serviço público como central no conceito de Estado e na fundamentação do Direito Público. Ao contrário das teorias metafísicas e divinas, segundo as quais os governantes teriam o direito de comandar as pessoas, em sua teoria objetiva e realista, o poder só é mantido por aqueles que o detêm em virtude da satisfação de necessidades existentes no mundo dos fatos a partir da prestação de serviços às pessoas, constituindo esses deveres dos governantes¹¹⁰.

A insatisfação da população, com necessidades não supridas pelo desenvolvimento das atividades econômicas e tampouco pela prestação de serviços públicos pelo estado, pode acarretar revoluções, segundo Hannah Arendt, com a desintegração do regime posto e a posterior tomada do poder pelo grupo que

¹⁰⁸ DUGUIT, Léon. *Les transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1925, p. 51.

¹⁰⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão do serviço público. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 2, n. 3, pp. 859-899, 1951, p. 868.

¹¹⁰ DUGUIT, Léon. *Les transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1925, p. 33-34. GAMBOA, Jaime Orlando Santofimo. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. In: *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 5, pp. 43-86, 2011, p. 51.

conseguir se organizar e organizar as massas¹¹¹.

Logo, a prestação de serviços públicos, com a avocação pelo Estado, para si, da realização de determinadas atividades é condição de desenvolvimento da vida em sociedade e do funcionamento da ordem econômica capitalista.

Tradicionalmente, e ainda na égide do Estado liberal, os serviços de defesa externa, segurança interna e prestação da Justiça são prestados pelo Estado e o restante seria suprido pela ideia de *laissez faire*¹¹². Entretanto, a prestação tão somente desses serviços passou a ser insuficiente em virtude das necessidades para concretizar a coesão social e o desenvolvimento econômico.

Quais outras atividades, contudo, devem ser prestadas como serviço público e quais devem ser próprias da iniciativa privada enquanto atividade econômica em sentido estrito não são definidas e listadas *a priori*. Além disso, com a evolução da sociedade, a atividade pode passar a ser considerada como existencial para aquela sociedade, impondo a garantia de sua concretização de forma universalizada e permanente – serviço público – ou então poderá se verificar que não há mais a necessidade de sua prestação pelo Estado¹¹³.

Diante disso, a avocação de uma atividade econômica em sentido amplo como serviço público pelo Estado somente se verificará diante de circunstâncias de fato em uma dada realidade histórica, social e econômica, constituindo argumento falacioso, pois circular, afirmar que serviço público é aquele decorrente da submissão da atividade ao regime público¹¹⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 175 da Constituição define os serviços públicos como atividades que só poderão ser prestados diretamente pelo Poder Público, ou então por entidade privada mediante concessão ou permissão. Pelas suas características, elencadas nos parágrafos anteriores, o serviço público deverá se submeter aos princípios da continuidade, ou seja, não poderá ser cessado a não ser em casos extraordinários, da regularidade, relacionado a uma

¹¹¹ ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Trad. Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 27.

¹¹² DUGUIT, Léon. *Les transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1925, p. 48.

¹¹³ *Ibidem*, p. 47. CIRNE LIMA, Ruy. A organização administrativa e o serviço público no Direito Administrativo brasileiro. In: *Estudos Jurídicos em Honra de Soriano Neto*, v. 2, pp. 9-19. Recife: Universidade do Recife, 1962, p. 14. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão do serviço público. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 2, n. 3, pp. 859-899, 1951, p. 869.

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104-106.

periodicidade suficiente, da generalidade, consistente no atendimento do maior número possível de pessoas, da modicidade tarifária entre outros¹¹⁵.

Dessa forma, pode-se perceber que a deliberação acerca do quê, como, quanto produzir, no âmbito do serviço público, já não cabe mais a um cálculo feito entre a procura dos consumidores e o interesse na oferta pelos produtores, mas sim a uma decisão principiológica acerca do que é importante para manter coesa aquela comunidade concreta.

A possibilidade de exploração do serviço público por empresa ou pessoa privada se submete a limitações naquilo que caracteriza o sistema aqui estudado, a autonomia e a propriedade privada.

A autonomia se encontra limitada pela definição legal da tarifa¹¹⁶. Já os poderes inerentes à propriedade privada – usar, gozar e dispor – podem ser relativizados diante da necessidade de continuidade na prestação do serviço, submetendo-se à possibilidade de encampação e aos poderes exorbitantes do Poder Público contratante¹¹⁷.

Na atividade econômica da comunicação social, a exploração da radiodifusão sonora e de sons e imagens deve ser explorada mediante autorização, permissão ou concessão, sendo que os sistemas privado, público e estatal são complementares, segundo o art. 223 da Constituição, devendo, ainda, atender os princípios elencados no art. 221: preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

A atividade realizada através de veículo impresso, por sua vez, independe de autorização, na forma do art. 220, § 6º, da Constituição Federal. O mesmo se aplica a outras formas de exploração da atividade de comunicação social, como aquela empreendida por portais da *internet*, já que a limitação à liberdade, neste campo, deve ser expressa por norma constitucional, o que somente ocorre na radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Assim, diante dos princípios que se buscam concretizar através da atividade

¹¹⁵ MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 223-226.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 223-223.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 223-226.

de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que dizem respeito à formação de uma identidade nacional, da transmissão cultural e de informações relevantes em um contexto nacional e regional, o que viabiliza a participação informada dos cidadãos no processo político, pode-se dizer que essa atividade é essencial e indispensável em função da interdependência social, conformadora da unidade e soberania nacional, sendo, portanto, no Brasil, considerada como um serviço público explorado tanto diretamente pelo Estado como através de concessão, permissão e autorização para a iniciativa privada¹¹⁸.

Entretanto, tal serviço público tem certos aspectos particulares. A sua concretização apenas pelo Estado no que diz respeito à difusão de notícias e promoção cultural seria um inconveniente, pois poderia criar uma “verdade oficial”¹¹⁹. Por outro lado, a exploração apenas comercial ressaltaria os interesses daqueles que detêm os meios de comunicação que, por serem empresas privadas, são representantes da classe detentora dos meios de produção¹²⁰. Por isso, a necessária complementaridade entre os sistemas público e privado.

Hans Kelsen, contudo, apresenta uma opinião contrária, aduzindo que a nacionalização dos meios de produção, inclusive com o monopólio sobre o papel, não necessariamente levaria a uma situação autocrática em relação a empresa. Para tanto, deve haver instituições jurídicas que garantam a liberdade de imprensa¹²¹. De fato, tanto os prejuízos decorrentes de um monopólio estatal, como de um monopólio privado, sobre um fator da produção na cadeia da comunicação social devem ser objeto de atenção da ordem jurídica, a fim de compatibilizar a situação de monopólio com a garantia de liberdade.

Segundo Eugênio Bucci, a social-democracia europeia buscou, no século XX, preservar o espaço público equilibrado, dialógico e transparente, resistindo o quanto possível a pressões do capital, ou seja, das empresas detentoras de grande poder econômico e de sua tentativa de impor opiniões e programações padronizadas e adequadas a seus interesses por meio das redes públicas nacionais de rádio e

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 132-133. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 102.

¹¹⁹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 33.

¹²⁰ *Idem*. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 20.

¹²¹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 279.

televisão¹²².

A evidência da experiência histórica da presença de emissoras de radiodifusão e de difusão de sons e imagens, como a *British Broadcasting Company* de titularidade do governo britânico, nas democracias ocidentais e que não se prestam a fazer proselitismo político¹²³ demonstra a compatibilidade da exploração direta desse serviço público pelo Estado com o regime democrático, conquanto balizada a sua atuação pelo ordenamento jurídico.

Além disso, deve-se ressaltar a grande capilaridade dos serviços de radiodifusão, que podem transmitir notícias ao vivo, levar a todo o país elementos culturais como o cinema e a música, bem como dialogar com aqueles que possuem pouco tempo disponível para ler, ou, até mesmo, que são analfabetos. Trata-se, portanto, de atividade dinâmica e muito aceita pelos brasileiros

As demais atividades de comunicação social submetem-se ao regime da atividade econômica em sentido estrito. Porém, evidentemente que há, sobre elas, um especial interesse público, pois também são meios de se concretizar o direito à informação e à participação, a liberdade de manifestação e a promoção da cultura.

Por fim, ainda no tópico do serviço público, cabe diferenciá-lo da exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, que no ordenamento jurídico brasileiro ocorre nos casos de imperativo de segurança nacional e de especial interesse coletivo¹²⁴.

Essa fórmula, segundo defendem alguns autores, representa a adoção de um princípio da subsidiariedade da ação econômica do estado, segundo o qual é aconselhável “não estatizar, se o serviço empresarial pode ser prestado idoneamente pelos particulares”¹²⁵. A atuação estatal em campo no qual a solução

¹²² BUCCI, Eugênio. Em torno de um conceito preliminar de teleespaço público. In: BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, democracia e república*, pp. 399-428. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 420.

¹²³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A mídia e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2013, p. 101.

¹²⁴ Sobre o uso do termo “coletivo”, Eros Grau o diferencia do interesse “social”: “Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano de Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos”. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 132-133. Enquanto a exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado está ligada a especial interesse coletivo, “a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*” (grifos no original). GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124.

¹²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35, pp. 13 - 52, 1995, p. 19.

do livre mercado é adequada ao desejo dos consumidores seria ou redundante ou prejudicial¹²⁶.

1.3.4 Limitações à apropriação privada dos bens

Além da liberdade, o outro pressuposto de uma economia de trocas livres, a apropriação, também é condicionada pelo direito. O condicionamento pode se dar a partir de características pessoais do proprietário (como na redação original do art. 171 da Constituição de 1988¹²⁷) e das dimensões da propriedade imobiliária, bem como pela previsão constitucional da possibilidade de expropriação e desapropriação¹²⁸.

No caso da comunicação social, a propriedade das empresas que desempenham tal atividade econômica (em sentido amplo) é privativa a brasileiros e a empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sede no Brasil. Neste caso, 70% do capital total e do capital votante deverá pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão as atividades de gestão e determinação do conteúdo, conforme o art. 222, *caput* e § 1º da Constituição.

Em adição aos condicionamentos da apropriação privada pelo ordenamento jurídico, há a questão da formação de monopólios, que poderia ser resultado da absoluta liberdade de contratar e da proteção jurídica à propriedade privada, afetando negativamente os pressupostos de uma ordem econômica baseada na liberdade. Como brevemente visto, a concorrência aprimora a economia de trocas livres, forçando os preços para baixo ou estimulando o desenvolvimento de novas tecnologias e de melhores produtos. Já na situação monopolista, como visto, o agente econômico apropria-se de uma possibilidade econômica, suprimindo a liberdade dos demais competidores, dos seus fornecedores e dos consumidores.

Além de Max Weber, citado ao afirmar que os monopólios representam um conflito entre os pressupostos da economia de trocas livres, Adam Smith também via prejuízos ao mercado com a formação de monopólios:

¹²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35, pp. 13 - 52, 1995, p. 43.

¹²⁷ Acerca da inclusão de tratamento diferenciado à empresa brasileira de capital nacional no texto da Constituição, ver: GRAU, Eros. Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*: ano 45, n. 179, jul./set. 2008.

¹²⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 157-168.

Um monopólio garantido para um indivíduo ou para uma companhia de comércio tem o mesmo efeito que um segredo em comércio ou manufatura. Os monopolistas, por manter constantemente o mercado subestocado, por nunca completamente suprindo a demanda real, vendem seus bens muito acima do preço natural e aumentam seus emolumentos, sejam eles salários ou lucros, muito acima da taxa natural.

O preço de monopólio é em todas as ocasiões o maior que pode ser atingido. O preço natural, ou o preço em livre competição, ao contrário, é o mais baixo que pode ser aceito, não em todas as ocasiões, de fato, mas por considerável tempo.¹²⁹

Por isso, observa-se nos países de economia capitalista a regulação dos mercados com vistas a inibir os monopólios. A situação de monopólio diz respeito à propriedade privada sobre os meios de produção, já o caminho até se chegar ao monopólio se dá a partir da autonomia das partes que celebram contratos com a empresa que vai se tornando monopolista, sejam consumidores, sejam fornecedores ou até mesmo os concorrentes, estes por meio de fusões e aquisições. Logo, só faz sentido falar sobre proteção à concorrência e inibição da formação de monopólios em uma economia de trocas livres.

Neste caso, o Estado assume sua faceta reguladora, com vistas a proteger a ordem econômica capitalista de seus próprios excessos, impondo limites à atividade econômica a fim de que não ocorra situação em que “o forte domine o fraco, de tal sorte que a vontade deste passe a ser mera ficção”¹³⁰.

Por outro lado, há situações em que é mais consentâneo com os objetivos constitucionalmente eleitos a concentração empresarial, assim como há monopólios naturais, referentes a situações de fato que impedem o exercício daquela atividade econômica específica no regime da concorrência. No que se refere à comunicação social, o legislador constitucional positivou a opção pela vedação dos monopólios e dos oligopólios, no art. 220, § 5º da Constituição, havendo, portanto, norma mais específica no setor específico que este trabalho visa a estudar.

¹²⁹ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: P. F. Collier & Son, 1902, p. 116-117. Tradução livre. No original: “A monopoly granted either to an individual or to a trading company has the same effect as a secret in trade or manufactures. The monopolists, by keeping the Market constantly understocked, by never fully supplying the effectual demand, sell their commodities much above the natural price, and raise their emoluments, whether they consist in wages or profit, greatly above their natural rate.

The price of monopoly is upon every occasion the highest which can be got. The natural price, or the price of free competition, on the contrary, is the lowest which can be taken, not upon every occasion, indeed, but for any considerable time together”

¹³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35, pp. 13 - 52, 1995, p. 46-47.

Como a proteção da concorrência é parte do tema específico deste trabalho, dedicar-se-á o próximo capítulo para a examinar.

2 A TUTELA ESTATAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O capítulo anterior encerra com a informação de que a tutela estatal da concorrência se faz presente nas economias concretas em que prepondera o sistema da autonomia, com a finalidade de proteger este sistema contra os efeitos decorrentes de se levar a cabo ilimitadamente os seus pressupostos. Em suma, o exercício desenfreado da liberdade de contratar e a expansão da propriedade, atingindo toda uma possibilidade econômica, teria como consequência o impedimento justamente do gozo da liberdade de contratar e da possibilidade de adquirir propriedade por outros indivíduos.

Nos próximos tópicos, se tratará dos diferentes conceitos de falha de mercado, de concorrência, do histórico da tutela estatal da livre concorrência, também, por vezes denominada direito concorrencial ou antitruste neste trabalho¹, dos conflitos ideológicos que permeiam a discussão acerca do alcance das normas e, por fim, da interpretação das normas de direito concorrencial.

2.1 As falhas de mercado

Nas economias baseadas em trocas livres, há situações em que a definição acerca da produção – o quê, como, quanto – pode ser manipulada por agentes econômicos, ou então distorcida em função de circunstâncias de fato, implicando em que não haverá uma alocação eficiente dos recursos. As chamadas falhas de mercado são, justamente, as situações em que se observa uma inoperabilidade da economia baseada em trocas livres², devendo ser moldada, incentivada ou regulada de modo que se neutralizem tais distorções.

Com base nesse conceito, Fabio Nusdeo identifica seis falhas de mercado. A falha de mobilidade, quando os fatores de produção são rígidos, a falha de transparência, no que diz respeito ao acesso a informações relevantes, a falha de estrutura, a partir da monopolização, a falha de sinalização, pela produção de

¹ Considera-se a tutela estatal da livre concorrência como conjunto de normas albergadas no ramo da ciência jurídica denominado Direito Econômico. Sempre que mencionado, portanto, o “direito concorrencial” ou “direito antitruste” está se falando, portanto, de um conjunto específico de normas de Direito Econômico. No mesmo sentido é o prefácio à 1ª edição de “Os fundamentos do antitruste” de Paula A. Forgioni, de lavra de Eros Roberto Grau. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 8.

² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118.

externalidades além dos custos para o comprador, a falha de incentivo, relacionada ao uso de bens coletivos, e a falha analítica, consistente nos custos de transação³.

Todas essas situações devem ser levadas em conta na análise antitruste, pois dizem respeito à consideração acerca dos pressupostos da economia de mercado. Nos casos das falhas de mercado, os agentes econômicos teriam dificuldades em identificar os “grandes indicadores aos agentes econômicos da rentabilidade de uma determinada atividade e, por consequência, levá-los-iam a ofertarem o produto ou serviço”⁴. Ou então que, mesmo diante de tais indicadores, o investimento naquela atividade que poderia oferecer maior rentabilidade se mostra inviável por uma questão de falta de mobilidade ou de barreiras à entrada.

A falta de mobilidade ocorre quando, mesmo que identificada uma atividade de interesse de exploração pelo agente econômico, pois os preços estão elevados em face da baixa oferta, o deslocamento para essa atividade não é célere ou simples, impedindo ou dificultando a solução do problema de baixa oferta pelo mecanismo automático do mercado⁵.

Já a barreira de entrada pode ser descrita como uma dificuldade adicional do concorrente entrante em determinado mercado quando comparado com a atividade dos agentes já estabelecidos⁶, ou seja, os custos de ingresso do mercado para os agentes econômicos⁷. A falta de mobilidade, diante disso, pode ser caracterizada como uma espécie de barreira à entrada, já que se trata de dificuldade em iniciar a exploração de uma atividade econômica, enquanto os concorrentes estabelecidos já estão a explorando. Além disso, são exemplos de barreiras à entrada:

- (a) Custos fixos elevados; (b) custos afundados (ou irrecuperáveis); (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) exigências consideráveis de economias de escala ou de escopo para o ingresso de um novo competidor; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) ameaça de reação dos competidores instalados.⁸

³ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118-137.

⁴ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso Elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 345.

⁵ NUSDEO. *Op. cit.*, p. 118.

⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116.

⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 275, nota de pé-de-página 53.

⁸ GABAN; DOMINGUES. *Op. cit.*, p. 116.

As barreiras à entrada são exemplo de situação em que o sistema da autonomia entra em conflito com seus próprios pressupostos, uma vez que a partir da posição obtida pelas empresas constituídas, no caso da comunicação pela sua credibilidade e rede de distribuição, a autonomia de novos agentes e potenciais entrantes passa a ser limitada. Por isso a importância de regras de estímulo e tratamento diferenciado para as pequenas empresas, como a constante do inc. IX, do art. 170 da Constituição.

As consequências lógicas da falta de mobilidade e da presença de excessivas barreiras à entrada são o surgimento de monopólios e a sua manutenção, e a possibilidade de exercício de efetivo poder monopolista, o qual pode adulterar as condições de mercado unilateralmente. Os monopólios podem causar prejuízos ao bom funcionamento do mercado ao aumentar arbitrariamente os preços dos serviços e produtos que oferecem, pois assim causam o denominado “peso morto” no mercado.

O “peso morto” se caracteriza pela perda de utilidade para os consumidores dos produtos oferecidos pelo monopolista, em face da impossibilidade de aquisição pelo alto valor do bem, ou da necessidade de deixar de consumir outros produtos para poder obter aquele oferecido pelo monopolista. Neste caso o prejuízo se dá pelo desperdício, pois os recursos não ficam nem com o monopolista e nem com os consumidores⁹.

Outra preocupação em relação aos monopólios e à obtenção de grande parcela de poder econômico por empresas privadas é a possibilidade de captura do regulador. Trata-se do caso em que os recursos extraordinários obtidos com os preços elevados praticados pelo monopolista são investidos na atividade de *lobby*, seja legal ou ilegal, com grande influência sobre os agentes públicos que deviam controlar aquela atividade econômica¹⁰.

Tal influência pode se refletir em todos os aspectos da atuação do Estado na economia: incentivos fiscais que distorcem o mercado, sem benefício para a população, regulamentação ou fiscalização insuficiente, perdão ou refinanciamento constante de dívidas, resgate a empresas (*too big to fail*), vícios em processos de

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 124-125.

¹⁰ *Ibidem*, p. 125. ZINGALES, Luigi. *A Capitalism for the People*. New York: Basic Book, 2012, *E-book*, Posição 344.

contratação de empresas estatais, dentre tantos outros exemplos em que a relação entre Estado e grandes empresas podem demonstrar a possibilidade de captura.

Por outro lado, há situações em que a monopolização, ou a opção por uma concorrência menos atomizada é almejada ou, pelo menos, não considerada um inconveniente. Nos casos em que a segurança nacional é um imperativo, a exploração de atividade econômica pelo Estado e em regime de monopólio é recomendável¹¹, havendo expressa previsão constitucional, no caso brasileiro, para a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo e o transporte marítimo e através de dutos do petróleo bruto.

Quanto ao monopólio ou a concentração empresarial não ser considerada um inconveniente primeiramente cabe citar a situação dos monopólios naturais, em que a exploração da atividade econômica em um regime de concorrência não é uma opção em face da impossibilidade física ou econômica¹².

Há, ainda imposições tecnológicas que fazem as empresas se concentrarem a fim de aumentar sua capacidade de investimento em pesquisa, no contexto do processo tipicamente capitalista que Joseph A. Schumpeter denomina como “destruição criativa”. Nele, a concorrência não se dá apenas nos preços, mas sim “a concorrência da nova mercadoria, da nova tecnologia, da nova fonte de abastecimento, do novo tipo de organização”¹³.

Com isso, consideram-se os casos em que a concentração resulta em eficiências, reduzindo o preço para o consumidor ou possibilitando o desenvolvimento de novos produtos, sob o prisma do que adiante se abordará como “regra da razão”, bem como aborda-se a questão da concentração empresarial tendo em vista a possibilidade de se verificar concorrência monopolista.

A concorrência monopolista ocorre quando, em que pese verificada uma empresa desse tipo, ela não pratica preços monopolistas ou abusa de seu poder de mercado uma vez que ou há possibilidade de substituição de seu produto por outros

¹¹GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 281

¹²SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 192.

¹³SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017, p. 122.

similares¹⁴, ou há baixas barreiras de entrada a novos agentes no mercado (concorrência potencial)¹⁵.

Assim, considerando os parágrafos anteriores sobre os monopólios, comprovada a veracidade da colocação de Ricardo Antônio Lucas Camargo para quem, em relação a eles, “o direito pode tratar ‘tolerando’, ‘consentindo’, ‘estimulando’, ou ‘reprimindo’”¹⁶.

Outra falha de mercado comumente descrita pela doutrina é a assimetria de informações. Ela se caracteriza pelo desequilíbrio no repertório de conteúdo de informações que dispõem as partes de um processo comunicativo. Em uma relação de troca, ela se caracteriza quando os agentes participantes de uma transação possuem níveis de informação diferentes sobre o objeto daquele negócio¹⁷. Isso afeta a capacidade de tomada de decisão desses agentes e, em última análise, a sua liberdade de contratar¹⁸, já que ela é realizada com base em informações parciais e assimétricas.

A assimetria de informações pode ocorrer, no plano horizontal, a partir da proteção de segredos empresariais e da propriedade intelectual, o que é inexorável ao funcionamento da economia capitalista, bem como sendo defendida a sua proteção sob o argumento de tender a estimular a busca de maior eficiência, melhora na qualidade dos produtos e redução de preços entre empresas atuantes no mesmo ramo. Além disso, não havendo qualquer dever jurídico de transparência entre empresas concorrentes, não há como se exigir que tais informações sejam disponibilizadas.

Entretanto, nos casos de assimetria de informações no plano vertical, entre a empresa e seus consumidores ou fornecedores, podem se verificar situações em que a assimetria pode levar a distorções concorrenciais, beneficiando empresas que sonegam ou distorcem fatos essenciais de seus produtos, limitando a liberdade de escolha de outros agentes econômicos (consumidores e fornecedores), bem como

¹⁴EUCKEN, Walter. *Fundamentos de Política Económica*. Trad. José Luis Gomes Delmás. Madri: Ediciones Rialp, 1956, p. 336.

¹⁵FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 275.

¹⁶CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso Elementar de Direito Económico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 153.

¹⁷GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. In: *Revista do IBRAC*, vol. 11, pp. 83-106, jan. 2004.

¹⁸CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Política Económica, ordenamento jurídico e sistema económico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2019, p. 57-58.

estarão mais suscetíveis a propagandas enganosas¹⁹.

No plano horizontal, a assimetria de informações poderá representar barreira à entrada de novos competidores²⁰, o que deve ser considerado na análise acerca da concorrência potencial no mercado relevante em questão. Por isso, a legislação brasileira e tratados internacionais autorizam a possibilidade de licença compulsória de patentes inclusive quando ela “não cumprir com as necessidades de um mercado específico”, preservando o direito de propriedade do titular da patente, mas possibilitando a demais agentes econômicos que a explorem, inclusive para baratear produtos extremamente necessários, como medicamentos²¹.

A obtenção de vantagem pelo uso da informação privilegiada de que dispõe por força de seu cargo é proibida no caso em que o administrador a emprega para orientar as decisões de investimento em benefício próprio ou de outrem, pois isso viria a conturbar os negócios levados a cabo no mercado de capitais, eliminando a lógica desses investimentos²².

O uso de bens públicos, por sua vez, representa, em virtude de sua finitude e insuficiente provisão, falha de mercado. Isso porque o seu uso pelos agentes econômicos e cidadãos em geral deve atender ao princípio da não-rivalidade e, como o custo adicional para mais um usuário é zero, pode haver o uso irresponsável do bem público²³. No caso do objeto específico deste trabalho, a distribuição do espectro eletromagnético para exploração por empresas de difusão sonora e de sons e imagens pela concessão estatal é uma forma de solucionar a questão de uso de bem público, respeitando a impessoalidade e demais princípios constitucionais.

A última das falhas de mercado que por ora cabe menção consiste nas externalidades. Segundo Fábio Nusdeo ela “decorre do fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável pela sua condução”²⁴. A partir desse conceito,

¹⁹GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. In: *Revista do IBRAC*, vol. 11, pp. 83-106, jan. 2004.

²⁰*Ibidem*.

²¹PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. In: *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, pp. 477-512, ago. 2011.

²²CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 30.

²³CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. In: *Prismas*, Brasília, v. 5, n. 2, pp. 281-303, jul./dez. 2013, p. 287.

²⁴NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

passa-se a considerar as consequências perante terceiros ou perante bens difusos e coletivos de uma atividade econômica, seja negativamente, seja positivamente. A regulação de uma determinada atividade econômica também pode gerar externalidades e a conformação com a ideologia constitucionalmente adotada dessas outras consequências também devem ser consideradas pelo intérprete do direito²⁵.

Na sequência dos estudos dos fundamentos da disciplina jurídica da concorrência, ver-se-ão as diferentes acepções de concorrência e a relação delas com as normas concorrenciais.

2.2 O conceito de concorrência em diferentes acepções

O fenômeno da concorrência surge, enquanto fato, sempre que dois agentes estão dispostos a explorar um mesmo meio de produção ou a adquirir um mesmo bem, ou seja, quando tem interesse em explorar uma mesma possibilidade econômica²⁶. Esta situação fática pode ser vista predominantemente em economias baseadas no sistema da autonomia, mas também naquelas áreas de autonomia existente nos demais sistemas. Já a aquisição de uma possibilidade econômica é o conceito weberiano de monopólio, como visto no capítulo anterior, e, por impedir a competição entre pelo menos dois agentes, se mostra nociva à concorrência.

Entretanto, a concorrência enquanto um valor em si de uma comunidade passa a ser vislumbrada apenas na economia capitalista²⁷, enquanto aquela que passa a predominar no mundo ocidental na segunda metade do século XIX²⁸. Max Weber discorda que o surgimento da economia capitalista seja consequência da acumulação de capitais da época do mercantilismo, mas sim que ela foi possibilitada por uma série de fatores: a contabilidade racional nas grandes empresas; a possibilidade de apropriação de todos os bens materiais de produção; a liberdade de

²⁵CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso Elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 68.

²⁶FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O Direito Exaurido: a hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 104.

²⁷"O capitalismo existe onde quer que se realize a satisfação de necessidades de um grupo humano, com caráter lucrativo e por meio de emprêsas, qualquer que seja a necessidade de que se trate". WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 249.

²⁸*Ibidem*, p. 250.

mercado; a técnica racional aplicada à produção, distribuição e demais etapas da cadeia produtiva; o direito racional, que confere calculabilidade e confiabilidade no sistema; o trabalho livre, somado a presença de pessoas que necessitem vender a sua força de trabalho; e a comercialização da economia, que é a possibilidade de comercialização de títulos de participação em empresas²⁹.

Assim, diferenciam-se dois conceitos de concorrência. Um primeiro, mais ligado à ideia de competição, que não necessariamente é relacionado com a economia capitalista, mas sim observável ao longo da história sempre em que duas ou mais pessoas podem ter o interesse em uma mesma possibilidade econômica. Este conceito diz respeito ao “fato concorrência” e, como se verá a seguir, demandou respostas jurídicas típicas a fim de solucionar eventuais problemas causados pela concentração em alguma possibilidade econômica.

Paula A. Forgioni³⁰ exemplifica essa concorrência com casos historicamente registrados que datam desde a Grécia antiga. Nesta época não há que se falar em uma economia capitalista, contudo, podiam ocorrer distorções naquele âmbito de atuação econômica que era possível de ser empreendido pelo ente privado e essas distorções poderiam afetar o abastecimento das pessoas, passando a ser de interesse público o seu saneamento.

Os monopólios não eram regulados na antiguidade pois que contrários a uma forma de mercado escolhida como ótima, mas por razões extremamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias e ao abastecimento da população.³¹

Pode-se associar ao controle de distorções de mercado causados por monopólio à noção de poder econômico, uma vez que apenas aquela pessoa ou organização que adquirisse a capacidade de atuar e influenciar o mercado seria objeto da regulamentação com vistas a corrigir as condutas monopolistas. Atualmente, a Constituição Federal toma o poder econômico como um fato, um dado da realidade que cabe ao ordenamento jurídico regular e mitigar eventuais prejuízos dele decorrentes, referindo à repressão ao abuso do poder econômico³².

²⁹WEBER, Max. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 251.

³⁰FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

³¹*Ibidem*, p. 36.

³²GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 204.

Enquanto “poder”, diferente de “força”, pode ser conceituado como a capacidade de agir em concerto, sem necessitar da violência concreta ou potencial para realizar seus atos³³, o poder econômico é uma capacidade factualmente atribuída ao agente econômico de agir de forma indiferente e independente³⁴. Na obra de Werter Faria, o poder econômico é descrito como “posições jurídicas mercê das quais as empresas possam atuar no mercado com relativa independência, em confronto com seus competidores³⁵.”

Foi essa atuação, quando contrária a interesses como o abastecimento da população, que foi objeto de regulamentação³⁶. Atualmente, a maioria dos países ditos capitalistas possuem leis para controlar práticas empresariais restritivas³⁷.

De fato, a existência de diferença de poder econômico entre os agentes do mercado é inerente à economia baseada em trocas livres e na livre iniciativa. Entretanto, quando esse poder é de tal magnitude que pode limitar a liberdade de escolha dos demais agentes, ou então manipular preços – o que está ligado ao conceito de “lucro monopolista” – pode-se caracterizar a conduta abusiva, atraindo a proibição pela ordem jurídica³⁸.

O segundo conceito, mais técnico, se relaciona com a concorrência enquanto um valor caro a um modelo econômico capitalista. Ele passa a fazer sentido na segunda metade do século XIX e dizia respeito com a manutenção do sistema econômico predominante. Na economia concreta em que predominam trocas livres, a concorrência “oferece os elementos para a concepção do 'mecanismo autorregulador' do mercado, visto que aciona a oferta e a procura, atuando na configuração dos preços³⁹.”

A fim de que este mecanismo de autorregulamentação possa atuar, as empresas atuantes em um mercado competitivo devem partir de condições de igualdade, principalmente formais, sendo que, ao final, haverá desigualdade como recompensa para aquela que melhor conseguir captar a clientela. Ao revés, caso as

³³ARENDDT, Hannah. *On violence*. New York: Harvest Book Harcourt inc., 1970, p. 44.

³⁴FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 260.

³⁵FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 62.

³⁶FORGIONI. *Op. cit.*, p. 39.

³⁷FARIA. *Op. cit.*, p. 76.

³⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

³⁹SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 434.

condições iniciais não sejam assim, o mecanismo não terá condições de atuar, eliminando a lógica do sistema econômico⁴⁰.

É como forma de tutelar o sistema econômico em que a competitividade entre os agentes econômicos força os preços para baixo, estimula a melhora da qualidade dos produtos e a busca por novas tecnologias, bem como de preservar o mercado, que a concorrência passou a ser regulamentada em plena égide do Estado liberal⁴¹. O item subsequente se dedica, assim, a examinar o contexto histórico do surgimento das normas antitruste e a evolução da regulamentação da matéria no Brasil.

2.3 Panorama histórico do tratamento jurídico da concorrência

A retomada histórica da evolução dos conceitos do direito econômico no tratamento jurídico da concorrência pode ser importante para a verificação da importância da manutenção de certas normas no ordenamento jurídico, assim como é útil para se chegar a uma conclusão acerca da melhor forma de interpretar os textos legais vigentes na matéria. Esta análise iniciará já no sistema capitalista, pois é onde pode se falar em uma regulamentação da concorrência enquanto valor em si, ao contrário dos períodos anteriores em que os problemas decorrentes da falta de competitividade eram resolvidos de maneira tópica.

Começa-se, então, pelas últimas décadas do século XIX. Elas foram marcadas por um arrefecimento da economia mundial, com deflação causada pela grande oferta de produtos, resultado do aumento da produtividade pelos avanços tecnológicos das décadas anteriores e da facilidade do comércio internacional⁴². As reações a esta crise puderam se vislumbrar no campo da política, a partir da adoção de práticas protecionistas, e do capital, pela concentração econômica e racionalização empresarial com vistas a ampliar as margens de lucro⁴³. A terceira saída foi o imperialismo, marcado pelo expansionismo das grandes potências mundiais da época⁴⁴.

⁴⁰GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 204.

⁴¹FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

⁴²HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 61-64.

⁴³*Ibidem*, p. 73.

⁴⁴*Ibidem*, p 76.

A concentração econômica não deve ser confundida com monopólio em sentido estrito (controle do mercado por uma única empresa), nem no sentido amplo mais usual de controle do mercado por um pequeno número de empresas dominantes (oligopólio). Por certo, os exemplos dramáticos de concentração, que mereceram acolhida negativa por parte do público, foram desse tipo, geralmente decorrentes de fusões ou de acordos, com vistas ao controle do mercado, entre companhias que, segundo a teoria da livre iniciativa, deviam estar concorrendo entre si, o que beneficiaria o consumidor. Era o caso dos “trustes” americanos – que geraram uma legislação antimonopolista, como a Lei Antitruste, de Sherman (1890), de eficácia duvidosa – e dos *syndicates* ou cartéis alemães – principalmente na indústria pesada – que desfrutavam do beneplácito governamental.⁴⁵

De fato, foi nesta época, e como reação aos movimentos concentracionistas observados no mercado, que começam a surgir as primeiras leis com vistas a regulamentar o mercado e proteger a concorrência contra ações das próprias empresas. Em 1889, o Canadá editou lei para prevenir e suprimir combinações formuladas para restringir as trocas livres no comércio. Ela dedicava sua incidência nas práticas concertadas entre empresas, sendo que a concentração empresarial passou ao foco na década de 1960⁴⁶.

Um ano depois, os Estados Unidos da América aprovaram sua lei antitruste, que ficou conhecida como *Sherman Act*. Quanto à lei, Kovacic e Shapiro⁴⁷ afirmam que ela passou a diferenciar atos de cooperação empresarial com atos de colusão, estes nocivos ao mercado, tendo os tribunais considerado que a proibição de qualquer contrato que restrinja trocas firmados entre empresas poderia ser ruim à cooperação e ao crescimento. Ainda, houve diferenciação entre atos horizontais, como o acordo de preços entre concorrentes, e verticais, como o estabelecimento de um preço máximo de venda. O *Sherman Act*, contudo, foi ineficaz no combate aos monopólios, tendo sido mais aplicado ao controle de condutas em seus primeiros anos.

Nessa breve análise das primeiras regulamentações concorrenciais podem-se vislumbrar dois importantes conceitos para o direito concorrencial. Quando se fala do controle e combate a práticas concentradas entre empresas, colusão entre

⁴⁵HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, 2016, p. 73.

⁴⁶GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

⁴⁷KOVACIC, William E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999.

empresas ou condutas, se está diante do (1) controle de condutas. O (2) controle de estruturas, por sua vez, se atenta à fusão e às aquisições de empresas por outras, seja por uma concorrente, seja por um conglomerado.

As duas formas de controle representam duas diferentes formas de se enfrentar o problema do poder econômico. Enquanto o controle de estruturas se preocupa com os mecanismos de mercado que levam uma empresa a alcançar uma posição de relevante poder econômico em seu âmbito de atuação, o controle de condutas centra seus esforços nas práticas empresariais de empresas que detêm sua parcela de poder econômico, em outras palavras, naquilo que elas fazem com o poder que já detêm⁴⁸. No caso do controle de condutas há, ainda, uma possível subdivisão em práticas colusórias entre diferentes empresas, organizadas ou não em associações, e práticas restritivas da concorrência praticadas por empresa que detém posição dominante, consistente em abuso dessa posição⁴⁹.

Esses conceitos são importantes pois permearão discussões ideológicas sobre o papel e sobre qual a necessária extensão da atividade regulamentadora da concorrência nos países capitalistas, bem como porque atualmente a lei brasileira que estrutura o Sistema Brasileiro de Controle da Concorrência (SBDC) os diferencia, colocando o primeiro no Título V (das infrações à ordem econômica) e o segundo no Título VII (do controle de concentrações) da Lei 12.529, e prevê diferentes processos administrativos para a sua realização.

No ano de 1904, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aplicou as normas do *Sherman Act* em controle de estruturas, vedando uma fusão entre empresas atuantes no ramo ferroviário. Entretanto, foi apenas com a decisão do caso *Standard Oil Co. v. United States*, no ano de 1911 que novos conceitos foram desenvolvidos. O primeiro, foi que a parcela de mercado que a empresa a ser criada deteria é indicativo do seu poder econômico e da situação de monopólio. O outro, que se faz presente até hoje nas regras de direito da concorrência, é o de “regra da razão”⁵⁰.

Com isso, o direito concorrencial ingressa no século XX com uma nova faceta, para além da resolução de situações tópicas e também além da proteção de um

⁴⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 333.

⁴⁹FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 151.

⁵⁰KOVACIC, William E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999.

modelo econômico, as normas de regulação da atividade econômica devem visar à realização de objetivos constitucionalmente protegidos.

Desde Adam Smith⁵¹ considera-se que o comportamento do indivíduo em um mercado competitivo, mesmo que movido pelo seu autointeresse, conduziria na promoção do interesse público. De fato, em um mercado competitivo, para sua sobrevivência, as empresas buscam a otimizar seus métodos, especializar a mão de obra, buscar insumos mais baratos e aperfeiçoar os produtos a fim de conquistar os consumidores.

Entretanto, não apenas o interesse do consumidor deve ser levado em consideração na aplicação das normas de proteção à concorrência. Interesse público que não se confunde unicamente com o interesse do consumidor, conforme Washington Peluso Albino de Souza:

O constituinte e o legislador brasileiros adotaram essa tese da pluralidade de interesses. Enumerando as condições a serem atendidas para o tratamento excepcional da livre concorrência, além do benefício direto ao consumidor, não somente afirmam essa posição como remetem a autoridade judicante à aplicação do princípio da *economicidade*, para a decisão mais consentânea com a circunstância.⁵²

A proteção à concorrência passa a fazer parte, assim, de um complexo de normas que visam a garantir o bem-estar social, sendo parte de um todo e mais um dos instrumentos de que lança mão o Estado na concretização de suas políticas públicas. Não se trata mais da concorrência enquanto um valor em si, mas de um meio para se chegar a um equilíbrio econômico e facilitar a concretização dos objetivos constitucionais⁵³.

Afastando a noção da concorrência perfeita como um valor em si, bem como submetendo-a aos legítimos interesses públicos buscados – diferente do interesse pessoal dos indivíduos que ocupam os cargos de governo⁵⁴ – o expediente da

⁵¹SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: P. F. Collier & Son, 1902, p. 56-57.

⁵²SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 93.

⁵³FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79-81.

⁵⁴Cabe aqui salientar a colocação de Rafael Maffini de que “deve-se ter em mente também que os interesses públicos não se colocam sempre de modo contrário a interesses privados. Aliás, por definição decorrente de regime democrático, os interesses públicos devem, na medida do possível, coincidir com o maior número possível de interesses privados. Daí por que não seria adequada a peremptória afirmação de que a Administração Pública nunca poderia satisfazer a interesses

concentração econômica passa a ser possível de ser empregado, conforme mais apto seja para a concretização da política pública almejada. Como exemplo, Calixto Salomão Filho cita o processo reconcentracionista por que passou a República Federal da Alemanha no final da década de 1950, inclusive com o apoio dos Estados Unidos da América⁵⁵. Isto pouco tempo depois de o mesmo país ter passado por uma descartelização da economia, que atingiu o conglomerado *IG Farben*⁵⁶.

Todos esses temas mencionados nesta parte introdutória ao segundo capítulo serão mais bem desenvolvidos adiante, entretanto, até mesmo para justificar a divisão nos itens que será feita, cabe ainda mencionar os fatores que contemporaneamente influenciam na análise das políticas concorrenciais. Segundo Fabio Konder Comparato, a economia do pós-guerra observou, novamente, o “fenômeno da concentração empresarial”⁵⁷.

Os motivos para a nova onda concentracionista seriam as exigências de inovação advindas da segunda revolução industrial e a necessidade de se obter ganhos em escala. Com efeito, a inovação ficaria dificultada de ser patrocinada por empresas atomizadas, sem verbas para investimento em pesquisas⁵⁸. Com isso, o conglomerado passou a representar o modelo empresarial dominante, em contraposição ao modelo clássico em que um empreendedor investia seu capital em troca de uma remuneração. No conglomerado, os recursos são por ele mesmo criados, a partir do investimento em inovação e *marketing*, com a formulação de estratégias a médio e longo prazo⁵⁹.

Por outro lado, podem-se apontar críticas ao crescimento dos conglomerados empresariais. Em que pesem as novas necessidades de se obter ganhos de escala e de inovação tecnológica, os problemas decorrentes do abuso de poder econômico não desapareceram. As estruturas concentradoras “acabam sendo os determinantes

privados, porquanto poderia satisfazê-los desde que coincidentes com o interesse público”. MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 41-42.

⁵⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

⁵⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 336.

⁵⁷COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 4.

⁵⁸GREENSPAN, Alan. *Antitrust*. Disponível em <<http://atlashruggedcelebrationday.com/simplemachinesforum/index.php?topic=14.0>>. Acesso em 02.06.2019.

⁵⁹COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 7.

do alto grau de desigualdade de renda e da pobreza aguda⁶⁰. Além disso, no caso de concentrações verticais, podem facilitar a exclusão de concorrentes do mercado.

O que decorre é que o problema a ser resolvido pela regulação da concorrência fica mais complexo, devendo-se analisar os ditames de interesse público, a possibilidade de sobrevivência da empresa no atual modelo competitivo baseado na macroempresa e buscando-se evitar o abuso de poder econômico.

Diante dessa realidade e dessas complexidades, dados advindos da teoria econômica passaram a influenciar o controle antitruste, em especial decorrentes de discussões travadas no debate público nos Estados Unidos da América. Contextualizado no mundo em que as empresas buscavam aumentar o seu poder econômico e, com isso, reduzir gastos em escala e possibilitar o planejamento a médio e longo prazo, os adeptos da Escola Neoclássica de Chicago passaram a defender uma atuação antitruste mais absenteísta do Estado, focado na análise de condutas, em detrimento a uma opinião prevalecente até a década de 1970, da Escola Estruturalista de Harvard, que buscava uma competição possível a partir da manutenção de um número mínimo de agentes concorrendo no mercado. Controle de estruturas, portanto⁶¹.

A posição da Escola Neoclássica de Chicago é defendida no Direito pelo expoente da Análise Econômica do Direito, Richard Posner, que rebate argumentos contrários aos monopólios, principalmente quanto à maior disposição para inovar por firmas atuantes em mercados competitivos, sob o fundamento de que os monopólios são mais capazes de internalizar externalidades informacionais, como as inovações, bem como que essa empresa não teria que se preocupar em repartir os lucros da inovação com competidores que eventualmente viessem a replicar o produto⁶².

Entretanto, tais formas de encarar a regulação das práticas anticoncorrenciais advêm de posições políticas diversas, baseadas nas pré-compreensões de seus defensores ou detratores. É notório o posicionamento mais alinhado à doutrina liberal da Escola Neoclássica de Chicago. Um estudo jurídico, contudo, implica em tomar como ponto de partida não uma visão de mundo pré-determinada, mas aquela eleita pelo legislador – ordinário e constituinte –, de modo que se impõe um estudo

⁶⁰SALOMÃO FILHO, Calixto. FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, Estruturas e Desigualdade*. São Paulo: IDCID, 2008, p. 21.

⁶¹GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 88.

⁶²POSNER, Richard. *Economic Analysis of the Law*. 4 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 281.

acerca da relação entre o direito concorrencial e a ideologia a fim de depurar o que efetiva manda a legislação brasileira e o que se baseia em defesas de posições prévias à análise dos textos legais.

Diante disso, o item 2.3 se dedicará a essa relação, bem como verificar se há como se aproximar as teorias puras defendidas pelos entusiastas das escolas acima nominadas com o ordenamento jurídico brasileiro. Porém, antes, analisar-se-á a evolução histórica do direito concorrencial no Brasil, até se chegar a uma abordagem descritiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

2.3.1 O tratamento jurídico da concorrência no Brasil

No direito brasileiro, as leis de proteção a concorrência só foram editadas décadas após as primeiras experiências internacionais e tiveram relação com fatos específicos da vida nacional. Em que pese se perceba a regulamentação da atividade econômica desde o período colonial, bem como a submissão da liberdade de iniciativa a outros interesses constitucionalmente protegidos nas Constituições de 1934 e 1937⁶³ – justiça, necessidades da vida nacional e existência digna no primeiro caso; bem público e interesses da Nação no segundo – foi apenas com a Constituição de 1946 que a repressão ao abuso de poder econômico passou a ser uma regra constitucional⁶⁴.

Quanto ao nível infraconstitucional, o Decreto-lei 869, de 1938, instituiu a repressão a crimes contra a economia popular. De caráter penal, o texto determinava a repressão a certos atos que causavam prejuízos à concorrência, como a colusão entre empresas para restringir a concorrência e causar o aumento arbitrário de lucros⁶⁵. Já o Código de Propriedade Industrial buscava evitar a concorrência desleal⁶⁶.

Foi apenas em 1945, ainda sob o regime do Estado Novo, que foi editada a primeira lei brasileira que sistematiza a proteção à concorrência: o Decreto-lei 7.666

⁶³FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-99.

⁶⁴FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 149.

⁶⁵FORGIONI. *Op. cit.*, p. 100.

⁶⁶GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 82.

de 22 de junho de 1945⁶⁷. Esta lei já passou a ter caráter eminentemente administrativo, prevendo sanções administrativas e criando a Comissão Administrativa de Defesa Econômica⁶⁸. Entretanto, referida legislação foi revogada já em 09 de novembro de 1945, pelo Decreto-lei 8.167, o que extirpou do ordenamento jurídico referencial normativo para a atuação da administração pública na tutela da concorrência até o ano de 1962.

Neste ano, a promulgação da Lei 4.137 reformula a defesa da concorrência no Brasil, cria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, separa o antitruste da proteção da economia popular e da regulamentação do abastecimento⁶⁹. Contudo, a eficácia material da lei restou prejudicada pela política concentracionista implementada pelo regime da ditadura militar a partir de 1964 e a decisões oriundas do Poder Judiciário⁷⁰, limitando-se a lei a alguns “surtos de vigência”⁷¹.

Exemplificativo da mentalidade da época é o trecho da introdução de “Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa”, de Fábio Konder Comparato, escrito em 1970: “A verdadeira concorrência empresarial nos próximos anos será travada em torno de produtos novos e técnicas novas. Ora, nesse tipo de concorrência, só a grande empresa é viável”⁷². Também na década de setenta, foi aprovada a Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades por Ações), que representou estímulo na concentração empresarial, pois permitiu a formação de *holdings* e de consórcios entre grandes empresas, além de regulamentar a fusão e a incorporação de sociedades anônimas.

No atual paradigma constitucional, a legitimação para o Estado intervir sobre o domínio econômico e regular a concorrência⁷³, limitando a liberdade dos agentes de mercado, se encontra no art. 173, § 4º da Constituição⁷⁴, a partir da determinação

⁶⁷FORGIONI. *Op. cit.*, p. 101-105.

⁶⁸FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105. Acerca do caráter de normas administrativas das sanções a atos lesivos a concorrência, em contraposição a normas penais: FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 152.

⁶⁹FORGIONI. *Op. cit.*, p. 112.

⁷⁰*Ibidem*, p. 117.

⁷¹*Ibidem*, p. 120-121.

⁷²COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 5.

⁷³Trata-se de hipótese de “intervenção sobre o domínio econômico por direção”, na terminologia desenvolvida por Eros Roberto Grau: “No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram”. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 142.

⁷⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

de repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Esse dispositivo prevê as hipóteses genéricas de atos lesivos a concorrência (dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros) e a partir daí as leis infraconstitucionais podem prever mais especificamente espécies exemplificativas, sempre levando em consideração que a repressão ao abuso de poder econômico diz respeito a atitudes que podem acarretar em lesão à concorrência⁷⁵, o que não exclui que a regulamentação econômica pode, a partir de outros institutos, proteger outros bens jurídicos, como de fato o faz.

Outro fator a se ressaltar do texto do § 4º, do art. 173 da Constituição é a fórmula expressa por “que vise à”. Ou seja, não se exige o sucesso na empreitada de praticar o ato de dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros para que as sanções administrativas sejam aplicáveis⁷⁶.

Sob a égide da Constituição de 1988 duas leis sistematizadoras da matéria antitruste foram promulgadas, ambas dotadas de um “triplo enfoque de atuação”: controle de estruturas, controle de condutas anticoncorrenciais e advocacia da concorrência⁷⁷.

Primeiramente, em 1994, a Lei nº 8.884, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal, implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e contou com uma aplicação mais linear, não em surtos, consolidando o controle da atuação de carteis, o respeito institucional pelo CADE e a atuação do Ministério Público em matéria concorrencial⁷⁸.

A Lei atualmente vigente, por sua vez, reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), reformulando os órgãos do CADE, passou a impor a apresentação prévia de atos de concentração para grandes empresas, o que aumenta o poder da administração pública, e modificou a forma de cálculo das multas, reduzindo o percentual sobre o faturamento das empresas punidas⁷⁹.

Assim, chega-se a uma estruturação do SBDC a partir de dois seguintes

⁷⁵FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 153.

⁷⁶*Ibidem*, p. 150.

⁷⁷GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

⁷⁸FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122-123.

⁷⁹*Ibidem*, p. 4.

órgãos. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), segundo o art. 3º, da Lei nº 12.529. Desde o ano de 2019, contudo, com a reorganização administrativa (Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018), no âmbito do Ministério da Economia a elaboração de estudos acerca da concorrência, avaliação de projetos de lei, de proposições de agências reguladoras e participação como *amicus curiae* em processos administrativos e judiciais cabe à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), restando extinta a SEAE.

O CADE, por sua vez, é organizado em Superintendência-Geral, Tribunal Administrativo e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º, da Lei nº 12.529). A Superintendência-Geral tem o dever de monitorar as atividades econômicas e práticas comerciais, e com competência investigativa e de instrução, devendo remeter para o Tribunal, para julgamento, os processos em que entender configurada infração à ordem econômica. Também tem competência para aprovar ato de concentração empresarial ou oferecer impugnação perante o Tribunal caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado (art. 57, I e II, da Lei nº 12.529).

O Tribunal Administrativo é o órgão julgante, composto por um Presidente e seis conselheiros, que decidem nos processos administrativos que tratam sobre infrações à ordem econômica e aprovam os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, assim como julgar atos de concentração quando oferecida impugnação pela Superintendência-Geral, quando avocado o processo por um conselheiro, ou quando interposto recurso contra a aprovação por terceiros interessados ou agência reguladora, no caso de mercado regulado. Já o Departamento de Estudos Econômicos deve elaborar estudos e pareceres econômicos a fim de embasar as decisões do CADE.

Como visto, ao CADE cabe a apreciação de atos que constituam infração à ordem econômica ou concentração empresarial. Neste caso, haverá a apresentação prévia quando se tratar de grandes empresas ou grupos econômicos, na forma do art. 88, da Lei nº 12.529, sendo proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 88, § 5º, da Lei nº 12.529), a menos que

cumulada ou alternativamente aumente a produtividade ou a competitividade; melhore a qualidade de bens ou serviços; e propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; bem como que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (art. 88, § 6º, da Lei nº 12.529).

As infrações à ordem econômica, por sua vez, são aqueles atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Eles estão previstos no *caput* do art. 36, da Lei nº 12.529 e se encontram exemplificados no § 3º do mesmo artigo.

Sobre o rol do § 3º, cabe frisar que ele é exemplificativo, como será melhor abordado no capítulo dedicado à interpretação das normas de direito concorrencial. Em verdade, tanto sobre o controle de estruturas como sobre o controle de condutas há discussões, tanto de cunho doutrinário, como de cunho meramente ideológico, sobre a melhor forma de aplicá-las. Por tratar de regulação da economia, o debate ideológico sobre a matéria é intenso, refletindo as disputas do campo político, de modo que se impõe enfrentá-lo, até mesmo para poder depurar o que há de jurídico e o que há de exposição de visão de mundo quando se trata de concentração empresarial e infração à ordem econômica, bem como observar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona nessa disputa. Somente após poderá se abordar a interpretação do direito concorrencial.

No ano de 2019 entrou em vigor a Lei nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e prevê a aplicação de suas disposições na interpretação do Direito Econômico. Nenhum de seus dispositivos altera diretamente a Lei nº 12.529, entretanto algumas das novas regras têm causado debates quanto à aplicabilidade em questões concorrenciais.

No que diz respeito ao direito de livremente definir o preço dos produtos e serviços em mercados não regulados como consequência de alterações da oferta e demanda (art. 3º, III, da Lei nº 13.874), a lei expressamente exclui a sua aplicação ao direito concorrencial (art. 3º, § 3º, II, da Lei nº 13.874), mantendo assim a proibição à prática de *dumping* e a repressão ao abuso de poder econômico na manipulação de preços.

No mesmo sentido, entende-se que a presunção de boa-fé prevista no art. 3º,

V, da Lei nº 13.874 também não altera a aplicação da legislação antitruste, já que para punir uma empresa por ato anticoncorrencial já era exigida da autoridade a prévia investigação e prova do ato, não havendo mais que se falar em boa-fé, portanto, pois superada a presunção pela prova em contrário.

Já no art. 4º, a lei se preocupa em diminuir barreiras à entrada decorrentes da regulamentação das atividades econômicas, proibindo o “abuso do poder regulatório”. Ele consistiria, entre outras situações, em criar reserva de mercado a profissional ou grupo econômico, em prejuízo aos demais concorrentes, redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado, exigir especificação técnica sem correspondência com o fim desejado e introduzir limites à formação de atividades empresariais e atividades econômicas.

Em que pese parecer como de estímulo à competição as proibições introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, pouco alterará naquela atividade que é o objeto de estudo deste trabalho, pois, no que diz respeito à radiodifusão, a regulamentação da atividade advém de Lei Federal e, portanto, fora do escopo de aplicação do art. 4º da Lei nº 13.874. Além disso, a entrada nesse mercado sempre será, de certa forma, limitada, pois para sua execução a transmissão depende de uso de bem público escasso, qual seja, o espectro eletromagnético. Em relação às outras atividades de comunicação, elas já se encontravam tuteladas contra condutas abusivas do Estado pelas normas constitucionais que vedam à censura e que garantem a liberdade de imprensa.

2.4 Ideologia e tutela jurídica da livre concorrência

As inter-relações entre Direito e ideologia, por vezes, vão além das discussões parlamentares pretéritas à entrada em vigor da lei. Seja na forma da interpretação das leis, seja na eleição de princípios externos ao ordenamento jurídico como guias na aplicação das normas, dados de conteúdo ideológico buscam influenciar o operador e o cientista do direito na sua tarefa.

Para os marxistas, o caráter ideológico do Direito era evidente. Segundo Pachukanis:

As categorias da mercadoria, do valor e do valor de troca são, sem

sombra de dúvida, formações “ideológicas”, representações deformadas, mistificadas (segundo expressão de Marx), através das quais a sociedade, baseada na troca mercantil, concebe as relações de trabalho dos diferentes produtores. O caráter ideológico dessas formas prova-se pelo fato de que basta passar a outras estruturas econômicas para que estas categorias da mercadoria, do valor etc., percam todo o seu significado.⁸⁰

Hans Kelsen, por sua vez, distingue a sua Teoria Pura do Direito, na qual o papel do cientista do direito é descompromissado com ideologias e busca a compreensão do ordenamento jurídico. A sua aspiração é o conhecimento, ao contrário da aspiração da ideologia que é de encobrir a verdade, com a intenção de preservá-la ou de substituí-la⁸¹. Assim, o papel do cientista do direito é de analisar objetivamente os enunciados prescritivos do ordenamento jurídico positivo, sem tentar extrair normas de elementos metafísicos ou de enunciados de fato.

Vários autores, da sociologia, da história e da ciência política, propuseram conceituar o termo “ideologia”. Karl Marx conectava essa noção com os “ideólogos alemães” cuja filosofia “desce do céu para a terra”, em vez de analisar o seu objeto a partir dos homens das atividades reais⁸². Trata-se, portanto, de um conceito de ideologia empregado para criticar os raciocínios de seus opositores.

Karl Mannheim também elabora um conceito total de ideologia que tem o propósito de contrapor as ideias apresentadas estaticamente como uma falsa consciência. Para isso, deve-se compreender que os valores tidos como absolutos são apenas histórica e socialmente determinados e que também a crítica ao pensamento ideológico não deve buscar verdades e valores que existiriam além do tempo, mas sim almejar à distinção entre o verdadeiro e o não-verdadeiro, o autêntico do espúrio. Por fim, conclui:

Esta concepção de ideologia (e de utopia) sustenta que, para além das fontes de erro comumente reconhecidas, devemos admitir igualmente os efeitos de uma estrutura mental deformada. Reconhece o fruto de que a “realidade” que não conseguimos compreender pode ser uma realidade dinâmica; e de que, na mesma época histórica e na mesma sociedade, possam existir vários tipos deformados de estrutura mental interna, uns por ainda não haverem

⁸⁰PACHUKANIS, E.B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 37.

⁸¹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

⁸²MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução de domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000003.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

chegado ao presente, outros por já se encontrarem além do presente. Em qualquer dos casos, entretanto, a realidade a ser compreendida se acha deformada e dissimulada, pois esta concepção da ideologia e da utopia trata de uma realidade que se desenrola somente na prática efetiva.⁸³

Após, o autor diferencia o pensamento ideológico, como aquele de acordo com a ordem existente, do utópico, que visa a subverter a ordem existente⁸⁴.

Cabe ressaltar que o “técnico” não pode ser tomado como o contrário do “ideológico”, tendo o tecnicismo assumido características ideológicas⁸⁵. A isso, Mannheim já chamava a atenção, ao descrever a passagem de um conceito não valorativo para um conceito valorativo de ideologia, pois, ao criticarmos uma posição intelectual como ideológica, partimos, nós também, de “juízos de valor metafísicos e ontológicos dos quais não estávamos conscientes”⁸⁶.

Assim, conclui-se que a tarefa do intérprete do direito não é a de eleger a interpretação mais consentânea com alguma ideologia pura, tampouco esconder-se sob o manto do “tecnicismo”, mas sim conhecer as origens ideológicas tanto dos textos legais, como dos discursos sobre os textos legais, a fim de explicitar em sua fundamentação os motivos que o levaram as suas conclusões e identificar a ideologia adotada pelo legislador ordinário e constituinte, que não se identifica com as “ideologias puras”. Com essa introdução e conceituação de ideologia, bem como introdução da discussão entre as relações de direito e ideologia, pode-se passar ao próximo ponto em que se aborda a discussão ideológica em torno da aplicação do direito concorrencial.

2.4.1 As escolas de Harvard e de Chicago e a discussão acerca do foco da atuação antitruste

No direito concorrencial, certas correntes de pensamento influenciaram a forma com que os tribunais, principalmente, em um primeiro momento, estadunidenses passaram a aplicar o direito concorrencial, bem como vislumbra-se repercussões das discussões travadas na época na atual lei brasileira de proteção à

⁸³MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 123.

⁸⁴*Ibidem*, p. 227.

⁸⁵SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 79.

⁸⁶MANNHEIM. *Op. cit.*, p. 114.

concorrência.

Como visto nos itens anteriores, após as primeiras décadas de vigência do *Sherman Act* nos Estados Unidos da América, economistas de diferentes vertentes passaram a se preocupar com a repercussão da concentração empresarial, das práticas concentradas e da regulação estatal da concorrência na economia.

Com isso, para fins didáticos, pode-se agrupar duas linhas de pensamento referentes à intervenção estatal antitruste naquelas correspondentes à da Escola Estruturalista de Harvard e a da Escola Neoclássica de Chicago. As abordagens por elas propostas implicam em diferentes formas de se analisar as operações empresariais. Ao final, se verá que elementos de ambas as escolas, bem como outros princípios passaram a influenciar a análise antitruste, principalmente aquele que traz a ideia de “concorrência-instrumento” defendido por autores brasileiros e visualizado na legislação europeia.

Ingressando nas características das “escolas”, pode-se afirmar que economistas influenciados por estudos realizados na universidade de Harvard, mas não apenas professores e pesquisadores lá alocados⁸⁷, defendiam um rígido controle de estruturas de forma a evitar a conquista de poder econômico por parte dos conglomerados empresariais. O motivo para focar suas preocupações no controle prévio, na própria obtenção de poder econômico, é a noção de que um mercado em que há menos empresas concorrentes, o risco de práticas concertadas entre elas é maior, até mesmo de práticas homogêneas, mas não combinadas, como se cada empresa desistisse de empregar esforços na competição já que sua concorrente também não estaria competindo de verdade – acordo tácito –, o que também seria um comportamento disfuncional do mercado⁸⁸.

Pode-se associar o modelo de Harvard, também, com a distribuição de riqueza, e com o pensamento Keynesiano. O momento histórico em que tais ideias começaram a circular é evidência disto, já que ocorreu inicialmente na década de 1930, após a crise de 1929⁸⁹. A preservação de pequenas empresas era, sob este modelo, um objetivo por si só, como revelado pelo caso julgado em 1962 pela

⁸⁷ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Set. 2007, p. 1.

⁸⁸FERRAZ, Andre Santos. As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e de Chicago. In: *RDC*, vol. 2, nº 2, pp. 180-206, Nov. 2014, p. 182. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 88.

⁸⁹FERRAZ. *Op. cit.*, p. 183.

Suprema Corte dos Estados Unidos da América *Brown Shoe Co. v. United States*⁹⁰.

A ideia básica da Escola de Harvard é o modelo Estrutura-Conduita-Desempenho (ECD), segundo a qual a estrutura do mercado influenciava a conduta dos agentes e, assim, conseqüentemente, o desempenho daquele mercado. Em uma estrutura concentrada, os custos para práticas anticompetitivas seria reduzido, ao passo que as barreiras à entrada de novos competidores seriam maiores. Com isso, facilita-se a conduta colusiva entre empresas, com aumento de preços e desestímulo à pesquisa e ao progresso tecnológico, reduzindo o desempenho daquele mercado⁹¹.

A Escola Neoclássica de Chicago, por sua vez, defende que a principal preocupação do antitruste, assim como prega a Escola da Análise Econômica do Direito para todos os ramos do Direito⁹², é a busca da eficiência⁹³. Professores de Direito da Universidade de Chicago passaram a criticar fortemente decisões da Suprema Corte, como a acima citada do caso *Brown Shoe Co.*, notadamente pela parte de Robert Bork e Richard Posner⁹⁴.

Para esses teóricos, a obtenção de maior poder econômico pela situação de monopólio não era um problema relevante, já que eles tendem a ser autocorrigidos pelo mercado. Também, defendem que não se verifica a maior parte das barreiras à entrada causadas pela concentração empresarial de empresas privadas como alegavam os economistas de Harvard (diferenciação do produto; vantagens absolutas de custo; economias de escala; investimentos iniciais elevados). As maiores barreiras a entrada, na verdade, para Chicago, são aquelas criadas pelo poder público⁹⁵.

⁹⁰KOVACIC, William E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999, p. 11.

⁹¹GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

⁹²FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 36. O conceito de eficiência é dado pela autora na p. 37: "De onde assumir que a eficiência, que se traduz por *maximização da riqueza*, a força de um *valor em si*; mais do que isso, o *valor social* máximo, cuja realização assegura a eficiência da sociedade e de suas instituições, entre elas o Judiciário.

A interpretação econômica não levará a sociedade a saber como deve comportar-se para evitar roubos, por exemplo, mas poderá ser capaz de mostrar à sociedade como esta poderá ser mais eficiente para obter maior prevenção a mais baixos custos usando métodos diferentes." (grifos no original).

⁹³FERRAZ, Andre Santos. As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e de Chicago. In: *RDC*, vol. 2, nº 2, pp. 180-206, Nov. 2014, p. 190.

⁹⁴KOVACIC, William E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999, p. 13.

⁹⁵FERRAZ. *Op. cit.*, p. 195.

A busca da eficiência alocativa trouxe à análise antitruste a consideração de outros elementos, como o benefício aos consumidores⁹⁶, pela diminuição de preços decorrentes da redução de custos da produção. Em função da dificuldade em se encontrar a eficiência de Pareto, segundo a qual a operação é eficiente quando se o agente ganha e os demais não saem perdendo, passou-se a considerar como positivas as operações em que os ganhos superem as perdas, ou seja, no caso em que a operação de concentração empresarial acarrete eficiências que superem o “peso morto” da empresa monopolista⁹⁷.

Einer Elhauge⁹⁸ associa as ideias da Escola de Harvard a “liberalismo” e as da Escola de Chicago a “conservadorismo”, o que, no contexto político daquele país, pode ser ligado aos ideais políticos dos partidos Democrata e Republicano, respectivamente, ou então a intervencionismo e neoliberalismo, ou esquerda e direita. Por isso pode se dizer se tratarem de formas de enfrentar o fenômeno da concentração ideologicamente, aplicando suas soluções a todos os casos com que se possa deparar.

2.4.2 A concorrência-instrumento e a ideologia constitucionalmente adotada

Diferentemente das escolas acima descritas, a noção de concorrência-instrumento busca no ordenamento jurídico, nos objetivos eleitos pelo legislador, o norte para aplicação das regras de direito concorrencial. No direito concorrencial europeu, por exemplo, os objetivos da União Europeia sempre foram o escopo da norma antitruste, a qual tem caráter instrumental:

Em termos práticos, a *concorrência instrumento* significa que (i) a competição somente será protegida na medida em que propiciar a consecução dos objetivos da União Europeia e (ii) é possível o sacrifício da concorrência para atingir um fim maior⁹⁹.

A concorrência é um princípio fundamental da ordem econômica da União

⁹⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

⁹⁷ FERRAZ, Andre Santos. As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e de Chicago. *In: RDC*, vol. 2, nº 2, pp. 180-206, Nov. 2014, p. 196.

⁹⁸ ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *In: The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Set. 2007.

⁹⁹ Grifos no original. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 180.

Europeia, como parte da política de integração continental, da consolidação do mercado único e da moeda única. Ela se distingue da legislação americana pelos seus esforços para eliminar restrições estatais de comércio entre estados-membro e prevenir que as empresas possam novamente dividir os países da união¹⁰⁰.

O bem-estar econômico também pode ser listado como objetivo da legislação concorrencial da União Europeia, a partir da proteção à empresa de menor porte e da garantia de possibilidade de acesso (eliminação de barreiras à entrada decorrentes do alto investimento necessário para competir com grandes empresas), como forma de preservação de valores considerados importantes pelo legislador¹⁰¹. Trata-se, como pode se ver, de uma questão de escolha política acerca de quais valores tutelar pela proteção da competitividade, não sendo questão inafastável ao funcionamento de mercado a busca incessante da eficiência pela redução de custos de produção ou da proibição da realização de acordos entre empresas, como poderia se pensar pela aderência à visão da Escola de Chicago ou de Harvard.

De fato, uma mesma situação pode ser enfrentada de diferentes formas de acordo com a afiliação do intérprete a uma das “correntes” de pensamento, não havendo resposta única proveniente da teoria econômica. Sendo o direito concorrencial um ramo da ciência jurídica, a decisão correta será aquela que melhor concretizar os objetivos constitucionalmente eleitos, não os objetivos desejados por quem analisa o problema.

Veja-se, por exemplo, a questão do monopsônio. Essa situação não é vista como um problema relevante como o do monopólio pela Escola de Chicago, pois possibilita a diminuição de preços ao consumidor. A Suprema Corte dos Estados Unidos, entretanto, rejeitou essa possibilidade e considerou o monopsônio e o monopólio como problemas equivalentes no julgamento de *Weyerhaeuser Co. v. Ross Simons Hardwood Lumber*¹⁰².

É inegável que empresas em situação de monopsônio ou de oligopsônio podem pressionar seus fornecedores a venderem a um preço mais baixo e, se atuantes em um mercado competitivo no sentido horizontal, repassam o menor preço a seus consumidores. Entretanto, os prejuízos causados à cadeia produtiva

¹⁰⁰FOX, Eleanor. *Cases and materials on the competition law of the european union*. St. Paul: West, 2002, p. v.

¹⁰¹FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182

¹⁰²ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Set. 2007, p. 7-8.

devem ser considerados caso o ordenamento jurídico preveja a promoção do bem-estar da população.

Em recente pesquisa, a organização não-governamental internacional *Oxfam* revelou os prejuízos aos pequenos produtores de alimentos decorrentes da concentração empresarial nos setores da comercialização dos alimentos, da fabricação de alimentos processados e dos supermercados:

Esse modelo de negócios proporcionou, a muitos consumidores, preços baixos, opções durante todo o ano e a conveniência de ter os produtos sempre disponíveis. Mas o modelo se baseia no enorme poder de compra dos supermercados, o que lhes permite exercer uma pressão implacável sobre seus fornecedores para que reduzam custos e assumam uma quantidade maior dos riscos da produção agrícola, mesmo atendendo a padrões de qualidade exigentes¹⁰³.

Em adição, o relatório dá conta a práticas comerciais que considera injustas e que só são possíveis por causa do poder econômico dos supermercados, como a cobrança por melhor localização nas gôndolas, a desconsideração do valor do salário mínimo no momento de precificar o produto e a elaboração de contratos de curto prazo. As consequências apontadas são o aumento do trabalho infantil e da fome entre pequenos agricultores. Segundo o relatório, o índice de insegurança alimentar é grave em 85% dos agricultores entrevistados no Paquistão, 78% na África do Sul e 50% na Itália¹⁰⁴.

Esses dados são citados para demonstrar a miríade de preocupações que envolve a análise antitruste, já que a mudança na constelação empresarial em um setor da economia, de um modelo mais pulverizado para um mais concentrado, pode acarretar uma série de consequências não apenas para os consumidores, mas também para os fornecedores, cujo bem-estar é importante.

Assim, importante salientar o caso *Weyerhaeuser*, que trata da situação da possibilidade de uma empresa se tornar monopólio e se insere em um contexto de decisões tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no qual ela tem demonstrado uma visão mais moderada, sem que sua maioria se filie a uma das escolas descritas no item anterior. Apesar de julgar a maioria dos casos contra o autor, o que poderia revelar uma posição próxima à Escola de Chicago, mais autorizativa, ela rejeita expressamente em suas decisões premissas desta escola,

¹⁰³ WILLOUGBY, Robin; GORE, Tim. *Hora de Mudar: desigualdade e sofrimento nas cadeias de fornecimento dos supermercados*. Oxford: OXFAM GB, 2018, p. 9.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 12.

como a legalidade *per se* de determinados atos¹⁰⁵.

Além disso, no caso *Credit Suisse Securities v. Billing*, decidiu-se que as leis federais de segurança devem ser aplicadas em detrimento da legislação antitruste quando as duas são claramente incompatíveis¹⁰⁶. Essa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos relembra, em parte, os objetivos perseguidos com as normas de concorrência na Alemanha no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, que envolviam preocupações das potências de ocupação com a desestruturação do sistema de organização empresarial comprometido com o poderio bélico daquele país. O fracionamento industrial do *IG Farben Konzern* contou com fundamentos relativos à “ameaças a vizinhos e a paz”¹⁰⁷ é exemplo clássico do emprego do antitruste como política pública. A política, contudo, foi logo abandonada para concretizar outros princípios caros ao desenvolvimento alemão através de uma economia mais concentrada.

A análise econômica em casos antitruste, segundo Einer Elhauge, é empregada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em detrimento dos antigos formalismos que se revelavam sempre a favor dos autores ou dos novos formalismos, favoráveis aos réus¹⁰⁸. O dado da ciência econômica é, assim, empregado como forma de conhecer o objeto posto em análise para o tribunal e identificar os interesses envolvidos, mas a decisão é tomada com base no que determina o ordenamento jurídico.

Por isso relevante mencionar, ao fim desse tópico, o método proposto por Washington Peluso Albino de Souza para aplicação do Direito Econômico, o qual se mostra adequado para uma interpretação das normas concorrenciais considerando o seu objeto econômico, mas chegando, ao fim, a um resultado na forma de um enunciado prescritivo que decorre do direito positivo. O econômico, ao contrário de ser causa de regras de conduta naturais, decorrentes da “natureza das coisas”, é o dado a ser conhecido enquanto objeto da norma jurídica e o resultado do processo interpretativo é aquele dado pelo direito posto¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Set. 2007, p. 7-8.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

¹⁰⁸ ELHAUGE. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 105.

A preferência ideológica pessoal do intérprete não pode ser determinante no processo de aplicação das normas de Direito Econômico. Pelo contrário, considerando que a Constituição brasileira prevê normas cujas origens podem ser remeter a diferentes orientações ideológicas puras, é na harmonização dessas normas que o intérprete encontra a ideologia constitucionalmente adotada. As discussões de conveniência e oportunidade na positivação desses elementos de ideologias como o socialismo ou o liberalismo econômico ocorrem nos debates legislativos pelo constituinte. A partir de sua previsão constitucional, passam a ser norma jurídica e, portanto, de aplicação obrigatória.

Dessa forma, ao prever a livre iniciativa, o elemento ideológico constante da constituição não é diferente daquele defendido pelo liberalismo econômico, bem como ao determinar a busca pela redução das desigualdades sociais como objetivo da República, o conteúdo de tal preceito constitucional não é diferente do conteúdo que a visão de mundo socialista lhe confere.

Entretanto, é justamente no cotejo de tais elementos provenientes de diferentes ideologias puras, seja o liberalismo ou o socialismo, sejam ideologias intermediárias como o nacionalismo, a social-democracia e o liberalismo social, é que se encontra a ideologia constitucionalmente adotada, a qual não tem compromisso com qualquer dessas ideologias puras e, somente da análise do direito positivo, ela pode ser percebida pelo intérprete.

Assim como visto no primeiro capítulo, que a organização das sociedades humanas de forma a satisfazer as suas necessidades empregam sistemas econômicos que, nas experiências concretas, sempre se revelam como híbridos dos sistemas puros – da tradição, da autoridade e da autonomia – a Constituição Econômica brasileira também não elege um modelo ideológico em abstrato para a resolução de todos os problemas, ao contrário, prevê elementos de diversas ideologias puras como princípios a serem observados pelo intérprete do direito e de aplicação obrigatória por ele.

Por isso a importância de um método apto a considerar a ideologia constitucionalmente adotada. A intersecção da disciplina jurídica com o dado de natureza econômica e política é constante nas normas de Direito Econômico que tratam da concorrência, o qual também disciplina juridicamente instrumentos de que

lança mão o Estado na implementação de políticas públicas¹¹⁰.

Tal intersecção faz com que o Direito Concorrencial, enquanto ramo do Direito Econômico necessite do emprego dos métodos da Ciência Econômica e da Ciência Política de forma subsidiária aos métodos da Ciência Jurídica¹¹¹. Assim é conceituado por Washington Peluso Albino de Souza o seu “método analítico substancial”.

Ele parte da observação do fato econômico, explicado de forma indutiva. Utiliza-se nesta etapa, os métodos da Ciência Econômica. O segundo passo emprega os métodos da Ciência Política para fazer o ajustamento do fato econômico à ideologia constitucionalmente adotada. O último passo, este sim, emprega os métodos do Direito elaborando as hipóteses e conclusões jurídicas a partir dos fatos político-econômico delimitados nos passos anteriores¹¹².

O método descrito se revela o mais apto no contexto de uma Constituição que não adota uma ideologia pura, um sistema econômico enquanto tipo ideal, mas sim, que consagra no direito positivo as várias linhas de pensamento existentes na sociedade. Ele respeita, assim, as deliberações democráticas do constituinte e garante a racionalidade e previsibilidade do sistema.

2.5. Interpretação e aplicação das normas concorrenciais

Considerando o método proposto ao final do item anterior, este trabalho encontra-se apto para analisar a forma de interpretação e aplicação das normas atinentes à matéria concorrencial sem prejulgamentos decorrentes de orientações ideológicas puras. Pelo contrário, a partir do método analítico-substancial, propõe-se analisar a possibilidade de proibição de condutas *per se*, a regra da razão e outras “válvulas de escape”¹¹³ da interpretação das normas antitruste, a fim de verificar sua compatibilidade com a ideologia constitucionalmente adotada.

Sendo o Direito Concorrencial um ramo do Direito Econômico, desenvolver uma teoria da interpretação de tais normas reveste-se de especial importância. Para

¹¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 76.

¹¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 105.

¹¹² *Ibidem*, p. 106.

¹¹³ Segundo Paula A. Forgioni, as válvulas de escape são flexibilizações dos textos normativos, cujo objetivo é compatibilizar a norma antitruste com o objetivo a que ela visa atingir, adequando-a a realidade econômica mutável. FORGIONI. *Op. cit.*, p. 195-196.

além de tentar alijar as fórmulas prontas decorrentes das defesas de ideais de ideologias puras, a interpretação do direito econômico busca compatibilizar normas que necessariamente são dotadas de generalidade com a aplicação no caso concreto.

Segundo Washington Peluso Albino de Souza, as normas de Direito Econômico devem contar com “as características políticas da ‘mobilidade’, da ‘flexibilidade’ e da ‘revisibilidade’”¹¹⁴, pois o seu suporte fático é mutável diante das circunstâncias da época, do desenvolvimento tecnológico e das práticas empresariais vigentes¹¹⁵. Caso assim não fosse, as normas que regulamentam as políticas econômicas do Estado nunca se aplicariam para atividades empresariais atuantes em novos ramos que surgem com a evolução tecnológica.

Paula A. Forgioni fornece um exemplo da adaptabilidade e flexibilidade das normas concorrenciais ao analisar a amplitude dos termos e conceitos constantes da Lei 4.137/62, que não proibia expressamente a prática hoje conhecida como *dumping*:

Tendo em vista essa amplitude, alguns intérpretes da Lei Antitruste perceberam, desde logo, que poderiam utilizá-lo como instrumento coibitório de determinados comportamentos, ainda que não estivessem previstos de forma expressa no texto normativo. Por exemplo, a prática de *dumping* poderia subsumir-se ao inciso I, g, do art. 2.º, da Lei 4.137 de 1962, pois consubstanciaria a “criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa”.¹¹⁶

Atualmente, a flexibilidade e a adaptabilidade são necessárias para garantir a aplicação das normas concorrenciais às novas configurações empresariais, diferentes da empresa tradicional, mas que exercem seu poder econômico em diferentes relações que implicam em concentração empresarial, como através de redes de contratos, participações minoritárias, participação dos mesmos conselheiros em diferentes companhias e estruturas de governança corporativa¹¹⁷.

¹¹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 27.

¹¹⁵ FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 30-31.

¹¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do Antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

¹¹⁷ FRAZÃO, Ana. O direito da concorrência diante das novas formas de organização empresarial. In: RODAS, João Grandino (org.). *Direito Concorrencial: avanços e perspectivas*, v. 5, pp. 607-642. São Paulo: CEDES e Prismas, 2017, p. 608.

Assim, a fim de compatibilizar a necessária segurança e previsibilidade na aplicação das normas de direito concorrencial, cruciais para o desenvolvimento de uma economia de mercado, com o caráter genérico das normas, justifica-se o estudo a seguir da interpretação do Direito Concorrencial a partir de circunstâncias comumente observáveis e que demandam o exercício de compatibilização entre a previsão legal e os objetivos da regulação da concorrência.

2.5.1 Proibições *per se* e a regra da razão

Em função da redação original do *Sherman Act*, o qual previa a ilegalidade de qualquer contrato que restringisse o comércio, os tribunais dos Estados Unidos da América passaram a aplicar a norma a partir de uma interpretação literal, analisando tão somente a existência de colusão entre as empresas para, conseqüentemente, declarar a ilegalidade do ato restritivo¹¹⁸.

Tal forma de aplicação da legislação antitruste naquele país passou a render críticas, principalmente de economistas, sendo atualmente até mesmo consenso entre as escolas de Harvard e de Chicago a inadequação de considerar ilegalidade de condutas *per se*, como no caso de acordos restritivos verticais¹¹⁹. Com isso, já nas primeiras décadas a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu a “regra da razão” para a aplicação de normas antitruste, segundo a qual a análise deve ser casuística¹²⁰.

Deve-se considerar que a precaução concorrencial não deve impedir o direito dos agentes econômicos de firmarem contratos. Dessa forma, “pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável”¹²¹. Há, assim, uma ênfase na liberdade de contratar, sendo consideradas ilegais apenas aquelas práticas restritivas que tenham efeitos nocivos ao mercado.

¹¹⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

¹¹⁹ ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, Set. 2007, p. 1.

¹²⁰ KOVACIC, Willian E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999, p. 4.

¹²¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 200.

Segundo Werter Faria¹²², a disciplina dos ilícitos anticoncorrenciais pela regra da razão aproxima estes ao princípio do abuso. No direito brasileiro, a Constituição Federal determina a repressão ao abuso de poder econômico no art. 173, § 4º, já o Código Civil prevê o abuso de direito como ato ilícito no art. 187, com a seguinte redação: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Se este debate ocorreu nas primeiras décadas do Século XX nos Estados Unidos da América, no ordenamento jurídico brasileiro a situação é diferente. Em função da redação da Lei nº 12.529/2011, bem como do art. 173, § 4º da Constituição, uma análise pela regra da razão se impõe. Isso porque o art. 36 da referida lei, antes de elencar rol de condutas exemplificativas anticoncorrenciais, define que constituem infração à ordem econômica os atos “que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Dessa forma, deve-se levar em conta o objeto e os efeitos, ainda que potenciais, do ato.

Já o art. 173, § 4º da Constituição também vincula o ato de abuso do poder econômico a determinados objetivos, neste caso “à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Por fim, o § 6º, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011 determina que atos “que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” podem ser autorizados para atingir os objetivos de aumento da produtividade ou da competitividade, de melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou de propiciar a eficiência, o desenvolvimento tecnológico e econômico, e que repassem aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. Tal dispositivo denota a necessidade de considerar outros benefícios eventualmente decorrentes do ato de concentração, em que pese a criação de empresa com relevante poder econômico.

2.5.2 Mercado relevante

Outro conceito de Direito Concorrencial que visa a adequar suas normas de

¹²² FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 157.

forma que sua aplicação seja mais consentânea com o intuito de bom funcionamento da economia capitalista é o de mercado relevante. Segundo Paula A. Forgioni, ele é o mercado “em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”¹²³.

A sua delimitação deve ocorrer previamente à análise antitruste, a fim de que se possa ter noção da real dimensão dos efeitos da conduta questionada e, como visto, uma análise pelos efeitos concretos ou potenciais é determinada pela legislação brasileira. As variáveis empregadas nesta delimitação são a do produto, considerando como o mercado relevante aquele referente a produtos similares ou eventuais substitutos; e a variável geográfica, considerando o espaço onde ocorrem as relações de concorrência da empresa e onde se localizam os consumidores e clientes que têm acesso aos produtos e serviços oferecidos¹²⁴.

Segundo o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no Brasil a definição do mercado relevante se dá pela demanda do produto, sendo que uma análise sob a ótica da oferta é empregada quando da análise dos efeitos do ato de concentração¹²⁵.

O método pelo qual o CADE define o mercado relevante é o do “Teste do Monopolista Hipotético”, sendo o mercado relevante “o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um SSNIP”¹²⁶, significando a sigla “pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços”.

2.5.3 *Failing firm defense*

Outra hipótese em que uma concentração pode ser aprovada, mesmo que seu resultado seja uma empresa com grande poder econômico e significativa participação no mercado relevante em que atua, é no caso de uma fusão ou aquisição que envolve uma empresa em estado de insolvência, ou teoria da *failing*

¹²³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214.

¹²⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

¹²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília: 2016, p. 17. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> Acesso em: 28 jun. 2019.

¹²⁶ *ibidem*.

firm.

Neste caso, consideram-se os interesses que o ato de concentração acabaria por tutelar, como a satisfação de credores, manutenção de empregos e de unidades produtivas. Obviamente não se cogita que a empresa adquirente não reestruturará a empresa adquirida, com eventual fechamento de unidades e dispensa de trabalhadores. Contudo no caso da autorização do ato de concentração pela consideração do estado de insolvência, presume-se que tais dispensas e fechamentos já ocorreriam, buscando-se, pela compra ou fusão da empresa, amenizar a situação e satisfazer credores, o que encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, caso comprovado que a adquirente de fato será apta a saldar débitos, especialmente trabalhistas.

Entretanto, não basta alegar o estado de insolvência, ou dificuldades financeiras, devendo as empresas interessadas na aprovação do ato de concentração demonstrar que, além de não ser capaz de honrar seus compromissos financeiros no curto prazo, a empresa insolvente não tem capacidade para se recuperar judicialmente, bem como que antes de buscar a concentração empresarial ela buscou a recuperação por meios menos danosos à concorrência¹²⁷.

2.5.4 Poder compensatório

Uma das práticas restritivas à concorrência mais conhecidas entre a população em geral, ou até mesmo aquela cujo conceito é mais disseminado entre as pessoas, é a que diz respeito à cartelização. O cartel é uma conduta comercial uniforme adotada por concorrentes, combinando preços de compra ou de revenda, dividir mercados ou fontes de abastecimento, dentre outras práticas anticompetitivas horizontais¹²⁸.

Contudo, quando a coordenação entre empresas que atuam em uma mesma atividade econômica ocorre para fazer frente a um monopólio ou a um monopólio, a teoria econômica sugere que a situação seja tratada a partir de um conceito diferente do que o cartel, que é o do poder compensatório, podendo ele ser

¹²⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 396, nota de pé-de-página 12.

¹²⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 338.

empregado na análise de condutas e de estruturas¹²⁹. Ana Frazão assim o conceitua:

O poder compensatório, consiste, portanto, na coordenação de condutas entre concorrentes, visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o objetivo de ampliar o seu poder de barganha para obter melhores condições negociais, reduzindo o desequilíbrio de poder em relação ao outro elo da cadeia produtiva.¹³⁰

Como visto acima, os efeitos da concentração empresarial em determinados setores de empresas fornecedoras ou compradoras podem acarretar efeitos nocivos ao mercado. Segundo Léia Baeta Cavalcante., uma empresa com elevado poder do comprador (*buyer power*) pode impor preços a seus fornecedores, exigir exclusividade, cobrar taxas de exposição do produto, demandar gastos mínimos em publicidade por parte do contratante com menor poder econômico¹³¹.

Para que um acordo entre concorrentes possa ser tolerado como prática de poder compensatório, deve considerar que o seu efeito é o de contrabalançar ou de neutralizar um elevado poder econômico a montante ou a jusante¹³². Exige-se, portanto, uma análise dos efeitos e que se evite que a situação, unicamente por se tratar de coordenação entre concorrentes, seja sumariamente classificada como prática de cartelização¹³³.

Neste caso, pode-se remeter ao art. 170, inc. IX, da Constituição, que prevê como princípio da ordem econômica brasileira o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Tal tratamento favorecido deve se revelar, na análise antitruste, de forma compreensiva com a situação concreta enfrentada pelas empresas que, em determinados casos, podem ter de se associar e combinar

¹²⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá de. Poder Compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de estudos econômicos*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 737-762, out. dez. 2009, p. 738.

¹³⁰ FRAZÃO, Ana. A sociedade cooperativa e o abuso de poder econômico. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedades cooperativas*. São Paulo: Lex, 2018, p. 374.

¹³¹ CAVALCANTE, Léia Baeta. Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 11, p. 127-152, jan. 2014.

¹³² AZEVEDO; ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 743.

¹³³ Sobre a diferença entre análise sumária e ilícito *per se*: AZEVEDO; ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 740: “A legislação antitruste brasileira, embora não admita explicitamente a condenação *per se* de uma prática, permite a utilização de diferentes padrões de investigação e de prova conforme o ilícito. Por exemplo, para a caracterização de alguns tipos de ilícito, não é necessário investigar se, da conduta, decorrem ganhos de eficiência ou mesmo se houve exercício de poder de mercado. Nesses casos, admite-se um padrão de investigação sumário, sendo suficiente a observação de um limitado conjunto de fatos para se concluir pela condenação”.

práticas para poder sobreviver em um mercado dominado por grandes empresas ou para negociar com organizações dotadas de grande poder econômico à montante ou à jusante.

Ainda, cabe referir que o poder compensatório é capaz de solucionar questões concorrenciais com menor interferência estatal na liberdade contratual das empresas, sem impor restrições a partir dos órgãos de proteção à concorrência. Além disso, há casos em que o interesse a ser tutelado pela prática coordenada é tão relevante que o ordenamento jurídico expressamente a prevê como um caso de isenção antitruste. Exemplo mais notório é a possibilidade de sindicalização, tutelada no direito brasileiro pela garantia de liberdade de organização sindical e pelo reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

As restrições à competição decorrentes de acordos coletivos entre entidades patronais e laborais, no direito concorrencial europeu, também são interpretadas levando-se em conta os importantes objetivos sociais buscados pela negociação coletiva e, por isso, são excluídos do âmbito de aplicação da regra antitruste¹³⁴.

Também, deve-se chamar a atenção à possibilidade de associação de pequenas empresas bem como de cooperativização. Essas hipóteses mantêm um complexo relacionamento com o direito concorrencial, pois a sua instituição pressupõe a cooperação entre agentes econômicos com vistas a obtenção de poder econômico e a sua criação – de cooperativas e associações – é garantida com *status* de direito fundamental na Constituição (art. 5º, inc. XVIII), uma vez que visam à melhora da qualidade de vida de trabalhadores autônomos, pequenos produtores rurais e pequenos empresários. Por esses motivos a legislação antitruste deve ser aplicada, nesses casos, considerando o escopo constitucionalmente protegido dessas entidades e as suas características peculiares¹³⁵.

2.5.5 Cartel de crise

A existência de comprovada crise no segmento econômico em que atuam as empresas pode ser motivo apto a autorizar um acordo entre concorrentes que restrinja a concorrência, mas que possibilite a readaptação ao momento. Diferente

¹³⁴ FOX, Eleanor. *Cases and materials on the competition law of the european union*. St. Paul: West, 2002, p. 901.

¹³⁵ FRAZÃO, Ana. A sociedade cooperativa e o abuso de poder econômico. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedades cooperativas*. São Paulo: Lex, 2018, p. 368.

do *failing firm defense*, no qual há ato de concentração pela compra de empresa em situação de insolvência por uma empresa solvente, e do poder compensatório, em que pequenas empresas atuam em concerto para fazer frente a grandes competidores, compradores ou fornecedores, nesse caso, todo o segmento econômico está em crise.

Foi com base nesse argumento que dezesseis empresas atuantes na fabricação de tijolos na Holanda notificaram à autoridade antitruste um acordo em que elas se comprometiam a, conjuntamente, limitar temporariamente a produção, fechando fábricas, designando auditores independentes para verificar o adimplemento do acordo e fazendo acordos com as entidades representativas dos trabalhadores para sua recolocação no mercado de trabalho. Fundamentaram a crise na redução do uso de tijolos na construção civil e no aumento da produtividade das empresas, que geraram grandes estoques de produtos não vendidos¹³⁶.

Assim, também para preservar empregos e manter a solvabilidade de empresas, um argumento do tipo “cartel de crise” pode encontrar guarida no direito brasileiro caso demonstrada efetivamente a crise do segmento econômico e a manutenção da competição entre as empresas naquilo em que não foi combinado como prática uniforme. Por exemplo, as empresas combinam a limitação da produção, mas continuam competindo em preço e em qualidade.

2.5.6 Remédios em atos de concentração

Com a finalidade de compatibilizar o princípio da livre iniciativa, intervindo de maneira menos intensa na liberdade dos agentes econômicos privados, entretanto buscando resguardar a concorrência e demais princípios da ordem econômica, a autoridade antitruste pode condicionar a aprovação de um ato de concentração ao respeito a um comportamento futuro determinado por esta entidade. A esse condicionamento dá-se o nome de “remédios em atos de concentração”.

Como visto, o ato de concentração que gera benefícios ao consumidor e que possibilita o desenvolvimento tecnológico pode ser autorizado pelo CADE mesmo que implique em uma redução da concorrência. Assim, a fim de preservá-la sem sacrificar os demais princípios caros ao constituinte e ao legislador brasileiro, a

¹³⁶ FOX, Eleanor. *Cases and materials on the competition law of the european union*. St. Paul: West, 2002, p. 821.

aprovação do ato de concentração com aplicação de remédios é uma medida possível que substitui a solução estrutural por soluções comportamentais posteriores, que devem ser cumpridas pela empresa¹³⁷, ou por soluções estruturais menos interventivas na empresa do que a rejeição total do ato.

Trata-se, portanto, de uma solução intermediária entre a aprovação e a reprovação, permitindo, segundo Patricia Semensato Cabral e César Mattos:

Que determinadas eficiências decorrentes da concentração sejam preservadas (o que não seria possível com a rejeição integral da operação) e, ao mesmo tempo, que problemas concorrenciais em mercados específicos sejam endereçados (o que não seria viável no caso de aprovação irrestrita).¹³⁸

Na experiência brasileira, a aplicação de remédios em atos de concentração se vislumbra quando há aprovação do ato com restrições, ou aprovação condicionada à celebração e cumprimento de acordo. No ato de concentração que analisou a aquisição da empresa Sadia S.A. pela Perdigão S.A., ambas atuantes no ramo alimentício e com significativo poder econômico, a aprovação foi condicionada. Ao final do procedimento que envolveu pareceres indicando remédios e voto pela rejeição do relator, a operação foi aprovada com restrições como a alienação de onze marcas, de fábricas, de abatedouros, de granjas, de incubatórios de aves e de centros de distribuição, e a suspensão de uso de outras marcas, entre elas a própria marca “Perdigão”, por determinado período de tempo¹³⁹.

As alienações de centros de produção e distribuição são remédios estruturais do tipo “desinvestimento”, já aqueles que envolvem marcas tratam da propriedade intelectual do novo grupo econômico criado e diminuem as barreiras à entrada de novos competidores¹⁴⁰, que poderão adquirir uma marca consolidada no mercado no caso das marcas que seriam alienadas. Tais medidas visam a preservar a concorrência horizontal, restringindo o poder econômico do novo grupo criado tanto no plano horizontal – marcas – como no vertical – pelo desinvestimento em unidades produtivas e de distribuição, que ficarão disponíveis para compra pelos concorrentes.

Contudo, a medida é quantitativamente pouco empregada no caso brasileiro,

¹³⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

¹³⁸ CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, Cezar. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *In: RDC*, Vol. 4, nº 1, pp. 57-94, Maio 2016, p. 58.

¹³⁹ GABAN; DOMINGUES. *Op. cit.*, p. 389.

¹⁴⁰ CABRAL; MATTOS. *Op. cit.*, p. 64.

tendo o CADE, no ano de 2018, aprovado 384 atos de concentração sem restrições, seis condicionados à celebração de acordo e reprovado apenas um¹⁴¹.

2.6 Conclusões parciais

Antes de ingressar no estudo mais específico acerca das características que diferem o setor da comunicação social e que o assemelham às características gerais das atividades econômicas no sistema da autonomia no que diz respeito ao fator da concorrência abordadas nesse capítulo, cabem tecer conclusões parciais do estudo, a fim de situar a regulamentação da concorrência no sistema da autonomia e no ordenamento jurídico brasileiro.

No sistema da autonomia, a proteção a um mercado de trocas competitivo não tem como escopo, apenas, a solução de problemas pontuais que decorrem da concentração econômica. Na ausência de uma autoridade central que determina o que, o quanto e como produzir, o sistema deve se organizar a partir da busca pela conquista de consumidores, cujas necessidades determinarão a produção. Para isso devem ter diferentes opções de escolha, o que se concretizaria por um mercado competitivo em que as empresas buscam se diferenciar a partir dos preços, qualidade, inovação tecnológica e publicidade.

A disciplina jurídica da concorrência objetiva, portanto, a proteção do próprio sistema, já que seus pressupostos – possibilidade de apropriação privada e liberdade – são ameaçados pelos casos extremos do monopólio e da escravidão. Mas além dessa proteção ao sistema econômico em si, o estudo pode verificar outras acepções da concorrência nas experiências concretas de economias capitalistas.

Com as ferramentas do método histórico e do método analítico-substancial pode-se perceber que, no ordenamento jurídico brasileiro, além da previsão da tutela da concorrência e da liberdade de iniciativa, os quais denotam a adoção de um sistema da autonomia no qual a concorrência é um pressuposto para o seu bom funcionamento, há outros valores que passaram a ser incorporados na Constituição e que decorrem de ideias defendidas por ideologias puras que diferem do liberalismo

¹⁴¹ BRASIL. *Anuário do CADE 2018*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019, p. 12. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf>>. Acesso em 22.09.2019.

econômico. Tal situação não é contradição com a adoção de um sistema da autonomia, pois, como já trabalhado, a ideia de sistema econômico decorre da noção de “tipo ideal”, o qual, na experiência prática, sempre se encontra impregnado de elementos de outros tipos.

Por isso a importância da análise dos sistemas econômicos enquanto tipos ideais, os quais não são observáveis na sua pureza nas economias concretas existentes no plano dos fatos. Com efeito, mesmo considerando a preponderância de trocas livres, outros elementos e interesses podem motivar a ação do Estado em relação aos agentes econômicos

Ainda, de se salientar a importância de um método, no direito da concorrência, que identifique a contribuição dos pontos de vista ideológicos, pois partem de pressupostos não necessariamente coincidentes com a ideologia constitucionalmente adotada em ordenamentos jurídicos concretos, mas que tecem importantes consideração e defesas acerca da atuação do Estado na tutela de um mercado competitivo, como as trabalhadas no caso das escolas de Harvard e de Chicago.

Além da concorrência, outros valores também passaram a ser tutelados pelas constituições do Século XX, como a valorização do trabalho, a proteção ao consumidor e a sustentabilidade ambiental. No Brasil, país de dimensões continentais, deve-se salientar o princípio do desenvolvimento regional. A emergência de uma questão social teve como consequência, no plano prático, a implementação de políticas públicas para amenizar o sofrimento da população que não encontrava possibilidade de sustento nas atividades econômicas e, no plano prático, acarretou a previsão de direitos sociais a nível constitucional.

Com isso, passou a ser mais relevante papel do Estado enquanto implementador de políticas públicas. Por estar inserido no ramo do Direito que regulamenta as ferramentas de políticas públicas, bem como submetido às normas de hierarquia constitucional, o direito da concorrência passa, também, a ser parte das políticas públicas do Estado, que busca concretizar, através dos mecanismos concorrenciais, os seus objetivos constitucionalmente eleitos.

Assim, ao se considerar a concorrência dentro de um sistema econômico que não é puro, a sua tutela não deve ocorrer por si só. Ao contrário, ela se encontra contextualizada dentro das possíveis políticas públicas do Estado, cujo escopo é constitucionalmente previsto.

Nisso a relevância do estudo da interpretação das normas de direito concorrencial, pois pode-se demonstrar que não se partem de pressupostos estanques, como das escolas de Harvard e de Chicago, mas sim que apenas em uma análise tópica da situação posta em análise perante a autoridade antitruste é que poderá se verificar se há prejuízo aos objetivos constitucionalmente eleitos. Situações que em muito se assemelham a carteis podem ser a organização de pequenos empresários para compensar o poder econômico de um fornecedor monopolista ou de um comprador em monopsônio. Outros casos, a comprovação de que um mesmo fato pode gerar benefícios e prejuízos autoriza a aplicação de remédios pontuais na proteção de interesses legalmente previstos ou constitucionalmente protegidos, cabendo à autoridade do Estado até mesmo negociar acordos com as empresas, respeitando, assim, as eficiências geradas por uma concentração, amenizando prejuízos ou riscos de monopolização.

Portanto, a análise das situações que potencialmente afetam a concorrência deve ser feita caso a caso, identificando-se os interesses que estariam sendo tutelados ou negativamente afetados pela opção pela maior concentração no setor econômico ou pela possibilidade de adoção de práticas restritivas. Também as características de cada segmento econômico precisam ser levadas em consideração, já que é apenas com a identificação dos pressupostos de fato sobre os quais as normas concorrenciais incidirão é que poderá ser feita a análise acerca da lesividade do ato de concentração ou de conduta empresarial posto à prova.

Na sequência, o setor da comunicação social deverá ser analisado nas suas particularidades, para que o fator da concorrência no segmento econômico seja debatido em correlação com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial as constitucionais, que regulamentam a atividade econômica da comunicação.

3 A ATIVIDADE ECONÔMICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO CONTEXTO DO “SISTEMA DA AUTONOMIA”

A comunicação social, enquanto atividade que visa à satisfação de necessidades humanas¹, pode ser classificada como uma atividade econômica quando exercida no contexto do sistema da autonomia. Assim, a ela se aplicam as características desse sistema delineados nos capítulos anteriores, em especial o princípio da livre concorrência, na forma como mais especificamente trabalhado no capítulo II.

Entretanto, ao largo de ser uma atividade econômica, há motivos relevantes para que sobre essa atividade o legislador constitucional tenha se debruçado com mais profundidade na sua regulamentação, tendo sido dedicado um Capítulo inteiro (Capítulo V) no Título VIII, da Constituição, o qual se refere à Ordem Social.

Com efeito, a previsão de garantias específicas àqueles – pessoas físicas e jurídicas – que se dedicam à comunicação social relaciona-se com a concretização de princípios e direitos fundamentais da Constituição de 1988, em especial a liberdade de expressão, de manifestação, de informação e de participação, corolários do regime democrático.

Por isso, a regulamentação da atividade econômica da comunicação social possui especificidades quando comparada a outras atividades econômicas, por exemplo quanto à nacionalidade do proprietário controlador. Se questões referentes à concorrência merecem especial atenção quando se tratar de empresas de comunicação social é, ao fim e ao cabo, a dúvida que este trabalho busca a resolver.

Diante disso, inicia-se a investigação no ponto em que se propõe a verificar as particularidades da regulamentação da atividade econômica da comunicação social no contexto do “sistema da autonomia” e na ordem jurídico-econômica brasileira. Para tanto, inicia-se o estudo pela relação entre o exercício de tal atividade econômica, o regime democrático e o sistema de direitos fundamentais constantes da Constituição brasileira de 1988.

¹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico da Comunicação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 13.

3.1 A ação comunicativa e a democracia

Nas contemporâneas democracias, que, como a brasileira, se pretendem plurais (art. 1º, inc. V, da Constituição), as doutrinas totalitárias ricas em valores hierarquizados e pré-estabelecidos passam a dar lugar ao procedimento democrático de exposição, consideração e refutação ou concordância com as ideais, a partir de fundamentos racionais e, quando se tratar de interpretação do direito, que tenham como ponto de partida o ordenamento jurídico positivo.

Não se trata aqui de um cientificismo acrítico e tampouco da completa ausência de valores, mas sim na possibilidade de harmonizar os objetivos de pluralidade e de busca da verdade², já que para que a primeira possa ser valorizada, não se pode considerar o “status quo” como algo verdadeiro e universal, entretanto há limites para o que pode ser discursivamente posto à prova, já que contra evidências científicas decorrentes do método empírico pouco pode ser argumentado em contrário.

Para Jürgen Habermas, filósofo que coloca o agir comunicativo no centro de sua teoria de justiça, há condições para a exposição de razões poder chegar a um acordo arrazoado: as partes devem presumir que as palavras empregadas têm o mesmo significado para os partícipes; que ambos são racionalmente responsáveis; e que os argumentos empregados para se chegar à conclusão justificam uma confiança de que não serão provados como falsos³. Isso não implica dizer que o consenso é irrefutável, mas que novos argumentos deverão ser postos no discurso para se chegar a uma conclusão diferente.

A arena na qual o agir comunicativo se expressará é a esfera pública, enquanto local não vinculado necessariamente à presença física do público, mas que tem como característica a virtual abertura para novos participantes⁴. Ela foi muito expandida a partir da ascensão dos meios de comunicação de massa em um processo que, entretanto, mudou suas características e reduziu a capacidade de debate, sendo o público substituído pela massa, e muito menos agentes passam a

² BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994, p. 195.

³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: Polity Press, 1996, *E-book*, Posição 213-217.

⁴ BUCCI, Eugênio. Em torno de um conceito preliminar de teleespaço público. In: BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, democracia e república*, pp. 399-428. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 408.

ter a capacidade fática de expressar suas razões e ser ouvidos pelos demais⁵.

A exposição de razões, fundamental para o estabelecimento de conclusões racionais, se dá através do discurso, que pode narrar ou descrever, ou então valorar os fatos⁶. Os primeiros são importantes pois dizem respeito à veracidade dos fatos alegados, um ponto de partida essencial para o debate de ideias, já que o problema do emprego de dados errados vem sendo amplamente debatido no atual contexto de disseminação de informações sabidamente falsas por seu emissor, e os segundos implicam na consideração da ideologia constitucionalmente adotada.

No que diz respeito ao direito, ainda, não há que se falar em uma distinção rígida entre o discurso “técnico” e o discurso “ideológico”, já que argumentos de ordem técnica servem para o efetivo conhecimento dos fatos quando eles são cognoscíveis empiricamente. Entretanto, para possibilitar a aplicação do direito, através da incidência do ordenamento jurídico sobre os fatos alegados e comprovados, é necessária a valoração a partir dos elementos de ideologia adotados pela Constituição e ao fim o exercício de um ato de vontade pela autoridade competente, através da tomada de decisão⁷.

Assim, além de uma necessária oponibilidade nas decisões tomadas pelas autoridades no contexto democrático, com a garantia institucionalizada de que os cidadãos poderão apresentar suas razões contrárias, seja a partir de argumentos empíricos e fáticos, seja a partir de argumentos valorativos, a construção dos consensos se dá após a garantia de participação e da consagração do direito de influenciar nos processos políticos de formação da vontade estatal, como se verá no item a seguir.

3.2 A teoria dos *status* dos direitos fundamentais e a comunicação: superação de uma lógica passiva do direito fundamental de manifestação

A “teoria dos *status*” dos direitos fundamentais desenvolvida por Georg Jellinek no início do século XX parte do método tipológico, assim como aquele empregado para identificar os sistemas econômicos, a fim de analisar a função dos

⁵ BUCCI, Eugênio. Em torno de um conceito preliminar de teleespaço público. In: BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, democracia e república*, pp. 399-428. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 415.

⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2019, p. 86.

⁷ *Ibidem*, p. 71.

direitos fundamentais no Estado constitucional. Com essa teoria, o autor buscava uma maior objetividade no estudo da matéria, superando a lógica do direito natural, a partir da categoria dos direitos públicos subjetivos⁸.

Para Jellinek, a qualificação de um direito público não é separável da pessoa que é seu titular, sendo a personalidade um aspecto central de sua teoria. Ela, por si só, não é fonte de direitos, mas é um estado, um *status*, que o indivíduo pode deter ou não. Ela é, portanto, o aspecto variável da equação, a qual encontra no direito positivo o elemento fixo⁹.

Assim, combinando a personalidade do indivíduo com a previsão jurídica chega-se à conclusão se ele tem ou não um interesse juridicamente tutelado pelo Estado, seja em relação a outro indivíduo, seja em relação ao Estado. Tal fórmula se aplica tanto para os hoje chamados direitos públicos, como para os direitos privados, pois a capacidade de contratar, de se casar e de passar testamento, por exemplo, são interesses individuais que encontram abrigo no direito posto pelo Estado¹⁰.

Com esse raciocínio, o autor elabora os quatro possíveis *status* de serem titularizados pelos indivíduos enquanto sujeito de um direito público subjetivo: *status* passivo; *status* negativo; *status* positivo; e *status* ativo. Eles formam uma linha crescente no pertencimento de um indivíduo a um Estado, sendo o *status* ativo como um degrau mais elevado na condição de cidadão.

A teoria representa uma vantagem em relação às “gerações” de direitos fundamentais, pois não classificam os direitos fundamentais em espécie como pertencendo a um ou outro, mas sim vislumbram que *status* os indivíduos detêm em face do rol de direitos fundamentais positivados.

Além disso, não há uma linearidade histórica, como no caso das “gerações”, podendo-se classificar o *status* dos indivíduos em face dos seus direitos públicos subjetivos em qualquer período histórico. Para tanto, basta analisar dois exemplos extremos: o escravo, no Estado escravista, e o monarca, no Estado absolutista. O primeiro teria apenas *status* passivo, pois sujeito às regras estatais referentes a deveres e obrigações; o segundo seria o único em seu contexto a deter *status* ativo, pois determinava sozinho a vontade estatal.

⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 10, pp. 9-23. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.12-13.

⁹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr, 1919, p. 83-84.

¹⁰ *Ibidem*, p. 83. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 15.

Com essa apresentação da teoria de Jellinek, passa-se a observar as características dos *status*. No primeiro deles, o *status* passivo, o indivíduo é visto como o “destinatário passivo dos comandos normativos vindos do poder público”¹¹. Nele se encontra aquela pessoa que têm deveres em função de normas jurídicas. É uma condição para os demais *status*, visto que é o *status* passivo que vincula um sujeito a um Estado.

O *status* negativo diz respeito à esfera de liberdade individual¹². Nele, a pretensão do indivíduo é de que o Estado se abstenha de algo. Também pode se vincular ao *status* negativos aquelas situações a que o indivíduo não está obrigado e nem proibido, ou seja, em que ele pode exercer a sua liberdade de escolha independentemente da vontade estatal, pois, neste caso, a escolha do indivíduo é juridicamente irrelevante¹³.

Já o *status* positivo diz respeito a toda atividade do Estado no interesse dos cidadãos¹⁴. Enquanto prestações objetivas que os indivíduos podem demandar contra a esfera estatal estão tanto aqueles referentes à sua proteção, como os direitos sociais¹⁵. Cabe referir que esta denominação de “direitos sociais” não é contemporânea a Jellinek, tratando o *status* positivo de um conceito mais amplo, que abarca, inclusive, prestações que visem a garantir liberdades individuais.

Por fim há o *status* ativo, que representa o mais alto grau de civilidade de uma sociedade, uma civilidade ativa e que se relaciona com os direitos políticos. Numa sociedade em que ele é plenamente presente, a formação da vontade estatal é determinada fática e juridicamente pelas pessoas que o compõem, relacionando-se com o sufrágio e com o acesso à justiça, com possibilidade de demandar inclusive em face do Estado¹⁶.

¹¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 10, pp. 9-23. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15.

¹² JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr, 1919, p. 87.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012, p. 225.

¹⁴ JELLINEK. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁵ TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁶ JELLINEK. *Op. cit.*, p. 136 e 165.

3.3 Concretização dos direitos fundamentais de participação através da atividade econômica da comunicação social: liberdade de manifestação e liberdade de informação

A Constituição Federal prevê como direitos fundamentais a liberdade de expressão, de pensamento e de manifestação, bem como o acesso à informação. Uma das formas de realizar tais direitos fundamentais é através da atividade da comunicação social, a qual também tem a sua liberdade garantida no art. 220 da Constituição, inclusive com a vedação da censura prévia, segundo parágrafo segundo do mesmo artigo.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ elenca dois argumentos para a preservação da liberdade de expressão: o argumento humanista, que se relaciona com a plena formação da personalidade das pessoas, sendo que esta depende da aquisição de informações a fim de conhecer a realidade e, assim, sobre ela possa formar suas opiniões e posições; e o argumento democrático, segundo o qual a liberdade de expressão se relaciona com a preservação do regime democrático a partir da possibilidade do povo influenciar o governo, não detendo este o monopólio do discurso político. Por outro lado, o monopólio privado no campo da comunicação social também é vedado pela Constituição, no art. 220, § 5º.

Wolfgang Hoffmann-Riem também ressalta a relação entre o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade de expressão, pois é pela troca de informações sobre fatos e opiniões que o cidadão poderá se aproximar daquela como “certa”. O debate de ideias ressaltaria um caráter autorregulador do processo comunicativo. Para ele, a comunicação é um processo individual de construção de sentido a partir da divisão de situações comunicativas do indivíduo com o parceiro, seja através de aparelhos de mídia, seja socializando diretamente com outras pessoas¹⁸.

Desse modo, para preservar as condições de um discurso racional, condição para a preservação da democracia e a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade, a manifestação das ideias deve ser livre, consistindo a garantia de não-intervenção estatal em um direito fundamental de proteção contra interferências

¹⁷MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

¹⁸BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994, p. 193-195.

indevidas.

Tal garantia implica na impossibilidade de intervenção estatal sobre toda opinião, convicção, comentário avaliação ou julgamento, seja seu conteúdo de interesse público ou não, seja relevante ou não, já que o exame de relevância e interesse público consistiria, por si só, no direcionamento do debate público e eleição de prioridades e tabus¹⁹. Compreende, ainda, “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações”²⁰, sendo que quando se trata de profissional da comunicação social, o sigilo da fonte é garantido. Segundo Ricardo Antônio Lucas Camargo²¹:

Pode ter caráter narrativo, descritivo ou dissertativo.
 Pode dizer respeito à fantasia ou à realidade.
 Pode ter intuito informativo, instrutivo ou recreativo.

Para Wolfgang Hoffmann-Riem há duas concepções da liberdade de manifestação, uma do século XIX e outra do século XX. Naquela há um foco maior na separação entre Estado e sociedade e o caráter de proteção do direito fundamental de liberdade desta contra aquele²². Vale, para o período, uma conceituação que coloca o Estado como “o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo”²³ e a sociedade civil é o campo onde acontecem as relações sociais não regulamentadas pelo Estado (concepção negativa) e também onde nascem os conflitos sociais – econômicos, religiosos, étnicos, ideológicos – e floresce a opinião pública²⁴.

Semelhante posição tem Giuseppe Cuomo, para quem a disciplina “eminentemente liberista e respeitosa ao máximo da autonomia privada do cidadão”²⁵ era típica do Século XIX quando a empresa jornalística não era regulada

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

²⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 248.

²¹CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 32.

²²BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994, p. 194.

²³BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009, p. 33.

²⁴*Ibidem*, p. 34-35.

²⁵No original: “Tale disciplina, eminentemente liberista e rispettosa al massimo dell’autonomia privata del cittadino”. CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell’ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 42.

e era considerada um meio de manifestação de opiniões individuais. A situação se altera no Século XX, com grupos políticos passando a divulgar suas ideias através de jornais, bem como tratando de temas de interesse coletivo²⁶.

Diversas previsões de proteção e garantia constantes da Constituição de 1988 contra a interferência estatal na atividade de difusão de ideias e concepções de vida são credores desta concepção oitocentista. A censura prévia, uma das marcas do regime autoritário que vigeu no Brasil de 1964 a 1985, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 220, § 2º, da Constituição.

O conteúdo deste direito fundamental de proteção é “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo temas de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”²⁷. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404²⁸, na qual prevaleceu o entendimento de que a classificação indicativa etária dos programas de rádio e TV devem ter natureza meramente indicativa, cabendo à família a decisão de deixar ou não a criança e o adolescente assistirem, sob pena de se caracterizar uma licença prévia por parte do Estado.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais 130, considerou inconstitucional a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), tendo o relator argumentado que as garantias outorgadas aos veículos de comunicação social são uma extensão das liberdades fundamentais de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional.

Em uma ponderação entre o bloco de direitos consistentes na liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação – conteúdo da liberdade de imprensa – e o bloco dos direitos de personalidade, como proteção à honra e à intimidade, os primeiros teriam precedência, sendo que a tutela destes devem ocorrer *a posteriori*, com a garantia de responsabilização civil por danos morais e materiais e o direito de resposta, conforme a previsão constitucional do art. 5º, inc. V.

Segundo o relator, ministro Ayres Britto, é incompatível com a ordem constitucional brasileira uma lei com caráter de estatuto para a atividade da

²⁶CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 41.

²⁷MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: DJe 01.08.2017.

imprensa e nem mesmo a técnica de interpretação conforme à Constituição autorizaria a manutenção no ordenamento jurídico brasileiro da Lei de Imprensa, que, em uma interpretação conglobante da norma, evidenciava seu “inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País”²⁹.

Até mesmo a possibilidade de indenização posterior deve ser vista com cuidados, para que não constitua em fator de inibição do jornalista em divulgar dados que podem não ser completamente precisos, mas que certamente são de interesse público a sua divulgação.

Quanto à liberdade de manifestação, ela se dá entre presentes, como num diálogo ou numa passeata de rua, e entre ausentes, através da publicação de periódicos e livros, da divulgação de panfletos, da radiodifusão e, atualmente, através de publicações na *internet*. Essa distinção pode ser agrupada sob os conceitos de “comunicações particulares” e “comunicação de massa”³⁰. Há, também, o direito de não manifestar opinião³¹.

Nesses casos, até mesmo em virtude da dicotomia Estado-sociedade civil, o sujeito passivo é o Estado e os governos de ocasião.

Contudo, no século XX, já não mais pode se falar em uma rígida separação entre Estado e Sociedade. Segundo Hoffman-Riem, no período cresce a visão de que há um emaranhamento entre sociedade e Estado, com a integração do conceito de direito fundamental no sistema de valores constitucionais³². Para Bobbio, embora não se possa excluir a contraposição entre Estado e sociedade civil, não há como negar, no século XX, com o advento da sociedade de massas e do Estado social, uma pretensão maior de participação da sociedade nas decisões advindas do corpo estatal e uma regulação das relações econômicas³³.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Publicação: DJe 06.11.2009.

³⁰PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Sociedade da informação: limites e possibilidades das redes sociais. In: *Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 20º*. Anais. Vitória, ES, pp. 12003-12020, 16 a 19 nov. 2011, p. 12008.

³¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 246.

³²BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994, p. 194.

³³BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009, p. 51.

Também nesta época, em muitos países ocorreu a extensão do sufrágio para pessoas que antes não detinham esse direito. A função da imprensa, assim, se altera e os problemas que ela tratava passam a ser de interesse de um maior número de pessoas, aumentando, também o interesse comercial lucrativo na atividade e o seu financiamento pela publicidade³⁴.

Nesse contexto, o papel da liberdade de manifestação também se altera. De uma faceta individualista e de proteção, ela passa a ser encarada dentro de um contexto de um extenso rol de direitos fundamentais, incluídos aí direitos sociais, ou de prestação, com os quais deve ser harmonizado. Na sociedade de massas, também, se mostra insuficiente a proteção à livre manifestação individual do pensamento, pois insuficiente para cumprir seu caráter de difusão de informações que permitem o livre desenvolvimento das personalidades, informadas com dados reais e com acesso a diferentes pontos de vista.

Diferente da liberdade de manifestação do pensamento é a liberdade de informação, ambas tuteladas constitucionalmente, mas com um escopo diferente. A liberdade de informação tutela a possibilidade de escolher “(1) matéria a ser informada; (2) o enfoque a ser dado; (3) a forma de se exprimir a informação”³⁵.

A importância de (1) está no caráter definidor da agenda dos debates públicos que os veículos de comunicação social assumem, como será visto na sequência. Já (2) e (3) assumem relevância, porque a forma como se expõem os fatos, com o emprego de literalidades ou eufemismos, pela escolha de expressões que, embora em muitos contextos sinônimas, tenham um diferente efeito no leitor e até pelas imagens pode causar boa ou má impressão, de acordo com a linha editorial do veículo que a divulga³⁶.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, o controle concentrado de constitucionalidade foi buscado pelo legitimado a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade sem redução do texto dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei 10.406/2002), os quais dispunham:

³⁴CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 48.

³⁵CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 32.

³⁶SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Trad. Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 27. CAMARGO. *Op. cit.*, p. 21.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Tais dispositivos legais vinham sendo empregados como fundamento para tirar de circulação do mercado biografias não autorizadas por aqueles que tinham suas vidas retratadas na obra, o que era considerado pelo requerente uma limitação indevida na liberdade de expressão dos autores, bem como na mercantilização da informação, já que os biografandos, procurados por autores e editoras, vendiam o seu “direito de imagem” para aquele que melhor pagasse, condicionando a possibilidade de exercício da palavra escrita por quem detivesse certo poder econômico.

A decisão considerou, também, que as limitações ao exercício da liberdade de informação, seja jornalística, seja editorial, são previstos constitucionalmente e consistem, tão somente, na possibilidade de responsabilização civil e no direito de resposta, conforme art. 5º, inc. V, da Constituição. Outras formas de limitação prévia consistiriam em violação a esta fórmula que garante a não censura e o controle de excessos apenas diante de concreta difamação, calúnia ou injúria.

Ademais, mesmo que uma biografia implique logicamente em se imiscuir na vida privada do biografando, a publicação de livro sobre tal assunto não modifica o seu caráter informativo, de divulgação de ideias e de formação da verdade a partir do debate público de pontos de vista, já que muitas pessoas tem sua vida confundida com a História, bem como porque, nas palavras da relatora Ministra Carmen Lúcia “não se faz a história apenas após se ultrapassarem os umbrais da porta de casa. Entre quatro paredes, fundam-se impérios estatais ou particulares, legítimos ou não”³⁷. Ou seja, a divulgação de informações privadas não importa, por si só, em violação a direitos de personalidade, já que nela pode constar versões da

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: DJe 01.02.2016.

História importantes para a formação da identidade de um povo e para a compreensão do papel dos diversos atores públicos nos assuntos de interesse público.

Assim, foi dada interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil “sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”³⁸.

Para além da liberdade de expressão como um valor em si, ela passa a ser correlacionada com outros valores fundamentais e interpretada a partir daí, podendo se falar em liberdade de comunicação³⁹ e liberdade de informação jornalística, a qual não se esgota nos veículos impressos (liberdade de imprensa), mas “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”⁴⁰. Nelas, há um foco na construção da verdade enquanto processo resultante do debate no contexto da pluralidade de visões de mundo, por isso possível de se falar também em um direito coletivo de acesso à informação por parte dos demais cidadãos.

Essa pluralidade, como visto no ponto 2.1 deste trabalho, se encontra estampada no texto constitucional, tendo em vista que ele não adota uma ideologia pura, mas sim conforma uma ideologia constitucionalmente adotada a partir da necessária harmonização entre elementos de ideologias puras diversas. Na concepção contemporânea de liberdade de manifestação ela é uma condição de possibilidade para se atingir a almejada harmonização entre esses elementos, já que é apenas a partir de um debate marcado por informações verídicas e no qual as partes interessadas possam sempre que acharem necessário introduzirem novos elementos à discussão de ideias que se atingirão as posições razoáveis.

Para Peter Häberle, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição inclui dentre os participantes deste processo além das funções estatais, das partes e

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: DJe 01.02.2016.

³⁹BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994, p. 194

⁴⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 248.

demais participantes legalmente admitidos, “a opinião pública democrática”⁴¹. Tal afirmação não implica na argumentação pela “voz das ruas” ou o uso da “opinião pública” como razão de decidir, mas sim a possibilidade de uma pluralidade de atores terem voz e poderem apresentar seus argumentos para o debate público. Esses argumentos, de alguma forma, possivelmente mediados pelos veículos de imprensa, chegarão àqueles dotados do poder de decidir e, mesmo que subjetivamente, poderão ser considerados.

Por isso a importância do resguardo e da tutela jurídica do pluralismo e do debate plural de ideias, uma vez que eles conformarão o processo da formação da vontade estatal sem sucumbir ao totalitarismo ou a tabus. Para Karl Popper, é a partir da tomada de decisão individual que tabus passam a ser quebrados e, com isso, leis deixam de ser tabus e passam a ser objeto de reflexões racionais, o que diferencia a sociedade atual da tribal⁴². Também, a relevância do pluralismo se dá porque o texto constitucional parte de uma pluralidade de visões de mundo para estabelecer a ideologia constitucionalmente adotada. Com isso há a necessidade de integração da realidade com o processo de interpretação e essa realidade só é cognoscível se aqueles que a vivenciam ou que a compõem participarem, de alguma forma, desse processo de interpretação⁴³.

Recentemente, no caso que ficou conhecido pela tentativa de apreensão de livros e histórias em quadrinhos pela Prefeitura do Rio de Janeiro no evento “Bial do Livro de 2019” com a justificativa que obras com a temática de “homotransexualismo” seriam inadequadas para crianças e adolescentes, devendo ser comercializadas lacradas e com indicação do conteúdo, o Supremo Tribunal Federal determinou que a administração municipal deixasse de fazê-lo, argumentando, na Suspensão de Liminar nº 1248 MC/RJ, que a democracia “somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras” e que considerar a temática referente a orientação sexual como possível suposto de fato para a hipótese legal de “violação a valores éticos da pessoa e da família” seria empregar raciocínio em afronta aos princípios constitucionais que

⁴¹HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002, p. 21-22.

⁴²POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. 5ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 176.

⁴³HÄBERLE. *Op. cit.*, p. 30.

preveem a não-discriminação, a igualdade e o livre desenvolvimento da personalidade⁴⁴.

No século XXI, a consideração de que o sujeito passivo da liberdade de manifestação e de expressão são tão somente as autoridades estatais faz ainda menos sentido. As redes sociais, nas quais muitos dos veículos de comunicação e seus jornalistas contratados mantêm contas para divulgar seu conteúdo, são empresas privadas que possibilitam o alcance do material produzido aos potenciais consumidores. Dessa forma, a relação que se dá entre duas empresas privadas – empresa de comunicação social e proprietária da página da rede social – assume interesse público ao se tornar o veículo de transmissão de informações jornalísticas.

Além da formação da personalidade e da opinião das pessoas, a liberdade de imprensa exerce controle social sobre os governantes, detentores provisórios de parcela do poder estatal, bem como os influencia, a partir da divulgação de quais são as insatisfações e demandas nascidas no seio social. Há, nessa relação entre sociedade e governantes, mediada pelos veículos de comunicação social livres, uma dupla função: (a) uma descendente, que parte das notícias que dão conta do que fazem os governantes e possibilitam à sociedade avaliá-los; (b) e uma ascendente, que traz ao debate público pautas nascidas no seio da sociedade civil ou de um grupo social específico.

De fato, ao dar evidência às pautas e reivindicações da sociedade civil, os veículos de comunicação social passam a ser uma das formas de se concretizarem os direitos fundamentais de participação, através dos quais a sociedade civil, para além das eleições, tem a possibilidade de influenciar a gestão do que é público. Essa participação tem como pressuposto a formação da vontade autônoma e consciente dos indivíduos que compõem a comunidade⁴⁵ e, portanto, depende da formação de uma opinião a partir de dados concretos e de informação de qualidade.

Para Manfred G. Schmidt a relação entre mídia e população não é unilateral, com a primeira informando e escolhendo o que será debatido e qual imagem os políticos terão perante a população. Isso seria pressupor uma sociedade fraca. Mas a mídia de massa tem a influência para criar uma cadeia de efeitos a partir da determinação de qual será a agenda pública de debates, escolhendo os temas que

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1248. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: DJe 11.09.2019.

⁴⁵CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 177.

proporá para a discussão pública⁴⁶.

O processo descrito acima pode ser relacionado com o conceito de “*agenda-setting*”, ou seja, “determinação da agenda” de debates. Segundo Maxwell McCombs ele é resultado da percepção do mundo mediada pelos veículos de mídia que as pessoas obtêm, sendo empiricamente comprovado que as prioridades da mídia fortemente coincidem com as prioridades eleitas pelas pessoas ao responderem pesquisas de opinião⁴⁷.

Segundo Manuel Castells, “o impacto da televisão funciona de modo binário: estar ou não estar”⁴⁸. Ou seja, apenas aqueles políticos, movimentos sociais, formadores de opinião e empresas que aparecem ao grande público através desse meio de comunicação de massa fariam parte do imaginário coletivo e, assim, seriam conhecidos pelas pessoas, tendo alguma chance de obter apoio popular e engajamento.

Além da definição dos objetos do debate público, a mídia influencia a percepção sobre esses objetos, quais os atributos a eles ligados. Assim, passa a ser importante atentar à possibilidade de “manipulação” da opinião pública, enquanto manifestação do poder econômico das empresas de comunicação, a qual pode ocorrer mesmo sem que se noticiem fatos falsos, apenas atribuindo caracteres negativos ou positivos aos objetos das exposições, conforme o gosto da empresa ou de seus financiadores⁴⁹.

Considerando as falhas de mercado expostas no Capítulo 2, a “*agenda setting*” pode ser considerada como uma externalidade da atividade da comunicação social, pois delimitaria o debate público⁵⁰. Muito embora esteja amenizada essa externalidade, pela transmissão direta de informações pelos aplicativos de conversa e pelas redes sociais, podendo se falar até mesmo em uma zona gris, intermediária entre as comunicações diretas e a comunicação de massa nas publicações em redes sociais⁵¹, é fato que a produção de conteúdo e a investigação aprofundada

⁴⁶SCHMIDT, Manfred G. *Das Politischesystem Deutschlands*. 2ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 129-130.

⁴⁷MCCOMBS, Maxwell. *The Agenda-Setting Role of the Mass Media in the Shaping of Public Opinion*. Austin: University of Texas on Austin. Disponível em <www.infoamerica.org/documentos_pdf/mccombs01.pdf>. Acesso em 07 out. 2019, p. 2.

⁴⁸CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. Vol. 1. 14ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 422.

⁴⁹MCCOMBS. *Op. cit.*, p. 2. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A mídia e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2013, p. 42.

⁵⁰CAMARGO. *Op. cit.*, p. 60.

⁵¹PEZZELLA, Maria Cristina Cerenser. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Sociedade da informação:*

acerca dos temas que compõem o debate público somente pode ser realizada por profissionais dedicados exclusivamente a esse fim e dotados de uma estrutura que ainda se observa nas empresas de comunicação social.

Ademais, nesse segmento, como em todos em que há significativa assimetria de informações, de acordo com o que abordado no item deste trabalho dedicado às falhas de mercado, a credibilidade assume grande importância⁵². A obtenção de informação é exatamente o que o consumidor busca quando consome o produto de uma empresa de comunicação social, sendo evidente a assimetria de informações à jusante. Não há, portanto, que se falar em substituição da atividade de comunicação social pela comunicação direta empreendida em redes sociais e aplicativos de conversa, pois esses veículos são usados, inclusive, pelas empresas de mídia de massa, havendo mais importância o conteúdo transmitido do que o veículo para caracterizá-lo como economicamente relevante ou mera futilidade⁵³.

Assim, a participação social nos debates dos grandes temas é possibilitada pela divulgação das vozes dos corpos intermediários organizados da sociedade civil pelos veículos de comunicação social, havendo influência da opinião pública sobre os governos. No sentido inverso, a divulgação de notícias positivas e negativas dos governos podem influenciar a opinião pública a ter uma melhor ou pior imagem de seus representantes.

Trata-se, na primeira situação, da concretização do direito fundamental de participação e influência nas decisões públicas, típico do Estado Democrático de Direito, no qual a população não tem o seu papel limitado ao voto. Na segunda, há, através da liberdade de informar pelos veículos de comunicação social, o atendimento ao direito coletivo de ser informado. Sobre a liberdade de ser informado, assim leciona José Afonso da Silva:

É nesta [liberdade de informação jornalística] que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a *liberdade de informar* e é nela ou através dela que se realiza o direito

limites e possibilidades das redes sociais. In: *Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 20º*. Anais. Vitória, ES, pp. 12003-12020, 16 a 19 nov. 2011, p. 12009.

⁵²CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A mídia e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2013, p. 61.

⁵³PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Sociedade da informação: limites e possibilidades das redes sociais. In: *Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 20º*. Anais. Vitória, ES, pp. 12003-12020, 16 a 19 nov. 2011, p. 12010.

coletivo à informação, isto é, a *liberdade de ser informado*.⁵⁴

Por isso a importância de que a difusão de informações, além de não poder ser objeto de monopólio estatal que poderia legitimar ou ocultar as maiores atrocidades eventualmente cometidas pelos detentores do poder político, não possa ser objeto de monopólio ou oligopólio privado. Nessa circunstância, tendo em vista de que não se pode obrigar o veículo privado a informar acerca de todos os fatos, ou então alterar sua linha editorial, a pluralidade de empresas atuando no segmento pode vir a garantir o devido confronto de ideias e a concretização do direito individual a ser informado. Num regime fascista, ao revés, a concorrência no setor da comunicação não tem razão de existir, já que a atividade deve apenas refletir os interesses do grupo detentor do poder⁵⁵.

Com efeito, o interesse editorial de um determinado veículo de comunicação social, considerando a sua finalidade de busca pelo lucro⁵⁶, pode limitar a divulgação de certas informações que venham a comprometer seus financiadores ou contrariar a visão de mundo de seus consumidores. Assim, apenas em um mercado com pluralidade de atores, a fim de atrair a audiência – consumidores – para si, algum outro veículo divulgaria a informação e atrairia o público. Caso a relevância do fato seja grande, aquela empresa que optou por não o divulgar pode ser pressionada a optar entre continuar sem divulgar o fato ou manter a credibilidade diante dos consumidores.

No caso de veículo de comunicação de propriedade estatal, deve haver regras que impeçam a influência direta e pessoal dos governantes sobre o conteúdo das matérias exibidas, garantindo a liberdade editorial, a fim de que não se converta em um meio de divulgação de propaganda oficial e proselitismo político-partidário financiado pelos pagadores de impostos.

A veracidade dos fatos informados também passa a ser um fator a ser considerado, tendo em vista o direito difuso à informação. Diferentemente do que ocorre na proteção à liberdade de manifestação, quando a atividade tem a intenção de informar, ela deve ater-se à realidade dos fatos, muito embora o juízo de valor

⁵⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 248.

⁵⁵CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 80.

⁵⁶CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 34.

que se faça quanto a eles não seja passível de ser submetido a um exame de conformidade com a verdade.

Por isso, a necessidade de se diferenciar entre uma divulgação parcial de fatos por conta de não estarem disponíveis aos veículos de comunicação todas as circunstâncias do que noticiado e a adulteração dolosa da verdade⁵⁷, sendo esta passível de indenização. No caso *The New York Times Company v. L. B. Sullivan*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que “um jornal não pode ser responsabilizado por fazer afirmações difamatórias sobre a conduta oficial de um oficial público a menos que as afirmações tenham sido feitas com real malícia”⁵⁸, ou seja, apenas no caso em que o veículo de comunicação social efetivamente divulgou informação que sabia ser enganosa e com o objetivo de enganar é que se aplicaria a sua responsabilização civil.

3.4 Regulação da atividade econômica da comunicação social em face do interesse público a que visa realizar

Considerando a importância da atividade econômica da comunicação social delineada no item anterior, inclusive relacionada a direitos fundamentais, a objetivos da República e à possibilidade efetiva de um regime democrático de governo, seja quando explorada sob o regime de serviço público, seja sob o regime da atividade econômica em sentido estrito, o ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em balizar juridicamente o seu exercício. Nesse sentido, em que pese mantidas as características essenciais do sistema da autonomia, respeitando-se a propriedade privada, a liberdade contratual e a autonomia da vontade, há certa interferência estatal a fim de conformar a exploração econômica da comunicação com valores eleitos pelo legislador constitucional.

As diferentes formas de se explorar economicamente a comunicação social receberam diferentes tratamentos legais e constitucionais, sendo a primeira diferenciação já tratada que é quando ela se trata de serviço público e quando é atividade econômica em sentido estrito. Naquela, em face de se tratar de atividade existência e necessária à manutenção coesão social, incide mais fortemente a

⁵⁷CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007, p. 102.

⁵⁸No original: “A newspaper cannot be held liable for making false defamatory statements about the official conduct of a public official unless the statements were made with actual malice”.

regulação, enquanto nesta a intensidade da regra geral de liberdade de iniciativa é mais notada.

Em nível constitucional, o Capítulo V – Da Comunicação Social – do Título VIII – Da Ordem Social – da Constituição Federal é dedicado a regulamentação deste setor econômico, sendo o capítulo composto por quatro artigos.

O art. 220, em seu *caput* e nos parágrafos 1º e 2º, garante a liberdade de manifestação e de informação, vedando qualquer restrição e embaraço, bem como a censura. Como já visto, a própria Constituição estabelece os limites à liberdade de manifestação e de informação a partir do direito de resposta e da indenização por danos morais.

A partir do § 3º, do art. 220, a Constituição passa a estabelecer limites específicos à atividade da comunicação. A importância dessa previsão é justamente vincular o legislador infraconstitucional aos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional, não podendo criar outros embaraços ao livre exercício da atividade de comunicação. Eles se relacionam à proteção a crianças e adolescentes contra conteúdos inadequados, assim como limitam a propaganda comercial de produtos nocivos à saúde ou de uso controlado.

No art. 220, § 5º, da Constituição há regra importante para este trabalho e que já foi tratada em outros tópicos consistente na proibição de monopólios e oligopólios nos meios de comunicação social. O dispositivo será mais bem estudado no capítulo seguinte, que se dedicará a abordar de maneira mais aprofundada a concorrência no setor. Basta, para este momento, salientar que, ao fazer constar a expressão “os meios de comunicação social”, o legislador optou por tratar igualmente veículos de mídia impressa, de radiodifusão e de radiodifusão de sons e imagens, valendo, portanto, para todos a referida proibição.

A partir do § 6º do mesmo artigo, a Constituição passa fazer uma importante distinção, que justifica a conclusão acerca de não se tratar a atividade de comunicação impressa de serviço público. Segundo ele, esta atividade independe de licença de autoridade, o que também vale para veículos de mídia virtuais.

Já no art. 221, a Constituição passa a tratar de rádio e televisão, elencando os princípios que deverão informar a produção e a programação, como preferência a finalidades educativas, promoção da cultura nacional e regional, estímulo à produção independente, regionalização da produção e respeito aos valores éticos e culturais da pessoa e da família. Ou seja, vislumbra-se desde já que a Constituição

estabelece uma conformação jurídica mais rígida a atividade de rádio e televisão do que aquela da mídia impressa, inclusive no que tange à produção de conteúdo. De fato, há uma necessária proximidade entre o exercício da atividade de rádio e televisão e a concretização de certos valores constitucionalmente albergados. Os meios de comunicação social eletrônica também deverão observar esses princípios, conforme o disposto no art. 222, § 3º, da Constituição.

Ademais, ao não diferenciar entre rádio e televisão pagos ou gratuitos, ou então entre o serviço de radiodifusão e a atividade econômica de rádio e televisão, deve-se interpretar a regra como obrigatória tanto às emissoras abertas como as de acesso condicionado.

O art. 222 trata da nacionalidade da empresa de comunicação social, sendo ela privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no Brasil. Neste caso, ela deverá ser formada de, pelo menos, 70% do capital total e do capital votante por brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, que também exercerão a gestão das atividades, estabelecerão o conteúdo da programação e terão a responsabilidade editorial.

Segundo Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, regras semelhantes quanto à nacionalidade dos proprietários das empresas de comunicação existem nos Estados Unidos, Canadá, Suíça e outros e visam a “impedir que interesses alheios aos da sociedade brasileira sejam colocados e defendidos pelos meios de comunicação de massa”⁵⁹.

Foi a emenda constitucional 36, do ano de 2002, que passou a permitir o capital estrangeiro nas empresas de comunicação social, no limite descrito no parágrafo anterior⁶⁰. A medida pode, por um lado, facilitar a entrada de novas empresas no mercado, dinamizando-o e estimulando a concorrência. Por outro lado, pode aumentar o poder econômico das empresas existentes e que possuem capital internacional, pois elas passarão a fazer parte, mesmo que de forma minoritária, dos grandes grupos internacionais de comunicação.

Já o art. 223 estabelece que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de

⁵⁹LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 293.

⁶⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 863.

sons e imagens”, bem como estabelece serem complementares os sistemas público, estatal e privado. Tal dispositivo é outra evidência de que a Constituição prevê a radiodifusão sonora e de sons e imagens como serviço público. Além dos relevantes princípios a que visa realizar, elencados no art. 221, a atividade se relaciona com a formação de uma identidade nacional, com levar a informação, a cultura e o entretenimento a todos. Ademais, por não poder ser objeto de monopólio, a atuação estatal, que se justifica em face de relevante interesse coletivo, deverá ser, ao menos, complementada por empresas privadas, quando não totalmente realizada por empresas privadas.

A exploração direta pelo Estado, na forma de participação, de empresa de comunicação social poderá, ainda, ser justificada nos casos em que há desinteresse do setor privado em atender aos princípios do art. 221 da Constituição, para suprir deficiência de oferta e para coibir monopólio e oligopólio de fato⁶¹.

Diferencia-se o sistema público do sistema estatal a partir da consideração de que naquele deveria estar garantida a participação da sociedade civil na sua gestão e na definição da política de comunicação, aos moldes do sistema que vigeu preponderantemente na Europa no século XX⁶².

A complementaridade se justifica na necessidade de se adotar um regime jurídico que coloque a imprensa, tomada em seu todo, como igualmente independente dos poderes políticos constituídos como do capital privado⁶³.

Para Paulo Lopo Saraiva, contudo, o desinteresse em plenamente se efetivar a complementaridade entre os sistemas público e privado acaba tolhendo a participação popular nos meios de comunicação social, tendo a elas acesso apenas as organizações privadas e as elites políticas dirigentes⁶⁴.

Ao Congresso Nacional caberá apreciar o ato de concessão, permissão ou autorização, conforme parágrafos 1º, 2º e 3º, sendo que a não renovação dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso em votação nominal. Já o cancelamento da concessão ou permissão antes do prazo depende de decisão judicial.

⁶¹Sobre atuação do Estado na economia por participação: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 281.

⁶²LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 294.

⁶³CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 182.

⁶⁴SARAIVA, Paulo Lopo. Artigos 220 ao 224. In: BONAVIDES, Paulo et al. (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2326.

Por fim, o art. 224 estabelece que o Congresso Nacional instituirá o Conselho de Comunicação Social, o que ocorreu no ano de 1991, através da Lei nº 8.389/91. A ele compete a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional e é composto por representantes de categorias empresarias e profissionais ligadas à atividade de comunicação social, assim como por representantes da sociedade civil.

A seguir, passa-se a tratar da regulamentação do serviço público de difusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão abertos) e da comunicação audiovisual de acesso condicionado. A importância para o estudo é conhecer as bases jurídicas sobre as quais as empresas atuantes no ramo podem desenvolver seus negócios, considerando as finalidades constitucionalmente eleitas para essas atividades econômicas e as características específicas do setor.

3.4.1 Regulação dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens atingem milhões de brasileiros e são forma de transmissão de cultura, de entretenimento e de informação. Com a publicidade, a possibilidade de acesso gratuito a esses importantes serviços popularizou o rádio e o tornou em meio de comunicação de massa⁶⁵, tendo em vista os altos índices de analfabetismo no país no século XX e a facilidade de acesso.

Tais serviços, em face da finalidade existencial quanto à comunidade e da sua relação com a manutenção da coesão social, podem ser caracterizados como serviço público, prestado em obrigatória complementaridade entre Estado e iniciativa privada, de acordo com o mandamento constitucional já observado.

A sua transmissão, ou seja, o meio pelo qual o serviço chega até os cidadãos que desejam o utilizar, ocorre por meio de bem público de natureza escassa, qual seja, o espectro de radiofrequências, de acordo com o art. 157 da Lei nº 9.472/97. Como o uso de tal espectro se destina também a outras finalidades, como a defesa nacional a partir do seu uso pelas Forças Armadas, a divisão do acesso a ele ressalta a importância da regulamentação do setor e dos processos licitatórios para concessão e outorga de uso.

⁶⁵LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 280.

O serviço de “radiodifusão destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” é espécie de telecomunicação, conforme fica claro da análise do art. 6º da Lei nº 4.117/62, que o coloca ao lado dos serviços público, público restrito e privado de telecomunicações, rádio-amador e serviço especial. Todos se submetem a regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), agência reguladora do setor.

Além dessa regulamentação, para que possam utilizar o espectro de radiofrequências, as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens devem se submeter ao processo público para recebimento da concessão ou permissão, além de atenderem os requisitos constitucionais, já abordados, e os previstos no art. 38 da Lei nº 4.117/62:

Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

a) pelo menos 70% (setenta por cento) do capital total e do capital votante deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação; (Redação dada pela Lei nº 13.424, de 2017)

b) as alterações contratuais ou estatutárias deverão ser encaminhadas ao órgão competente do Poder Executivo, no prazo de sessenta dias a contar da realização do ato, acompanhadas de todos os documentos que comprovam atendimento à legislação em vigor, nos termos regulamentares; (Redação dada pela Lei nº 13.424, de 2017)

c) a transferência da concessão ou permissão de uma pessoa jurídica para outra depende, para sua validade, de prévia anuência do órgão competente do Poder Executivo; (Redação dada pela Lei nº 13.424, de 2017)

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

e) as emissoras de radiodifusão sonora são obrigadas a retransmitir, diariamente, no horário compreendido entre as dezenove horas e as vinte e duas horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados sessenta minutos ininterruptos, assim distribuídos: vinte e cinco minutos para o Poder Executivo, cinco minutos para o Poder Judiciário, dez minutos para o Senado Federal e vinte minutos para a Câmara dos Deputados; (Redação dada pela Lei nº 13.644, de 2018)

f) as empresas, não só através da seleção de seu pessoal, mas também das normas de trabalho observadas nas estações emissoras devem criar as condições mais eficazes para que se evite a prática de qualquer das infrações previstas na presente lei;

g) a mesma pessoa não poderá participar da administração ou da gerência de mais de uma concessionária, permissionária ou autorizada do mesmo tipo de serviço de radiodifusão, na mesma localidade (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

h) as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

i) as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão deverão apresentar, até o último dia útil de cada ano, ao órgão do Poder Executivo expressamente definido pelo Presidente da República e aos órgãos de registro comercial ou de registro civil de pessoas jurídicas, declaração com a composição de seu capital social, incluindo a nomeação dos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos titulares, direta ou indiretamente, de pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante. (Incluída pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

j) declaração de que nenhum dos dirigentes e sócios da entidade se encontra condenado em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado nos ilícitos previstos nas alíneas b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p e q do inciso I do art. 1º da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. (Incluída pela Lei nº 13.424, de 2017)

Parágrafo único. Não poderá exercer a função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial. (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

Além desses deveres, as emissoras comerciais de radiodifusão deverão transmitir programas educacionais com duração de, no máximo, cinco horas semanais, em horários compreendidos entre sete e vinte e uma horas, de acordo com o art. 16 do Decreto-lei nº 236/67. Já o serviço de televisão educativa, regime diverso do serviço de radiodifusão comercial, está previsto no art. 15 do mesmo diploma legal e somente poderá ser executado pelos entes federativos, por universidades brasileiras ou por fundações, sob o regime de serviço público⁶⁶.

Em adição a essas regras, recentemente a Justiça Federal de Alagoas, em sentença de primeiro grau, determinou a cassação da concessão de uma emissora de televisão e duas rádios que possuíam em seus quadros societários um Senador da República. A decisão ainda não transitou em julgado e, por isso, ainda não surtiu efeitos, mas demonstra a limitação à atuação empresarial no setor, em face da importância da atividade no controle dos atos dos agentes públicos e políticos.

Neste caso, a sentença entendeu que o art. 54 da Constituição Federal, que proíbe congressista de “firmar ou manter contrato com empresa concessionária de

⁶⁶CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 102.

serviço público”⁶⁷. Assim, deve-se ter em conta, quando se tratar de emissoras de rádio e televisão de livre acesso, que além das regras do regime de concessão de radiodifusão, incide a regulamentação geral dos serviços públicos.

Ainda, no edital convocatório de licitação para concessão e permissão dos serviços de radiodifusão deverão estar previstos os requisitos de observância dos objetivos constitucionalmente eleitos, assim como posteriormente introduzidos nos contratos e atos administrativos referentes à concessão⁶⁸.

Já a cassação ou a encampação podem ocorrer, por se tratar de serviço público, nas hipóteses de ilegalidade do ato ou contrato de permissão ou concessão, de inadimplemento pelo contratado das obrigações previstas no edital, ou por motivo de interesse público, sendo obrigatória, em todos os casos, a intervenção do Poder Judiciário⁶⁹.

O longo período por que vigem as concessões, permissões e autorizações, dez anos para os serviços de radiodifusão sonora e quinze anos para o serviço de televisão, bem como a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, revelam a rigidez e a dificuldade para cassação dos contratos, decorrentes da necessidade de se garantir à liberdade de informação dos veículos de mídia, na modalidade “liberdade de informar”, em relação aos governos de ocasião.

Mesmo que passíveis de críticas, tanto o longo prazo dos contratos como a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a cassação e de aprovação de dois quintos do Congresso Nacional em votação nominal para a não-renovação, no contexto brasileiro elas se revelam justificadas em face do histórico do uso de tais empresas de comunicação na legitimação de regimes de exceção, assim como na ameaça de cassação dos contratos de concessão em relação às empresas que não se coadunam com a versão oficial dos fatos dada pelos governos por políticos de diferentes vieses ideológicos⁷⁰.

⁶⁷MPF obtém decisão que cancela concessão de rádios e TV ligados a senador alagoano. *Ministério Público Federal em Alagoas*. 10 jul. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/all/sala-de-imprensa/noticias-al/mpf-obtem-decisao-que-cancela-concessao-de-radios-e-tv-ligados-a-senador-alagoano>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁶⁸LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 292.

⁶⁹*Ibidem*, p. 295-296.

⁷⁰AMORIM, Paulo Henrique. Berzoini, que tal tirar a Globo do ar?. *Conversa afiada*. 13 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conversaafiada.com.br/pig/2015/03/13/berzoini-que-tal-tirar-a-globo-do-ar>>. Acesso em: 03 nov. 2019. GOMES, Helton Simões. Bolsonaro diz que pode não renovar concessão da Globo, mas não é bem assim. *Tilt o canal sobre tecnologia do UOL*. 31 out. 2019. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/10/31/bolsonaro-pode-cancelar->

Essas cautelas não se podem confundir com a impossibilidade de se intervir no setor. Justamente a fim de garantir a pluralidade, o cumprimento dos percentuais de programação cultural e jornalística e a vedação de monopólios e oligopólios, os agentes públicos têm o dever de fiscalizar e aplicar multas e demais sanções para as emissoras que não cumprem com seus deveres constantes da legislação e do edital. Caberia, contudo, uma legislação mais específica no que tange às hipóteses de cassação e não-renovação, para garantir a segurança, a previsibilidade e a não-arbitrariedade no processo, além de punições graduais para infrações mais leves e a criação de um conselho independente, com representação política plural e também da sociedade civil quanto à questão⁷¹.

Em questão concorrencial, não há que se falar em indevida intervenção estatal ou tentativa de censura quando o ato do poder público vier a sancionar ou impedir a livre negociação entre empresas de comunicação social quando esta importar numa aquisição de poder econômica que possa implicar em uma situação de monopólio ou oligopólio, pois há expressa vedação constitucional.

A autorização para a execução dos serviços de radiodifusão ocorrerá mediante concessão quando se tratar de serviço nacional ou regional e de televisão, e ocorrerá mediante permissão quando se tratar de serviço local, segundo regulação dada pelo Decreto nº 52.795/63, em seu art. 5º.

3.4.2 Regulação da comunicação audiovisual de acesso condicionado

O setor da comunicação audiovisual de acesso condicionado explora as atividades econômicas consistentes na distribuição, no empacotamento, na programação e na produção de conteúdo audiovisual que será emitido, transmitido e recebido exclusivamente por assinantes. A sua regulamentação se dá pela Lei nº 12.485/11 e assim conceitua as atividades básicas:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

X - Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final

ou-nao-renovar-concessao-da-tv-globo-entenda.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁷¹LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 298.

pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras;

XI - Empacotamento: atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante;

XVII - Produção: atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte;

XX - Programação: atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado;

Diferentemente do setor de rádio e televisão abertos – radiodifusão sonora e de sons e imagens – a atividade de comunicação de acesso condicionado se trata de atividade econômica em sentido estrito, vigendo quanto à atividade o princípio da “mínima intervenção da administração pública”. Além disso, a lei prevê como princípio “a defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado”.

Entretanto, isso não quer dizer que a atividade não seja de interesse público, ou que objetivos constitucionalmente definidos não possam ser realizados a partir da conformação jurídica da atividade. Assim, a legislação aplicável prevê normas de nacionalidade, de estímulo ao desenvolvimento nacional e regional, diversidade cultural e liberdade de expressão e de manifestação, bem como de proteção à infância e ao consumidor.

Quanto à nacionalidade da empresa, garante-se a liberdade de atuação nas atividades de distribuição, produção, programação e empacotamento para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. A gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção da programação e do empacotamento são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

Já no que diz respeito à nacionalidade do conteúdo, é exigido das programadoras um mínimo de três horas e trinta minutos semanais no horário nobre de conteúdo brasileiro, sendo metade produzido por produtora brasileira independente, nos canais de espaço qualificado. Das empacotadoras é exigida a presença de um canal brasileiro de espaço qualificado a cada três canais de espaço qualificado em cada pacote, até o limite de doze canais brasileiros de espaço

qualificado.

O desenvolvimento nacional e regional é estimulado, pela lei, a partir da diferenciação entre a produtora nacional e a produtora nacional independente, sendo esta empresa que não é controlada, controladora ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens, inclusive no que diz respeito a um eventual direito de voto dessas empresas, caso elas sejam sócias minoritárias, bem como não manter vínculos de exclusividade, segundo o art. 2º, inc. XIX, da Lei nº 12.485/11.

Essa diferenciação, também contribui para a concretização, em alguma medida, dos princípios da pluralidade e da livre concorrência, garantindo espaço de entrada para empresas menores e independentes, que não possuem contratos e subordinação ou controle das grandes empresas já atuantes no setor, derrubando, assim, certas barreiras à entrada de novos atores e garantindo mobilidade na atividade econômica.

A partir do art. 5º importantes regras concorrenciais são previstas, denotando a intervenção estatal com vistas à concretização do interesse público da pluralidade e da concorrência e sendo exceção ao princípio da mínima intervenção. Há regras de limitação de percentual de capital ou participação em empresas de telecomunicações por concessionárias ou permissionárias dos serviços de radiodifusão, programadoras e produtoras, bem como limitação no capital destas por empresas de telecomunicações. As prestadoras dos serviços de telecomunicações de interesse coletivo só podem controlar uma produtora e programadoras com sede no Brasil se suas atividades sejam exclusivamente direcionadas ao mercado internacional.

Já o art. 6º veda a empresas de telecomunicações de interesse coletivo, suas controladas ou coligadas, de adquirirem ou financiarem a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e de contratarem talentos artísticos nacionais e direitos sobre obras de autores nacionais, ambas as hipóteses para produção de conteúdo destinado à veiculação no serviço de radiodifusão ou de acesso condicionado. Tratam, dessa forma, as regras do art. 5º e do art. 6º de limitações à concentração horizontal, pois referentes a negócios entre empresas de telecomunicações de interesse coletivo, de um lado, e empresas de radiodifusão ou de acesso condicionado, de outro lado.

Além dessas normas, a Lei nº 12.485/11 também veda a realização de

subsídios cruzados, preços discriminatórios ou práticas comerciais que busquem dissimular os reais resultados econômicos ou financeiros obtidos, conforme o disposto no art. 7º. Entretanto, a atuação em mais de uma atividade da cadeia da comunicação audiovisual de acesso condicionado não é vedada, segundo o § 1º, do art. 4º, sendo, portanto, permitido certo grau de concentração vertical.

Por fim, a regulação da atividade econômica de comunicação de acesso condicionado encontra limitações à liberdade de iniciativa consistentes na garantia de direitos ao consumidor. A lei de regência dedica todo um capítulo aos “assinantes do serviço de acesso condicionado”, garantindo a eles o conhecimento prévio da programação, a contratação diretamente com a distribuidora dos serviços necessários à instalação e manutenção dos aparelhos para desfrute do serviço, a possibilidade de cancelamento do serviço por telefone ou pela internet, o recebimento de cópias dos contratos, além de todas as demais regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.

3.4.3 A atividade econômica da comunicação impressa e por meios digitais

Como já visto na análise das normas de hierarquia constitucional referentes à atividade de comunicação social, a exploração de veículo de mídia impressa independe de licença. Evidentemente, também, independem de qualquer procedimento de concessão ou permissão, podendo ser livremente explorados e distribuídos por aqueles que detiverem interesse. O mesmo se aplica para o exercício da comunicação através da *internet*, com a liberdade de se colocarem na rede *sites* e *blogs* com o intuito de propagação de notícias e difusão de ideias remuneradas ou não diretamente pelo destinatário. Encontram, portanto, a limitação genérica prevista na Constituição Federal consistente na indenizabilidade de danos morais e patrimoniais e o direito de resposta.

Há, inclusive, o desenvolvimento da atividade sem o intuito comercial, praticado por entidades associativas, partidos políticos e organizações da sociedade civil e que têm como objetivo transmitir suas ideias e divulgar suas ações para o público em geral ou para algum público em específico. Entretanto, segundo Giuseppe Cuomo, o advento do financiamento da atividade pela publicidade causou uma grande disparidade de poder econômico entre quem atua com o autofinanciamento e quem busca as verbas publicitárias, de modo que estas são

dotadas de uma maior capacidade de produção de conteúdo e de distribuição, sendo apenas residual a imprensa de opiniões diretas com finalidade de educar as massas⁷².

Assim, sendo a regra uma maior liberdade e não havendo outras limitações constitucionais e legais quanto ao conteúdo e sua nacionalidade, o tratamento jurídico-econômico específico da matéria buscará o controle do abuso do poder econômico e dos processos de monopolização da atividade. A preocupação com o barateamento da atividade é notada, pelo menos, desde a Constituição de 1946, quando a imunidade tributária de livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão passou a ser garantida. À época, recém havia-se vivido a experiência do Estado Novo que contingenciou a importação de papel e, com isso, passou a ter maior controle sobre o comércio deste importante meio de profusão de ideias e debate político⁷³.

Com a medida de imunidade tributária, reduzem-se as barreiras de entrada de novos interessados para exercício da atividade, pela redução dos custos com insumos necessários, bem como incentiva-se o consumo pela redução do preço do produto final.

Quanto à atividade de comunicação desenvolvida através da *internet* há a preocupação com a neutralidade de rede, para que o poder econômico não influencie, também, na qualidade do tráfego em determinados veículos em detrimento de outros. Considerando que a disponibilização dos produtos dessas empresas de comunicação, ou, muitas vezes, a comunicadores independentes, depende da hospedagem em plataformas pertencentes a outras empresas privadas, ou da conexão fornecida por empresas de telecomunicações, a possibilidade de tratamento discriminatório, de práticas colusivas e de abuso do poder econômico seria premente sem a expressa previsão de neutralidade.

Ainda quanto à atividade de comunicação desenvolvida em meio virtual, aspectos da Lei Federal nº 12.965/2014 devem ser mencionados. O primeiro é a responsabilização do provedor de aplicações de internet por conteúdo publicado por terceiros apenas após o descumprimento de ordem judicial específica de retirada do conteúdo (art. 19). Com isso, garante-se a liberdade dos produtores de conteúdo em

⁷²CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 49-50.

⁷³BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Atualização Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 339-340.

face dos proprietários das aplicações e, em contrapartida lógica, a sua responsabilidade pelo conteúdo.

O segundo aspecto a se ressaltar é a neutralidade de rede (art. 3º, inc. IV e Seção I, do Capítulo III), segundo a qual devem os responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento tratar de forma isonômica os pacotes de dados, serviços, terminais ou aplicações. A discriminação e a degradação de tráfego só podem ocorrer em circunstâncias de emergência, com priorização dos serviços que deste estado decorram, e de requisitos técnicos indispensáveis.

Avaliam-se, assim, as duas medidas acima como indutoras da concorrência e inibidoras de atos de abuso de poder econômico provocados por provedores de aplicações e por provedores de *internet*.

Entretanto, outras práticas que interferem no livre trânsito de publicações virtuais são possíveis, considerando a busca por seus conteúdos em *sites* de busca, que permitem o patrocínio para que os elos para as páginas de quem paga apareçam em primeiro lugar (alavancagem)⁷⁴, a divulgação desses conteúdos em redes sociais, cujos algoritmos dão preferências para determinados tipos de postagens, e a disponibilização plataformas de vídeos, como o *YouTube*, pertencente também à gigante *Google*.

Os problemas concorrenciais decorrentes da ação dos algoritmos vêm sendo objeto de estudo do direito antitruste, assim como devem ser considerados na regulamentação contemporânea da atividade de comunicação social a fim de se respeitarem os importantes princípios constitucionais com que a atividade se relaciona. No caso dos veículos impressos e virtuais, as barreiras à entrada são muito menores do que na radiodifusão e no acesso condicionado, em que, além dos grandes custos para produção, há a necessidade de se obter a permissão ou a concessão, no primeiro caso, e de se seguir extensa regulamentação, no segundo caso. Não obstante, novas tecnologias podem estar criando novas barreiras, principalmente a partir do tratamento discriminatório na rede, demandando a intervenção estatal a fim de impedir o abuso do poder econômico, as práticas colusivas e a monopolização no setor.

⁷⁴GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In. DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al* (org.). *Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 169-176. São Paulo: Singular, 2019, p. 175.

3.5 Conclusões parciais

A análise contextualizada da atividade econômica da comunicação social na teoria dos sistemas econômicos enquanto tipos ideais pode chegar a conclusões importantes que, após, deverão ser empregadas para o confronto dos pressupostos aqui trabalhados com o fator “concorrência” na referida atividade.

Primeiramente, pode-se verificar o exercício da atividade, no ordenamento jurídico brasileiro, sob os dois princípios basilares do sistema da autonomia, a propriedade privada e a liberdade contratual. Por outro lado, o que também fica mais fácil de se observar após as considerações feitas no primeiro capítulo acerca da inexistência concreta dos tipos ideais e da não observância de um sistema econômico real nas ordens econômicas reais, a Constituição brasileira elenca princípios e objetivos que se relacionam com a atividade e que, por vezes, limitam à liberdade contratual ou de propriedade.

O primeiro fator que vem a influenciar a forma especial como o ordenamento jurídico trata a atividade de comunicação social é a intrínseca relação dela com o regime democrático. Para que seja possível um governo democrático, com voto universal, é necessário um povo informado. Não apenas isso, é necessário que a informação seja de qualidade, completa e plural. Superando uma concepção liberista do século XIX, a atividade passa a não ser apenas objeto de abstenção estatal, a partir da proibição da nefasta censura prévia, mas sim meio de concretizar o direito dos destinatários das matérias jornalísticas de serem informados, para, conseqüentemente, tutelar o direito de participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.

Para cumprir tal objetivo, tanto o monopólio estatal quanto a completa liberdade privada podem ser empecilhos. Na primeira hipótese, em que pese exemplos concretos de imprensa estatal isenta e de qualidade, há a facilidade de se criar um meio de se espalhar uma “verdade oficial pela população”. Na segunda, a influência do poder econômico é até hoje elemento de distorção da liberdade dos jornalistas, a qual acaba se confundindo com o objetivo pragmático empresarial das empresas jornalísticas de obter lucro a partir das receitas publicitárias.

Por isso o importante e sensível papel da regulação do Estado da atividade, cujo objetivo deve ser de agir positivamente no sentido de harmonizar toda essa miríade de interesses já elencados nos parágrafos anteriores desta conclusão

parcial, como a liberdade de manifestação, a verdade, a informação de qualidade, a pluralidade e a tutela da busca do lucro pelas empresas privadas, com outros interesses que a Constituição e a legislação ordinária também remetem especificamente à comunicação, como o estímulo à produção nacional e regional independente, a promoção da cultura, o conteúdo educativo e a nacionalidade da pessoa jurídica.

A tutela da concorrência tem um papel central na harmonização desses interesses, pois é a partir dela que muito do conflito entre a garantia da propriedade privada e da liberdade contratual das empresas de comunicação social e a promoção dos demais interesses que se relacionam com a atividade poderá se resolver de forma a encontrar a linha de melhor vantagem entre todos os objetivos constitucionalmente eleitos.

A monopolização e a oligopolização, que não são necessariamente proibidas ou indesejadas nas atividades econômicas em geral, são, na comunicação social expressamente proibidas. Isso decorre da necessária concorrência de ideias para a concretização do direito fundamental de informação em uma sociedade plural⁷⁵. Entretanto, não é suficiente. Considerando a exploração por empresas privadas, é de se considerar que, mesmo com pluralidade de agentes, por trás de todos eles haverá um mesmo interesse subjacente e que em uma economia baseada no sistema da autonomia certamente se apresentará, que é o interesse do capital, tanto por parte da própria empresa como por parte de seus financiadores.

Não há como se negar a existência de conflitos dessa natureza (capital e trabalho) e que unicamente a garantia da concorrência e da multiplicidade de agentes empresariais não impede a dificuldade de acesso das opiniões que não coadunem com o ideário do empresariado aos veículos de imprensa. Assim, há que se tratar diferentemente dois fatores, e que assim serão tratados no próximo capítulo que tratará das questões concorrenciais na atividade da comunicação social: o poder econômico *das* empresas de comunicação social e a influência do poder econômico *sobre* as empresas de comunicação social.

Uma conformação do conteúdo dos veículos de comunicação pelos detentores de maior parcela de poder econômico, ou a dificultação de acesso a

⁷⁵HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002, p. 40.

materiais jornalísticos e culturais que deles se afastem, implica na negação do *status* ativo dos direitos fundamentais relacionados à participação do cidadão na vontade estatal, pois haverá um vício já na iniciativa da formação da opinião dos indivíduos, formada em relevante parte a partir da agenda de debates públicos inaugurada pela imprensa a partir de sua capacidade de *agenda setting*.

A relevância de considerar o direito da concorrência enquanto política pública voltada à concretização dos objetivos constitucionais assume, assim, central importância no trabalho. Uma concepção de concorrência que visa meramente a um bom funcionamento do mercado não é capaz de equalizar as forças dos detentores do poder econômico, na modalidade de exercício desse poder econômico *sobre* as empresas de comunicação social, com demais agentes sociais e políticos que buscam ter sua visão de mundo ou suas opiniões também levadas ao público para influenciar na formação da vontade das pessoas e, conseqüentemente, da vontade estatal.

Parte desses problemas identificados a Constituição brasileira e a legislação buscam sanar a partir da regulação vista nos itens anteriores. Por outro lado, elas criam, também, barreiras à entrada de novos postulantes a atuarem, principalmente na radiodifusão e no acesso condicionado, que deverão ser consideradas na sequência. O regime do serviço público da radiodifusão sonora e de sons e imagens consagra a importância da atividade para a coesão social e o seu caráter existencial. A facilidade com que se pode propagar a cultura e as notícias a partir do rádio e da televisão gratuitos exige a garantia da universalização e da continuidade do serviço.

Além disso, a disciplina do serviço público possibilita ao Estado delimitar um tempo mínimo de noticiário e de programação cultural, bem como considerar tais aspectos nos editais de concessão e no processo de renovação da concessão. Assim, pode-se concretizar os objetivos constitucionais de promoção da cultura e de participação informada do eleitor no processo político a partir da conformação jurídica da atividade econômica privada no campo da radiodifusão.

A necessária complementaridade entre a radiodifusão privada, a pública e a estatal visa a possibilitar a propagação de conteúdos que, em virtude da influência do poder econômico das empresas de comunicação e sobre as empresas de comunicação, não teriam espaço se a atividade fosse apenas explorada pela iniciativa privada.

A comunicação audiovisual de acesso condicionado, por sua vez, apresenta

certa regulamentação, mas certamente não representa regime de serviço público. O preço praticado pelas empacotadoras e distribuidoras é livre, limitada apenas a negociação com seus consumidores pelas regras gerais de direito do consumidor. Entretanto, a eleição de princípios para a atividade mostra o interesse do legislador em conformar a atividade econômica com objetivos como a promoção da cultura nacional, o desenvolvimento do audiovisual independente e a segurança nacional, este último em virtude da nacionalidade das empresas.

Já nos veículos impressos e a mídia virtual, a regulação estatal é incidente em menor intensidade, não havendo qualquer disposição acerca de seu conteúdo, a não ser a necessidade de comercialização em embalagem lacrada e com advertência de conteúdo para revistas contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes, ou origem da produção das matérias.

A suposta liberdade, entretanto, encontra barreiras em situações concretas e não se pode dizer que a concorrência, concreta ou potencial, seria plena e não demandaria atenção estatal. Isso porque, novamente em função do poder econômico das e sobre as empresas de comunicação, tanto a capacidade de criar e angariar conteúdo é maior naquelas empresas detentoras de maior capital, atraindo assim, mais clientes, como a publicação de conteúdo que não interesse aos ditames do capital privado pode afastar verbas publicitárias e levar dificuldades aos veículos. Isso sem falar na possibilidade de manipulação da concorrência pelas verbas de publicidade estatal.

Especificamente em relação às atividades desenvolvidas em meio virtual, os algoritmos, as ordens de divulgação em *sites* de busca e os termos de uso de páginas como o *YouTube* ou aplicativos como o *Spotify*, que armazenam e possibilitam a divulgação de conteúdos por terceiros, pode influenciar a preferência dos consumidores e tornar mais difícil de encontrar determinadas páginas, alterando, assim, artificial e externamente, o jogo da concorrência pela preferência do consumidor.

Por outro lado, também deve-se analisar tópicos concorrenciais como as barreiras de acesso, as possíveis externalidades, a possibilidade de associação de empresas menores para usufruir poder compensatório, entre outros para verificar como deve ser o seu tratamento jurídico, a fim de se conformar com as normas jurídicas aplicáveis e harmonizar a atividade da comunicação social com os objetivos constitucionalmente almejados através das ferramentas concorrenciais disponíveis.

4 ASPECTOS PARTICULARES DA CONCORRÊNCIA NA ATIVIDADE ECONÔMICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

O estudo dos capítulos anteriores colabora com o estudo da concorrência no setor da atividade econômica eleito como recorte deste trabalho ao localizar no sistema da economia os fundamentos da ordem econômica positivada na Constituição brasileira, ao abordar o marco jurídico da matéria, tanto no que diz respeito à concorrência em geral, como em relação às diferentes normas incidentes sobre a atividade da comunicação, em face dos especiais interesses coletivos que essa atividade busca concretizar.

Assim, as conclusões parciais do capítulo anterior direcionam o estudo da concorrência no setor a partir da consideração de que há particularidades no que diz respeito à concorrência no setor da comunicação social, em especial pela expressa regra constitucional que veda os monopólios e os oligopólios no setor, no fato de que a assimetria de informações é potencializada, já que um dos bens que a atividade oferece a seus consumidores é justamente a informação, e de que não apenas o poder econômico das empresas do setor pode distorcer a livre concorrência, como também o poder econômico de anunciantes, patrocinadores e do poder público podem direcionar suas verbas publicitárias para aquelas empresas que satisfaçam seus interesses.

Por isso, os seguintes tópicos abordarão especificamente questões concorrenciais no setor da comunicação social, dividindo-se nas situações provocadas pelo poder econômico das empresas de comunicação social, relacionadas à obtenção e à manutenção de poder econômico e de condutas das empresas do setor, e nas situações provocadas pelas influências do poder econômico sobre a atividade.

4.1 Poder econômico das empresas de comunicação social

Como visto no ponto 2.2, o poder econômico, seu uso e sua obtenção lícita, relacionam-se com a atuação relativamente independente de empresas em seu setor de atividade econômica. Ele confere a quem o detém a capacidade de impor melhores condições negociais com fornecedores, determinar preços perante clientes e destacar-se em relação aos demais concorrentes do setor.

Em regra, o que a Constituição veda e determina a repressão é ao abuso do poder econômico, o qual se caracteriza quando empresas ou grupos de empresas atuam, empregando esta relativa independência que o poder econômico a eles confere, de modo a prejudicar consumidores, ou dificultar o comércio e a produção de bens¹. Também deve-se considerar como abusivo o emprego do poder econômico que cause expressiva lesão a interesse constitucionalmente protegido.

Por outro lado, como também estudado no item 2.2, há autores que veem com ressalvas a ilimitada possibilidade de obtenção de poder econômico por parte de grandes empresas, apontando prejuízos intrínsecos a essas operações, sendo a repressão unicamente ao abuso insuficiente. No caso da comunicação social, esta parece ter sido a opção do legislador constitucional, que se preocupou, também, com a obtenção do poder econômico ao vedar a monopolização e oligopolização no setor, sendo esta regra mais restritiva que a cláusula geral de livre concorrência².

Assim, estudar-se-á, primeiramente, as formas de obtenção do poder econômico no setor da comunicação social, para, após verificar as hipóteses de abuso de poder econômico e atos anticoncorrenciais praticados pelas empresas do setor.

4.1.1 A obtenção de poder econômico e a vedação constitucional de monopólios e oligopólios

Não são simples os processos pelos quais uma empresa passa a tomar parcelas do poder econômico para si, tampouco é unívoco o critério para caracterização. Segundo Calixto Salomão Filho “não basta observar uma grande participação percentual” naquele setor da economia, pois, neste caso, bastaria que houvesse produtos substitutos (elasticidade cruzada da demanda) e concorrentes aptos a entrar no mercado (elasticidade cruzada da oferta)³, no fenômeno já descrito neste trabalho como “concorrência monopolista”.

Primeiramente, pode-se citar o crescimento da empresa por seus méritos, conquistando clientela pela qualidade de seus produtos e otimizando custos de

¹ FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 78.

² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 70.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

produção para poder reinvestir na sua atividade. Neste caso, não há como o Estado intervir, sob pena de impedir a inovação no mercado e de agir de encontro justamente um dos principais objetivos da tutela da concorrência, que é a evolução dos bens oferecidos no mercado. Relaciona-se com essa modalidade o financiamento aos veículos de imprensa através dos anunciantes, o que será abordado no ponto 4.2.

Além dessa hipótese, pode-se enumerar quanto à obtenção de poder econômico no mercado, segundo Werter Faria:

a) aquisição e acervos de empresas e de cotas, ações, títulos ou direitos; 2) coalização, incorporação, fusão, integração e qualquer outra forma de concentração de empresas; 3) concentração de ações, títulos, cotas e direito em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas; 4) acumulação de direção, administração ou gerência de uma ou mais empresa.⁴

Em sentido semelhante, Maria Cristina Cereser Pezzella e Ricardo Antônio Lucas Camargo apontam a participação de uma empresa em outra, até o ponto da incorporação, a fusão, as *holdings* e a disciplina das sociedades coligadas e controladas como expedientes concentracionistas⁵.

Esses casos decorrem de negócios jurídicos entre empresas e envolvem a aquisição total ou de quotas de capital social ou a fusão de empresas. Caso as empresas envolvidas nas operações satisfaçam os requisitos constantes do art. 88, da Lei nº 12.529/11, incide o controle administrativo prévio e obrigatório de estruturas através do CADE. No âmbito do objeto deste estudo, também, devem ser levadas em consideração as normas constitucionais relacionadas à atividade da comunicação social, em especial a vedação aos monopólios e oligopólios, e os importantes objetivos a que a atividade busca concretizar, que demandam o pluralismo de pontos de vista.

No caso em que analisou a fusão entre as empresas *The Walt Disney Company (Brasil) LTDA* e *Twenty-first century Fox inc.*, a Superintendência-Geral do CADE, em seu parecer⁶, fez constar que a indústria do audiovisual possui

⁴ FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 158.

⁵ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Grupos de Facto na Sociedade da Informática. In: *Direito, governança e novas tecnologias*. Pp. 328-347. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 333.

⁶ BRASIL. *Parecer 11/2018/CGAA4/SGA1/SG*. Superintendente-geral Alexandre Cordeiro Macedo.

características que impõem que sua abordagem seja diferente da economia industrial, e elencou as seguintes características da indústria:

a) não-escassez: o produto não se esgota com o consumo, podendo ser revisto, revisitado, novamente ouvido pelo consumidor;

b) não-rivalidade: o consumo por uma pessoa do produto midiático não reduz a sua quantidade disponível para os demais;

c) rendimentos de escala crescentes: o valor é medido pelo conteúdo transmitido e não pelo suporte que o contém, por isso o retorno é sempre crescente à medida que aumenta o consumo. O ponto vale para a radiodifusão, para o acesso condicionado e publicações através da *internet*, sendo questionável em relação aos impressos;

d) custos fixos irrecuperáveis e custo marginal desprezível;

e) elevadas economias de escopo: particularmente relevante em grupos de comunicação, quando uma reportagem pode ser aproveitada em diferentes programas jornalísticos, por exemplo⁷;

f) mercado de produto dual: as empresas oferecem aos consumidores programas e conteúdo, os quais conformam a sua audiência. Essa audiência, por sua vez, é oferecida para anunciantes;

g) preço definido pela demanda: consequência do fato de que os custos fixos são grandes e o custo marginal tendente a zero. Entretanto, não se pode aplicar essa característica àqueles meios de comunicação que a lei impõe sejam gratuitos.

Além dessas características do mercado, as concentrações devem, segundo o parecer, ser vistas de forma diferente do que aquela referente à abordagem da economia industrial. Considerou-se frágil o argumento de que a concentração no setor gera eficiências ao consumidor que superariam os prejuízos, pois a própria pluralidade de oferta, além da diversidade e da qualidade, são desejos dos consumidores do setor. No que diz respeito às concentrações verticais e diagonais, da mesma forma, deveriam ser considerados os efeitos sobre a pluralidade.

Diante disso, pode-se ver que o parecer analisa o ato de concentração no setor da comunicação à luz dos requisitos constantes do § 6º, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, em especial os alegados pela empresa consistentes na melhora da

Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014.

⁷ Sobre este ponto, ver, também: PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Grupos de Facto na Sociedade da Informática. In: *Direito, governança e novas tecnologias*. Pp. 328-347. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 342.

qualidade de bens ou serviços e repasse aos consumidores dos benefícios decorrentes. Verificou, então, que não há que se falar em qualidade do serviço e de bem-estar do consumidor, no setor, sem falar em pluralidade e diversidade, mesmo nos setores “menos regulados” do acesso condicionado e da mídia impressa e digital.

Assim, não há que se falar em possibilidade de concorrência monopolista no setor, pois o que interessa não são tanto os preços que serão praticados aos consumidores, já que muitas vezes não é cobrado qualquer valor, mas sim a pluralidade de atores atuantes no mercado relevante, que, se não garantirá por si só, conformará um mercado mais consentâneo com os objetivos de pluralidade previstos na Constituição.

As conclusões se coadunam com as normas e os objetivos constitucionais relacionados à atividade trabalhadas no capítulo anterior, entretanto deveria ter sido levado em consideração, também, a possibilidade de a operação implicar na oligopolização e monopolização no setor e nos mercados relevantes. Assim, certifica-se que deve haver, na análise de estruturas em que são requerentes empresas de comunicação, a consideração de consequências na pluralidade, o que não se aplica, necessariamente, em outros setores da atividade econômica, como visto no capítulo 2, em que a concentração pode, até mesmo, ser desejada ou incentivada.

Outro fator considerado nas análises tradicionais de atos de concentração e que merece uma abordagem diferente no caso da comunicação social é a substitutibilidade da demanda e da oferta, ou se é verificável falha de mobilidade no setor. Na primeira, o produto oferecido pelas empresas que passam pelo processo de concentração seria substituível por outro semelhante para o consumidor. Neste caso, devem ser considerados os custos de substituição, que não são apenas financeiros, mas também de comportamento e de estilo de vida. Já a substitutibilidade pela oferta se relaciona com o plano dos produtores e devem ser analisadas as barreiras à entrada de novas empresas no ramo empresarial⁸.

Ao contrário do que o senso comum poderia informar, na atividade de comunicação tanto não há grande substitutibilidade pela demanda, como as barreiras à entrada implicam em uma baixa substitutibilidade pela oferta. Já na

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 97-101.

década de 1950, Giuseppe Cuomo percebia que o alcance dos jornais independentes, de partidos e de sindicatos é circunscrito aos respectivos aderentes⁹. Isso significa dizer que, diante de uma concentração no setor jornalístico, por exemplo, não se poderá considerar que os consumidores passarão a se informar pela mídia independente, ou que esta concorre com a empresa jornalística, pois o escopo das atividades é diferente, bem como o seu alcance e os costumes do público de consumir os jornais comerciais.

O mesmo raciocínio poderia se aplicar, mais atualmente, em relação a alegações de que a concorrência potencial entre estações de rádio e *podcasts* independentes, ou empresas de radiodifusão de sons e imagens e produtores de conteúdo disponibilizado em *streaming*. Não há, propriamente e comprovadamente, uma substitutibilidade entre esses setores, pois os públicos que o consomem são diferentes, em momentos e com objetivos diferentes.

Ben H. Bagdikian elenca argumentos para a “sobrevivência” dos veículos de comunicação impressos, como os jornais diários e revistas, argumentando a possibilidade de tratar os assuntos de forma mais aprofundada, com textos longos, a praticidade com que o leitor transita dentre os assuntos, o que é uma questão de costume do consumidor, a regionalização dos jornais e a possibilidade de tratar de nichos de gostos do consumidor no caso das revistas¹⁰. Exigir a mudança de hábitos para esses consumidores, para que passassem a consumir apenas pela internet, representaria custos de substituição que, em certa medida, não são superáveis.

Os custos de substituição, para os consumidores, são subjetivos e consistem em uma mudança de hábitos que, via de regra, não se verificam na prática, na mesma forma do exemplo usado por Calixto Salomão Filho:

Assim, por exemplo, a Suprema Corte americana considerou as verduras vendidas em supermercados como um mercado separado das verduras vendidas em armazéns, empórios, ou, mesmo, comerciantes exclusivos de verduras. Os custos de substituição, no caso, eram subjetivos e consistiam no fato de que só os supermercados respondem pelas necessidades periódicas genéricas dos consumidores. A maioria dos consumidores de supermercado é constituída por pessoas que devem fazer suas compras conjuntamente, não tendo tempo nem interesse em comprar cada um dos itens de necessidade imediata através de comerciantes

⁹ CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 130.

¹⁰BAGDIKIAN, Ben H. *The new media monopoly*. Boston: Beacon press, 2004, p. 118-124.

especializados. Os custos de substituição do produto (verduras vendidas em supermercados) são, portanto, excessivamente elevados para esses consumidores (consistindo em tempo perdido de trabalho ou lazer).¹¹

No plano da oferta, a análise do ato de concentração no setor de comunicação social deve considerar que o ingresso de novas empresas não é fácil de ocorrer. O capítulo 3 deste trabalho ocupou-se em extensa medida a analisar a regulamentação do setor de comunicação social, o que já representa uma barreira legal à entrada. Na atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens, há que se ter uma concessão, ou permissão, dificultando sobremaneira o procedimento para ingresso no mercado, bem como cumprir todas as regras referentes à diversidade do conteúdo.

Veja-se que tal afirmação não constitui uma crítica ao mérito dessas regras, em especial a necessidade de concessão e permissão, já que a transmissão do sinal se dá por meio de bem público escasso. Além disso, deve-se garantir a conformidade com a coesão social e com o caráter existencial da atividade, por ser serviço público. Contudo, em um trabalho de direito concorrencial, tais características devem ser consideradas como barreiras à entrada, já que a possibilidade não se dá com a mesma facilidade do que em atividades econômicas em sentido estrito.

No serviço de acesso condicionado, embora tenha-se apontado as diversas regras referentes ao conteúdo nacional e independente como possibilidade de facilitar o ingresso de novos agentes econômicos e materialmente facilitar o acesso ao mercado de novos produtores, pelo estabelecimento de um espaço de não-concorrência com os grandes conglomerados multinacionais, há também barreiras à entrada consistentes no fato de que a empresa entrante deve, pelo menos, ter contrato com uma distribuidora ou empacotadora para que seu serviço seja acessível aos consumidores, no caso de programadoras, ou com uma programadora, no caso de produtores de conteúdo.

Nesse contexto, ocorreu também o processo descrito por Eula Dantas Taveira Cabral:

¹¹SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 97-98.

Outra realidade que não se deve ignorar no caso da concentração da mídia no Brasil, principalmente no Estado do Rio de Janeiro, é que os conglomerados brasileiros vêm buscando absorver o espaço das emissoras comunitárias. Pois, como sabem que elas têm grande credibilidade, tentam, através de lobbies políticos, evitar que se dêem permissões de funcionamento e, a partir de parâmetros tecnológicos, por um fim definitivo na existência dessas emissoras. Não é à toa que, no caso da digitalização das TVs por assinatura, os canais básicos e obrigatórios, como a TV comunitária, tenham sido ignorados pelos grupos de mídia (como não foram digitalizados, não estão disponíveis aos assinantes).¹²

Mesmo na mídia impressa e eletrônica há que se considerar a baixa substitutibilidade da oferta, tendo em vista a necessidade de aporte de grande quantidade de capital para iniciar o exercício da atividade¹³, o que, como dito acima, a própria Superintendência-Geral do CADE já reconheceu, no parecer citado, ao afirmar a existência de custos fixos de entrada e possibilidade de economia de escopo. Some-se a isso o interesse de grupos econômicos atuantes em outras áreas e, no caso brasileiro, de igrejas e associações, que buscam expandir suas atividades para o setor da comunicação social não necessariamente com o objetivo de obter lucro com esta atividade em específico, mas sim reforçar uma posição perante a sociedade¹⁴.

Tais grupos, tem capacidade de imobilizar capital e comprar os custosos equipamentos para produzir programas modernos e de qualidade, conquistando, assim, a clientela e dificultando ainda mais o ingresso de concorrentes regionais ou independentes. Especificamente quanto à televisão Eula Dantas Taveira Cabral observa que no Brasil “tem-se um modelo de exploração de emissoras de rádio e TV por grupos privados comandados por políticos, famílias e igrejas”¹⁵, acrescentando que no setor da radiodifusão “três conglomerados nacionais e cinco grupos regionais midiáticos atingem quase 100% do território brasileiro”¹⁶.

Pelos argumentos deste parágrafo, correta a conclusão de Ricardo Antonio Lucas Camargo quando afirma:

¹²CABRAL, Eula Dantas Taveira. Mídia no Brasil: Concentração das Comunicações e Telecomunicações. In: *Revista Eptic*, vol. 17, nº 3, pp. 16-28, set.-dez. 2015, ISSN 1518-2487, p. 23.

¹³CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 58.

¹⁴*Idem*. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 71.

¹⁵CABRAL. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁶*Ibidem*, p. 19.

Entretanto, a presença de pequenas e médias empresas, neste setor, vem a limitar-se a grupos sociais menores (e.g., os moradores de um bairro, os sócios de um clube, os indivíduos filiados a um sindicato etc.), sem que se possa falar em uma efetiva concorrência à atuação das grandes cadeias jornalísticas, viabilizadas por estruturas empresariais aptas à mobilização de grandes capitais e à realização de operações em alta velocidade.¹⁷

Ainda quanto à questão de barreiras à entrada, deve-se considerar a assimetria de informações, que no caso do jornalismo é intrínseca a atividade, sendo a informação o seu produto¹⁸. Como o que o consumidor busca na comunicação é, além do entretenimento, a informação, e o dever da empresa é de informá-lo, a confiança do consumidor na empresa, mais especificamente, na marca da empresa é crucial. Como visto no capítulo 2, a fidelidade à marca é um dos exemplos de barreiras à entrada.

Assim, não há como se acreditar que, na atividade de transmissão de informações jornalísticas, a substituição das empresas existentes com novas entrantes será simples, já que estas não possuem qualquer histórico que possa conferir a elas a necessária credibilidade para que sejam buscadas pelo público-alvo, que se manterá fiel as marcas conhecidas e nas quais confiam para obter a sua informação.

Contemporaneamente, o problema das notícias falsas faz parte do debate público mundial, em função dos prejuízos à democracia que seu emprego maciço vem ocasionando, inclusive empregando-se o termo inglês *fake news* para o fenômeno de forma ampla. O tema será novamente abordado quando da análise das práticas anticompetitivas (condutas), em face do emprego de medidas de manutenção de poder econômico ligadas a maior rentabilidade de manchetes absurdas e escandalosas. Neste ponto que aborda as estruturas, cabe conceituá-las como fatos criados com o objetivo de lucro ou outra vantagem e compartilhado de forma viral no ambiente digital¹⁹.

Nesse contexto de disseminação de *fake news*, o consumidor consciente

¹⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico da Comunicação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 145.

¹⁸ *Idem*. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 37.

¹⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. *Fake news: um desafio ao antitruste?* In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (org.). *Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 145-168. São Paulo: Singular, 2019, p. 148. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Grupos de Facto na Sociedade da Informática. In: *Direito, governança e novas tecnologias*. Pp. 328-347. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 342.

buscará na credibilidade dos veículos de comunicação que já conhece o produto que almeja: informação de qualidade. Já o entrante, enquanto não conquistar reputação no mercado para sua marca, não conseguirá competir com as empresas estabelecidas, pois poderá, até mesmo, ser confundido com disseminadores de notícias propositalmente falsas.

A necessidade de se conquistar certo grau de credibilidade perante os consumidores antes da empresa entrante no mercado conseguir concorrer com igualdade de condições com as empresas já estabelecidas denota a baixa “elasticidade cruzada” no setor, que ocorre quando o consumidor, por algum motivo, “despreza o outro bem que lhe traria utilidade semelhante”²⁰. Neste caso, o motivo é a credibilidade conferida por este consumidor a empresa com que presta fidelidade. A baixa elasticidade cruzada também ocorre, no setor, pela pouca importância do fator “preço” para o consumidor²¹.

Outra questão estrutural relevante no debate da concorrência é a chamada “propriedade cruzada” dos meios de comunicação. Ela consiste na possibilidade de uma mesma empresa explorar serviço de radiodifusão sonora e também de sons e imagens, em uma mesma área territorial, sendo vedado, apenas, pelo art. 14, § 3º, do Decreto 52.795/63 a delegação de um mesmo tipo de serviço para a mesma entidade ou pessoas que integrem quadro societário e diretivo²². Ocorre que, como se verá no ponto seguinte, que abordará as condutas, essa vedação é facilmente contornável pelos grupos factualmente (e não de direito) constituídos.

Mesmo sem proibição expressa, contudo, em um procedimento que analisa ato de concentração empresarial no setor da comunicação social, a atuação das empresas e dos grupos societários submetidos ao exame em outros setores da comunicação deve ser levada em consideração, pois poderá ser evidência de oligopolização ou monopolização no mercado relevante regional em que ele atua, assim como de prejuízo à pluralidade pela redução do efetivo pluralismo de espaços²³. A determinação de adoção de remédios antitruste, como a venda de empresas subsidiárias, cessão de contratos ou abdicação de uso de marcas

²⁰FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 280.

²¹CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 59.

²²LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 310.

²³CAMARGO. *Op. cit.*, p. 60.

também é uma opção para minimizar os impactos da concentração, principalmente naqueles casos em que não é possível barrar o procedimento, como em que estão presentes os requisitos para se reconhecer a *failing firm defense*.

Portanto, quanto às preocupações concorrenciais estruturais que ocorrem na atividade de comunicação social pode-se verificar como o emprego de expedientes típicos do sistema da autonomia, em especial a liberdade de contratar, pode acabar afetando os próprios fundamentos do sistema, bem como os direitos individuais dos cidadãos, em especial os de se informar e de participar na formação da vontade estatal a partir da participação nos debates públicos. A obtenção de significativa parcela de poder econômico pelas empresas do setor acarreta grande dificuldade de entrada de novos concorrentes, devendo haver atuação da autoridade pública no resguardo da pluralidade de fontes de informação e na garantia de possibilidade de gozo dos direitos de livre iniciativa por empresas de menor capital, ou seja, de valores positivados na Constituição.

4.1.2 Conduas anticoncorrenciais no setor da comunicação social

Além das questões estruturais, há condutas especificamente praticadas no setor da comunicação social que merecem relevo na análise antitruste. Além dos ilícitos tradicionalmente identificados, passíveis de ocorrerem em qualquer atividade econômica, no setor objeto deste trabalho a atuação coordenada de diferentes empresas e o abuso do poder econômico podem ocorrer de diferentes maneiras.

Antes de ingressar especificamente, cabe rememorar a lição de Ricardo Antonio Lucas Camargo:

Mais uma vez, portanto, pode ser visto que a atividade dos meios de comunicação, embora não se reduza à dimensão econômica, não pode ser pensada idilicamente como se fosse apenas a manifestação do direito público de liberdade de expressão e do pensamento. Ela é, sim, manifestação típica do poder econômico e na sociedade atual não pode ser ignorada.²⁴

No mesmo sentido, Giuseppe Cuomo considera que, embora a edição de um periódico jornalístico seja, por um lado, o exercício de um direito público subjetivo e

²⁴CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 38.

assuma relevância política, por outro lado, o periódico em si é um produto comercial elaborado através de meios técnicos e financiamento pela empresa²⁵.

Assim, é evidente que as grandes empresas que atuam no setor buscarão aumentar seus lucros, seja os lucros das próprias empresas jornalísticas e de entretenimento, seja das empresas coligadas ou anunciantes, através da evidência de pautas que se relacionam com os interesses dessas demais empresas.

Considerando a especial importância que a assimetria de informações assume no setor da comunicação social, o poder econômico se expressará, dentre outras maneiras, pela possibilidade de se manejar a assimetria de acordo com os interesses da empresa, do conglomerado de mídia ou de seus financiadores. É nesse contexto que o conceito de “manipulação” assume importância.

A matéria-prima, em seu estado bruto, consistente nos dados da realidade que chegam aos espectadores mediados pelas empresas de mídia é, naturalmente, manipulado, seja na escolha das imagens, dos termos, do ângulo da narrativa, no exercício de sua liberdade de manifestação como visto no item anterior. Entretanto, se essa manipulação inerente à atividade econômica ocorre por empresa detentora de posição dominante e com objetivos de dominação dos mercados ou, no setor em comento, de formação unilateral da opinião pública, já se passa a poder abordar a situação sob o conceito de abuso de poder econômico, aqui mais relacionado com a carga pejorativa empregada quando se fala em manipulação²⁶.

Outras práticas previstas legalmente como anticoncorrenciais, no entanto, não ocorrem como nas demais atividades econômicas. O aumento arbitrário de lucros, em que uma empresa em situação de monopólio aumenta o preço cobrado por seus produtos, dos quais os consumidores necessitam e não podem substituir por similares, não é observável dessa forma na comunicação social. Isso porque o acesso a muitos dos “produtos” das empresas de comunicação social se dá de forma gratuita, ou, naqueles onerosos, não se pode aumentar demasiadamente o preço cobrado, pois a consequência seria, logicamente, o não consumo pelos destinatários, por se tratar de bem não essencial para a sobrevivência, bem como sempre substituíveis pelos serviços públicos gratuitos de radiodifusão sonora e de

²⁵CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 134.

²⁶CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 42.

sons e imagens²⁷.

Entretanto, pode ocorrer a cobrança de preços discriminatórios para espaços de publicidade²⁸, favorecendo empresas do mesmo grupo econômico da empresa de comunicação, ou excluindo anunciantes, o que pode ocasionar o seu não acesso ao público consumidor. Essa conduta pode ser classificada como infração à ordem econômica consistente na limitação do acesso de novas empresas ao mercado (art. 36, § 3º, III, da Lei nº 12.529/2011), discriminação por fixação diferenciada de preços (art. 36, § 3º, X, da Lei nº 12.529/2011) e recusa a prestar serviço dentro das condições normais de mercado (art. 36, § 3º, XI, da Lei nº 12.529/2011).

A concessão de exclusividade de publicidade em meios de comunicação de massa também é elencada dentre o rol exemplificativo do § 3º, do art. 36, da Lei nº 12.529/2011 como infração à ordem econômica. Essas infrações assumem especial relevância no caso de grandes empresas de comunicação social atuando para beneficiar um anunciante em específico ou então no caso em que há no grupo econômico da empresa de comunicação concorrentes de quem alega ter sido lesado pelas práticas elencadas.

Já no que diz respeito a conglomerados de mídia atuantes em diferentes setores, como o dos jornais, internet, radiodifusão e acesso condicionado, o que é possível no fenômeno descrito no item anterior como propriedade cruzada, pode-se vislumbrar a prática de abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados pela interpromoção de um veículo por outro²⁹, silenciando os demais veículos, ou, até mesmo, seus financiadores.

As empresas multimídia, ou seja, que possuem uma diversidade de veículos, obtêm economia de escala a partir da possibilidade de reutilização e conversão para uso nas suas diversas mídias, enquanto, por exemplo, um jornal ou *site* de notícias não podem reciclar o seu material³⁰. Além disso, podem usar um veículo para promover outro, como usando o jornal para comentar a telenovela e os filmes do conglomerado.

Através de diversos tipos de contrato, e não apenas a partir do controle

²⁷Neste caso é possível falar em substitutibilidade, pois os custos para o consumidor permanecer fiel ao antigo produto superariam os custos de substituição, ou seja, o inconveniente de se trocar uma forma de consumir comunicação social por outra.

²⁸CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 59.

²⁹*Ibidem*, p. 61.

³⁰BAGDIKIAN, Ben H. *The new media monopoly*. Boston: Beacon press, 2004, p. 115.

societário ou coligação de empresas, pode-se haver a aquisição de poder econômico por empresas de comunicação. Isso ocorre quando a relação é tão umbilical de modo a não mais se considerar os diversos agentes como entidades apartadas, mas como verdadeiros grupos econômicos de fato. Esses grupos podem formar uma unidade de comando que conforma a mensagem a ser transmitida para o público e ela pode advir dos financiadores, ou seja, empresas que atuam em outros ramos da economia e financiam a atividade de comunicação a partir da compra de espaço publicitário³¹, na relação entre a empresa geradora de conteúdo, a transmissora e as repetidoras regionais na atividade televisiva³², ou então entre as agências de notícias e os compradores das informações por elas averiguadas³³.

Segundo Pedro Aguiar, diferentemente de outros países onde agências de notícias geram “no atacado” conteúdo jornalístico bruto para vender para compradores diversos, no Brasil, as agências de notícias são submetidas a grandes grupos de imprensa e servem para circular mais facilmente as notícias entre os diferentes veículos do grupo e revendem partes do conteúdo para outras empresas³⁴.

Essa característica das agências de notícias brasileiras reforça o poder econômico dos conglomerados de mídia brasileiros a partir do fenômeno da integração vertical³⁵ da produção e facilita a ocorrência de condutas anticoncorrenciais, já que as agências pertencentes a *holdings* que detêm, também, veículos de imprensa buscarão negociar o conteúdo de forma a não ameaçar a posição no mercado de suas outras empresas.

Além dos problemas referentes à possibilidade de manipulação decorrente da concentração das fontes de produção de conteúdo jornalístico, o mesmo processo tem como consequência a redução de postos de trabalho nas redações³⁶, já que, internamente ao grupo ocorre a integração entre as rubricas dos diferentes periódicos, como “esportes”, “política”, “internacional”³⁷, com os jornalistas prestando

³¹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Grupos de Facto na Sociedade da Informática. In: *Direito, governança e novas tecnologias*. Pp. 328-347. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 341.

³² *Ibidem*, p. 335.

³³ AGUIAR, Pedro. Agências de Notícias Brasileiras e Conglomerados de Mídia: concentração, convergência e dependência. In: *XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*. Rio de Janeiro: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2015.

³⁴ *Ibidem*, p. 2.

³⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281.

³⁶ AGUIAR. *Op. cit.*, p. 7.

³⁷ CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale*

serviços nestes segmentos para os diferentes veículos do grupo, e externamente acaba sendo desnecessário o trabalho de outros jornalistas, já que o conteúdo já vem pronto das agências pertencentes aos conglomerados.

A necessidade de se ganhar em escala, reduzindo as redações independentes, reforça o poder das agências de notícias e, no caso brasileiro, dos conglomerados a que elas pertencem. A forma com que atuam essas agências deve ser, portanto, vista com atenção pelas autoridades antitruste, pois suas condutas podem caracterizar ilícitos concorrenciais como a discriminação de adquirentes, o aumento arbitrário de lucros e, até mesmo, a restrição de circulação de mercadorias, o que assume especial relevo neste caso, pois o bem a ser vendido é a informação.

Efeitos muito semelhantes à concentração econômica podem ser obtidos, além da produção padronizada de notícias pelas agências pertencentes aos grandes conglomerados, a partir das “redes contratuais” que coligam empresas regionais de radiodifusão de sons e imagens, as chamadas afiliadas, com uma “cabeça de rede”, criando uma rede de distribuição para o conteúdo gerado pela empresa de abrangência nacional e eliminando qualquer possibilidade de concorrência entre as empresas regionais e a produtora do conteúdo³⁸.

Esses fenômenos das redes de contratos e das agências de notícias pertencentes a conglomerados também reforçam o poder econômico dos grandes grupos de comunicação no que diz respeito à possibilidade de abuso de poder econômico pela “manipulação”. Como a diversidade de veículos de imprensa implica apenas numa aparente pluralidade, pois a geração do conteúdo se dá no âmbito das agências pertencentes aos conglomerados, o poder de determinar o conteúdo, a abordagem e o recorte dos fatos por parte das grandes empresas de comunicação que concentram veículos de imprensa e agências de notícias é aumentado de forma exponencial.

Trata-se, aqui, de situação que mistura o controle de condutas com o de estruturas, já que a adoção de uma agência de notícias interna ao conglomerado é uma prática que somente é possibilitada após o expediente concentracionista que reúne diferentes veículos sob um conglomerado. Os efeitos, contudo, tanto da prática como das estruturas, sobre o mercado de trabalho não podem ser

italiano. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 112.

³⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico da Comunicação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 145.

desprezados³⁹, em face da expressa disposição constitucional que coloca a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica brasileira.

Podem se ver, portanto, as possibilidades de se contornar, a partir de práticas de mercado, a vedação à monopolização e oligopolização no setor, verificando-se a concentração do poder econômico nos grandes conglomerados de mídia não apenas pela fusão e aquisição de outras empresas, mas pela formação de redes de contrato em que elas são produtoras e distribuidoras de conteúdo, ou concedentes de programação para repetidoras. Há de se concordar, portanto, com as críticas de Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

Na prática, não há qualquer vedação [quanto à delegação de mais de um serviço de radiodifusão na mesma localidade], principalmente em se tratando de canais de televisão, pois as redes de televisão contam, cada uma, com dezenas de afiliadas para transmitir as suas programações, como alternativas aos limites impostos. Conforme se verifica, poucos são os limites e facilmente contornáveis por brechas legais, fazendo com que a norma constitucional impeditiva de oligopólios e monopólios nesta área seja praticamente letra morta.⁴⁰

As brechas legais referidas pela autora são as práticas – condutas – descritas nos parágrafos anteriores e que ocorrem não apenas na radiodifusão, como nos demais setores da atividade econômica de comunicação. Mostra-se, assim, particularidades no que diz respeito a condutas no setor, determinando-se que a análise antitruste leve em consideração a pluralidade de vozes, as redes de contratos comuns na atividade e o poder econômico consistente na capacidade de manipulação e de exclusão de anunciantes.

Também, deve-se considerar que, diante das diversas formas de possíveis condutas anticompetitivas e do grande poder econômico dos conglomerados de mídia no Brasil, que exercem esse poder também através de suas agências e das redes de contratos, as pequenas empresas de comunicação social poderiam atuar conjuntamente de forma a buscar compensar a disparidade de capacidade negocial. Veja-se que nem sempre uma pequena empresa de comunicação será concorrente do grande conglomerado, mas também poderá ser contratante, como no caso de

³⁹CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico da Comunicação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 42.

⁴⁰LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 310.

aquisição de material jornalístico das agências, o que reforça a necessidade de se prevenir contra o abuso de poder econômico a partir das práticas que almejam adquirir certo poder compensatório.

Nos próximos itens se abordará a influência do poder econômico, em geral, sobre o setor, tratado no final do capítulo anterior como “poder econômico sobre o setor da comunicação”. Trata-se, também, de outra característica do setor que o difere dos demais e possibilita a distorção da concorrência de méritos por agentes externos.

4.2. Poder econômico sobre a atividade desenvolvida pelas empresas de comunicação social

Neste ponto, tratar-se á da influência e da possibilidade de distorção da concorrência no setor da comunicação social pela atuação do poder econômico oriundo de outras origens, nomeadamente pelo financiamento privado da atividade, pela publicidade estatal e pela atuação de empresas de tecnologia que criam novos ambientes onde as empresas de comunicação passam a desenvolver a sua atividade, antes realizada diretamente na arena pública ou em pedaços do espectro eletromagnético.

4.2.1 Distorção da concorrência de méritos pela influência do poder econômico privado sobre a atividade econômica da comunicação social

É lugar-comum no estudo do direito da concorrência a afirmação de que o crescimento e a obtenção de poder econômico e posição dominante pelos méritos próprios das empresas não deve ser combatido. Pelo contrário, ela significa que a empresa trouxe inovações, preços baixos e eficiências ao mercado relevante em que atua e que, por isso, deve ser recompensada. O interesse no aumento das posses e a perspicácia nos negócios são parte do espírito do capitalismo⁴¹.

Contudo, especificamente quando se fala em comunicação social, as relações das empresas deste setor com outras, atuantes nas mais variadas atividades econômicas, e também com o Estado ou com os governos de ocasião (mais

⁴¹WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, *E-book*, posição 66,3.

claramente dizendo: com quem controla o orçamento público) e, no caso brasileiro, com igrejas, podem acarretar distorções nesse processo legítimo de obtenção de poder econômico e posição relevante de mercado pelo ingresso maciço de dinheiro de patrocinadores e financiadores não necessariamente correspondendo com o oferecimento de serviços de qualidade.

Os itens anteriores demonstraram as dinâmicas do poder econômico dentro do setor da comunicação social, que dificultam o ingresso de novos concorrentes e formam redes de contrato para escapar à proibição constitucional de oligopólios e monopólios, bem como para formar de diferentes maneiras propriedades cruzadas, familiares e conglomerados de mídia. Neste item e no subsequente buscará se mostrar que, no setor da comunicação, o crescimento da empresa e de suas receitas nem sempre é decorrente de uma adesão dos consumidores pela qualidade dos serviços oferecidos, mas pode ser conquistado com o reforço do poder econômico de outros agentes que buscam ter suas opiniões e interesses propagados pela empresa atuante no setor midiático.

Giuseppe Cuomo relaciona o aumento do número de leitores no início do Século XX, juntamente com a propagação do sufrágio universal em semelhante período histórico, ao aumento do público leitor de jornais e periódicos. Com isso, se dá início, também, à intervenção do capital privado nos meios de comunicação de massa através da propaganda e da publicidade⁴².

Após um primeiro momento de investimentos em publicidade e propaganda nos grandes jornais, ainda segundo Cuomo, os maiores jornais da Itália passaram a ser adquiridos por grupos financeiros e industriais, passando a exprimir com mais frequência opiniões sobre questões econômicas e sociais: “os grupos industriais e financeiros que procuraram atuar no controle da imprensa periódica justificavam essa intervenção alegando querer combater um perigo comunista”⁴³.

Assim se vê que os interesses ideológicos das grandes empresas passaram a ser determinantes na escolha do investimento seja dos anunciantes seja dos compradores sobre os veículos de imprensa, sobrepondo-se, inclusive, a um juízo de qualidade sobre os produtos e a programação oferecida. Notícias atuais, como a

⁴²CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 48.

⁴³No original: “I gruppi industriali e finanziari che tentavano di attuare il controllo della stampa periodica, giustificavano questo loro intervento asserendo di voler combattere un pericolo comunista”. *Ibidem*, p. 61, nota de pé-de-página 39.

da venda da Revista “Exame” para o banco BTG⁴⁴, dão conta que o fenômeno observado por Cuomo permanece ocorrendo na atualidade.

No Brasil, ao lado dos grandes grupos econômicos e financeiros, as igrejas atuam de forma decisiva para buscar transmitir as suas mensagens através da mídia de massa, realizando pesados investimentos para ingressar nesse mercado. Essa relação não é recente, podendo ser identificados programas religiosos no rádio desde a década de 1940⁴⁵ e na televisão desde 1962⁴⁶.

A participação das igrejas nos meios de comunicação, em especial nos serviços públicos de radiodifusão, ocorre de duas formas. A partir da compra de espaço nas emissoras para transmissão de cultos, missas e mensagens dos seus sacerdotes, o que apenas não ocorre na Rede Globo e no SBT, ou a partir da propriedade da concessionária, caso da TV Record e da Rede Vida⁴⁷.

A locação de espaço publicitário pelas igrejas na radiodifusão é tão significativa que demandou o ajuizamento de uma ação pelo Ministério Público Federal contra o arrendamento de espaço da programação, que chega a ocupar, em alguns casos, metade da programação, em detrimento do limite de vinte e cinco por cento que pode ser destinado à publicidade⁴⁸. A situação desnatura o objetivo da concessão do serviço público, que tem objetivos constitucional e legalmente determinados, como visto no capítulo anterior. Ao realizar o proselitismo religioso em favor do culto que o financia, em detrimento do espaço para todos os demais, não se pode considerar, outra coisa, se não uma forma de “locação” do espaço conquistado no bem público do espectro eletromagnético pela concessão e uma deturpação dos objetivos do serviço público.

O objetivo do investimento dos cultos religiosos na comunicação não difere sobremaneira daquele das grandes empresas privadas. Enquanto estas buscam arregimentar e fidelizar mais clientes, aquelas tentam arrebatá-los e propagar

⁴⁴EM RECUPERAÇÃO judicial, Abril vende Exame para o BTG por R\$ 72,3 milhões. *Revista Consultor Jurídico*, 5 dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/recuperacao-judicial-abril-vende-revista-exame-btg>>. Acesso em 19 dez. 2019.

⁴⁵MORAES, Gerson Leite de. Mídia e religião: uma relação estreita. In: *10º Encontro Nacional da História da Mídia*. ISSN 2175-6945. Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 9.

⁴⁶*Ibidem*, p. 14.

⁴⁷BARROS, Bruno Mello Corrêa de. As igrejas e os meios de comunicação: uma análise jurídica da convergência entre mídia e fé. In: *XI Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014, p. 12 e 15.

⁴⁸MPF diz que arrendamento de rádio e TV é ilegal. *Observatório do direito à comunicação*. 06 ago. 2014. Disponível em <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=27729>>. Acesso em 20 dez. 2019.

o seu credo. Entretanto, em face do seu grande poder econômico, que advém das vultuosas arrecadações e também da legião de fiéis, a sua influência sobre os meios de comunicação de sua propriedade e também sobre aqueles em que são os maiores financiadores acaba por conformar o conteúdo que será transmitido por essas empresas de mídia, que não poderá ser crítico a algumas das suas práticas, ser progressista em questão de costumes e dar espaço para os diversos outros cultos religiosos.

Nesses casos, as empresas de comunicação estão agindo no sentido de cumprir um papel de “instrumentalização do poder econômico dos demais agentes”⁴⁹. Assim, além de da possibilidade de ilícitos concorrenciais em relação a suas concorrentes, elas podem servir como o meio pelo qual outras empresas cometem abuso de poder econômico, seja alijando do mercado concorrentes ou praticando a publicidade enganosa.

Se no campo concorrencial as consequências podem ser graves como as mencionadas acima, na seara da política democrática verifica-se a possibilidade de limitação do debate às posições que agradem o poder econômico privado. Diante do conceito trabalhado de manipulação, assim como da possibilidade de a linguagem poder descrever um mesmo fato usando palavras que conotam pejorativamente ao público e, até mesmo, a partir do tom de voz dos apresentadores, deve-se concluir que a presença de grandes financiadores privados, a coligação da empresa de comunicação em grupos econômicos com companhias atuantes em outros ramos e a influência das igrejas será determinante na forma pela qual as notícias e o entretenimento chegarão ao público, na eleição sobre se um fato será noticiado como algo a ser celebrado ou comemorado, ou em qual a imagem que se fará de alguma pessoa pública.

Tal situação se não bem regulamentada e controlada afeta o direito à informação, que compreende o direito ao recebimento de uma informação verdadeira, ao direito de formação de opiniões mediante o debate plural de ideias e aos direitos de participação, que demandam espaço nas arenas públicas de debates. Além disso, afetam os pressupostos do sistema da autonomia, pois limitam a livre iniciativa dos agentes atuantes no setor, que terão a sua liberdade conformada pelos grandes grupos econômicos e pelas igrejas que os financiam, assim como os

⁴⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico da Comunicação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 152.

pesados investimentos de entrantes que são de propriedades de igrejas ou de bancos, como os exemplos concretos brasileiros trabalhados nos parágrafos anteriores, dificultam o acesso ao mercado de empresas exclusivamente dedicadas à comunicação e, por isso, em tese, com maior liberdade de atuação por não ter compromisso prévio com a defesa dos interesses de seus sócios.

A atuação estatal a partir das emissoras públicas e também estimulando emissoras comunitárias, dotadas de autofinanciamento e sem finalidade lucrativa, pode compensar as distorções causadas pelos detentores de grande parcela do poder econômico privado e representaria política concorrencial que não necessariamente emprega expedientes apenas repressivos.

4.2.2 Poder econômico público e a publicidade oficial

Os vultuosos montantes dispendidos por todas as esferas da administração pública, bem como suas entidades e empresas estatais também representam uma forma de influência do poder econômico sobre a atividade de comunicação. Nesse caso, contudo, se trata do poder econômico público, o qual, por se submeter às normas constitucionais disciplinadoras da atividade da administração pública, em especial os princípios da legalidade e da impessoalidade, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, ensejando uma análise individualizada em relação à influência do poder econômico privado, o qual tem o seu livre gozo tutelado pelo princípio da liberdade de iniciativa sendo, apenas, vedado o abuso.

Em outras palavras, tratando-se de disposição de verbas públicas, o seu uso, em si, é, ou, ao menos, deveria ser legalmente disciplinado, conformando em maior ou menor grau a atuação do administrador. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria encontra disciplina jurídica no § 1º, do art. 37 da Constituição:

Art. 37. § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Trata-se, como se pode depreender da leitura, de norma que prevê casos mais específicos de aplicação do princípio da impessoalidade, vedando o uso da verba pública para promoção pessoal de agentes políticos ou servidores públicos

sobre medidas implementadas pelo Estado que podem se relacionar com os deveres funcionais dessas pessoas⁵⁰. Dirige-se e preocupa-se muito mais com a não deturpação do processo político-eleitoral pelo poder econômico público do que com a liberdade de concorrência e a não distorção do mercado pela atuação de governantes em benefício a algumas empresas, sendo que a atuação do administrador em desconformidade com o mandamento constitucional atinente à publicidade estatal pode configurar improbidade administrativa⁵¹.

Já a Lei Federal nº 13.303, chamada de “Lei das Estatais”, determina no seu art. 28 que os contratos de publicidade deverão ser precedidos de licitação. Como se quisesse “reforçar” a norma, o art. 30, inc. II, da mesma lei veda expressamente a inexigibilidade de licitação para “serviços de publicidade e divulgação”. Os dispositivos legais visam a regulamentar a contratação de empresas de publicidade para a produção de peças e campanhas que serão, posteriormente, publicadas nos veículos de imprensa e a preocupação com a necessidade de licitação se dá pela facilidade com que esses contratos vinham sendo empregados para desvio de recursos públicos, superfaturamentos e outras formas de corrupção no âmbito da administração.

A lisura do processo eleitoral também é objeto de proteção na Lei das Estatais ao determinar, no § 2º, do art. 93, que as despesas com publicidade das empresas não poderão exceder a média dos gastos dos últimos três anos no ano de eleições para o ente público a que vinculada a empresa. Agir em desconformidade com a norma poderia representar a “compra” dos veículos de comunicação para atuarem de modo a passar uma boa imagem do governo corrente e, assim, o beneficiar eleitoralmente, ou então, pagar com verba pública da empresa estatal a propaganda do candidato a ser produzida pela mesma agência de publicidade contratada pela empresa, o que já seria objeto de sanção penal. Referida regra deveria ser ampliada para toda publicidade estatal, pois não apenas a verba publicitária das empresas estatais, como de toda administração pública direta e indireta, pode produzir as situações que ela visa a impedir.

Entretanto, a escolha do direcionamento da verba pública de publicidade, mesmo sem ser evitada dos vícios da corrupção e da promoção pessoal, também

⁵⁰MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 95.

⁵¹CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 114.

pode ocorrer com finalidades contrárias ao interesse público quando buscar atender os veículos que os governantes desejem privilegiar em virtude de preferências pessoais ou alinhamento político-ideológico. Verificada tal situação, se está diante de caso típico de desvio de finalidade, pois desatendidos os objetivos que levaram o poder público a investir na veiculação de peça publicitária, em nome de finalidade diversa.

Cristiano Aguilar Lopes, em parecer para a Consultoria Jurídica da Câmara dos Deputados⁵², menciona a Instrução Normativa nº 05/2011 da Secretaria de Comunicação da Presidência da República, que classifica em quatro tipos a publicidade oficial. O primeiro tipo é a publicidade de utilidade pública, que visa a alertar a população acerca dos serviços públicos e a estimular a tomar um comportamento desejado pelo interesse público, sendo o exemplo clássico a informação acerca de campanhas de vacinação.

O segundo tipo é a publicidade institucional, que tem como objetivo a divulgação de ações, metas e resultados de programas do governo, o que traz a sociedade ao debate das políticas públicas. A publicidade mercadológica é o terceiro tipo e diz respeito àquela empregada pelas empresas estatais que atuam no mercado no regime de concorrência com empresas privadas, visa, portanto, ao reforço da marca e à prospecção de clientela. Por fim, há a publicidade legal, que ocorre para atender a determinações de divulgação de balancetes, atas, editais e decisões, quando assim a legislação ordenar.

Assim, mesmo em situações em que empregada uma das quatro hipóteses de publicidade oficial, sem a promoção pessoal de agente político ou de servidor público relacionado ao ato divulgado, pode-se haver desvio de finalidade na determinação de que veículos de imprensa serão privilegiados com as verbas de locação ou compra de espaço publicitário.

Em que pese não haver regra específica para a destinação das verbas publicitárias, deve haver critérios claros, objetivos e pré-estabelecidos, para que sejam sindicáveis e oponíveis, bem como para que se verifique se a posterior aplicação dos recursos foi correta e conforme. A adequação jurídica dos critérios ocorre a partir dos princípios da impessoalidade, que veda a escolha de uma empresa de comunicação pela sua afinidade ideológica ou pessoal dos seus

⁵²LOPES, Cristiano Aguilar. *Normas para contratação de serviços de publicidade pelo poder executivo federal*. Brasília: Biblioteca digital da Câmara dos Deputados, 2011, p. 5-6.

gestores com os governantes investidos de cargo político, e da moralidade, que veda o desvio de finalidade e, com isso, proíbe que o investimento público em publicidade esteja maquiado de uma das quatro formas acima mas que na verdade se destine a outro propósito.

Um desses outros propósitos pode ser, justamente, o de interferir no mercado da comunicação, irrigando determinadas empresas com recursos públicos, para que possam investir ou distribuir lucros, em detrimento de outras que lutarão apenas pelo capital privado no seu financiamento.

Veja-se que aqui não se está tecendo críticas a iniciativas como as que determinaram o maior investimento em veículos independentes ou regionais, pois tal forma de destinar os recursos publicitários encontram abrigo constitucional no art. 170, inc. VII, da Constituição Federal, que prevê como princípio da ordem econômica brasileira a redução das desigualdades regionais e sociais. O que não pode, no entanto, ser aceito, é que dentro de cada segmento de mídia haja a diferenciação dos montantes investidos sem que haja uma fundamentação constitucionalmente compatível, sob pena de que o poder econômico público venha a apagar vozes dissonantes à “verdade oficial” pelo subfinanciamento de algumas empresas e o privilégio de outras.

No longo prazo, tal procedimento poderia implicar, ainda, na ausência de espaço para diferentes identidades, posições políticas e particularidades regionais do Brasil. Privilegiaria a criação de uma identidade nacional unitária e monolítica, em detrimento à pluralidade, que é constitucionalmente protegida, a qual só pode ser atingida pela multiplicidade de espaços privados e públicos, estes trabalhando de forma a compensar possíveis invisibilizações pela iniciativa privada daqueles assuntos que não representam suficiente lucratividade.

4.2.3 Novas tecnologias, algoritmos e concorrência no setor da comunicação social

O poder econômico das empresas de tecnologia também pode influenciar a atividade das empresas de comunicação social, mesmo que não sejam suas anunciantes, financiadoras, coligadas ou controladoras. Isso porque, hoje em dia, grande parte do conteúdo é divulgado através – por vezes até mesmo publicado em – espaços criados pelas empresas de tecnologia, como redes sociais e de hospedagem de vídeos.

Para Ben H. Bagdikian a *internet* não serve, por si só, ao conceito tradicional de mídia de massa, por não haver um controle centralizado decidindo o que deve ser disseminado ao público, como existiria nas figuras dos diretores⁵³ das grandes empresas jornalísticas, bem como porque ela tem diversos usos individualísticos. O que ocorre, para o autor, é uma mudança na forma de transmissão de informações e pode agir tanto como um competidor, quanto como um adjunto à mídia tradicional⁵⁴.

A ausência de um controle centralizado, contudo, não impede a influência do fator poder econômico na disseminação de conteúdo através da *internet*. Isso porque as pessoas e organizações exercem o seu direito fundamental de liberdade de expressão e informação através de páginas que são administradas por empresas privadas, como as redes sociais, as páginas de hospedagem de vídeos e *blogs* e os portais de *streaming* e dependem deles para que suas produções permaneçam disponíveis para potenciais espectadores e sejam facilmente encontráveis.

Ilustrativo desse fenômeno é o fato de que a empresa de tecnologia *Facebook*, proprietária de redes sociais e de aplicativo de troca de mensagens, se viu pressionada a lidar com a disseminação de notícias falsas, mesmo que não produza qualquer conteúdo⁵⁵.

A situação contrasta com as expectativas nos anos do começo da maior difusão do uso da *internet* entre as pessoas. Segundo Manuel Castells havia duas tendências na década de 1990. A primeira, representada pelo pioneirismo de pessoas preocupadas com a difusão do conhecimento e de *softwares* abertos, baseadas em princípios de igualdade e de colaboração. Como exemplos dessa vertente colaboracionista e democrática são as “*wikis*”, páginas que transmitem informações que podem ser acessadas e editadas por qualquer usuário, multiplicando de forma exponencial a difusão do conhecimento em forma de rede. Entre elas estão a *Wikipédia* (enciclopédia), *WikiWikiWeb* (programação e desenvolvimento de *software*), *Wikihow* (manual de aprendizagem) e *Wikileaks* (vazamento de documentos sigilosos).

⁵³Aqui compreendido como aquele que coordena a atividade e mantém o periódico fiel ao escopo e ao programa definido pelo proprietário da empresa jornalística. CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordenamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 110.

⁵⁴BAGDIKIAN, Ben H. *The new media monopoly*. Boston: Beacon press, 2004, p. 56.

⁵⁵LEVIN, Sam. Facebook promised to tackle fake news. But the evidence shows it's not working. *The Guardian*, Londres, 16 mai. 2017. Disponível em <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/16/facebook-fake-news-tools-not-working>>. Acesso em 03 jan. 2019.

Por outro lado, também já surgia a segunda tendência, consistente na excessiva comercialização da rede. Esta, atualmente, pode-se perceber pelos oligopólios, quiçá monopólios, de *sites* de busca e de redes sociais, cujos algoritmos de funcionamento e formas de tratamento de dados podem representar um risco, inclusive a direitos fundamentais, a partir do momento em que se passa a ter a classificação de indivíduos conforme sua atividade na rede⁵⁶ e, conseqüentemente, o tratamento injustificadamente diferenciado.

Ainda no que diz respeito à comercialização, atualmente nas redes sociais é possível “patrocinar” as suas próprias postagens, para que elas apareçam com mais frequência para os demais usuários, bem como nos *sites* de busca há mecanismos de preferência nos resultados para aqueles que pagam por esse benefício. Com isso, reforça-se o alcance das empresas que já detêm o poder econômico, bem como a necessidade de pesados investimentos para a atuação no mercado da comunicação.

Nesses contextos, a neutralidade de rede prevista no ordenamento jurídico brasileiro não tem aplicabilidade, pois esse tratamento diferenciado tratado nos parágrafos anteriores não se dá no âmbito da transmissão, comutação e roteamento de dados, mas sim na hospedagem de conteúdo de terceiros em plataformas da *internet*.

Para fins de Direito Econômico deve-se ter em conta que se trata de uma empresa permitindo que outras usem o espaço virtual por ela criado para desenvolverem suas atividades econômicas, com as regras e termos de uso impostos pela primeira empresa. Implica, casuisticamente, tanto uma diferença de poder econômico relativo, ou seja, uma situação de dependência, quanto significativo poder na mão de alguns agentes econômicos quando observada a situação como um todo. Poder, aqui, no conceito trabalhado, de capacidade de atuar de forma relativamente independente, determinando as condições sob as quais as atividades de seus “clientes” – para o caso, empresas de comunicação social – poderão desempenhar suas atividades quando utilizando as plataformas por elas criadas.

No que diz respeito a atitudes das empresas de tecnologia que venham a cercear a liberdade de expressão de uma empresa em específico ou um usuário que

⁵⁶LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Policiamento preditivo, discriminação algorítmica e racismo: potencialidades e reflexos no Brasil. *In: VI Simpósio internacional LAVITS 2019*. Salvador: LAVITS, 2019, p. 10. Disponível em: <<http://lavits.org/wp-content/uploads/2019/12/Lucena-2019-LAVITSS.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

seja produtor de conteúdo jornalístico ou cultural independente, fazendo com que sua mensagem seja mais dificilmente acessível pelo público, a situação pode ser considerada abuso de poder econômico relativo, ou então abuso de posição dominante decorrente da dependência econômica, e, conseqüentemente, violação à boa-fé contratual.

O abuso de poder econômico relativo é expressamente previsto por diversos ordenamentos jurídicos. em suas legislações antitruste⁵⁷. Como exemplo, cita-se o direito alemão, na Lei Contra a Limitação da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), no seu parágrafo 20, define como aplicáveis às condutas de empresas poder de mercado relativo (direito contratual) determinadas proibições originalmente aplicáveis às empresas em posição dominante de mercado (direito concorrencial), previstas no parágrafo 19.

Com efeito, o inciso (1) do § 20 determina que a vedação de tratamento diferenciado a uma empresa em relação a outras, sem justificativa, ou de impedir, direta ou indiretamente, outra empresa de maneira injusta, também se aplica quando quem sofre as conseqüências de tais condutas são empresas pequenas ou médias que atuam como fornecedores ou compradores de bens ou serviços a empresas ou associação de empresas das quais depende, caracterizando a dependência a inexistência de possibilidades suficientes e razoáveis de trocar para outras empresas a venda de seus produtos ou a prestação de seus serviços⁵⁸.

Já o inciso (2) determina que existe abuso quando uma empresa exige vantagens sem justificativa objetiva de uma empresa que dela dependa⁵⁹.

No direito brasileiro, em que pese a inexistência da previsão do ilícito do abuso do poder econômico relativo, o art. 187 do Código Civil define que “também

⁵⁷PUGLIESI, Adriana Valéria. O Abuso da Dependência Econômica. In: *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*: vol. 7/2018, Jan – Mar / 2018, DTR\2018\10395.

⁵⁸No original: “§ 20. (1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht)”. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/_20.html>. Acesso em 21.09.2018.

⁵⁹No original: “§ 20(2) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen.” “§ 19. (2) 5. andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.”. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/_20.html>. Acesso em 21.09.2018.

comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Há, portanto, que se observar a boa-fé e os fins econômicos e sociais.

Judith Martins Costa entende que a boa-fé tem três funções no direito privado: a de cânone hermenêutico interpretativo, a de criação de deveres jurídicos e a de limitação do exercício de direitos subjetivos⁶⁰. Pelo menos as duas últimas funções se aplicam para o caso do exercício do poder econômico relativo.

Os deveres a que autora se refere são aqueles acessórios de conduta, de proteção ou de tutela, envolvendo a segurança, a colaboração, a informação e a prestação de contas, por exemplo. Por evidente que tais deveres são obrigatórios, pela cláusula da boa-fé, a todos os contratantes, mas o são em especial no caso em que há dependência econômica e diferença de poder econômico relativo.

Quanto aos fins sociais e econômicos, cabe uma breve digressão. O abuso da posição jurídica dominante em uma determinada relação contratual pode acarretar consequências que interessam ao direito concorrencial e ao direito contratual, dependendo de quem sofre as consequências e da extensão das empresas lesada e praticante do ato.

Para os atos que a empresa de tecnologia assume prática discriminatória não de forma pontual e em relação a algumas empresas de comunicação, caso em que possível a discussão acerca do abuso do poder econômico relativo, mas a realiza de forma global, observando-se os critérios que impedem o acesso à igualdade de condições entre diferentes contratantes de serviço, o direito concorrencial passa a ter incidência e o intérprete deve analisar se a atitude se amolda às condutas ilícitas previstas na Lei nº 12.529/2011, em especial as exemplificadas no rol do § 3º do art. 36, bem como se há a possibilidade de produzir os efeitos do *caput*.

Como visto no capítulo 2, as normas de Direito Econômico e, em especial, as concorrenciais devem ser dotadas de mobilidade e flexibilidade, já que as condições sob as quais as atividades econômicas se desenvolvem se alteram rapidamente. O caso da prática anticoncorrencial e do abuso de posição dominante no setor de tecnologia, nas redes sociais e nos *sítes* de busca e de hospedagem de conteúdo é significativo dessa necessária adaptabilidade, já que as normas foram elaboradas em um contexto sob o qual ainda não se debatia tão amplamente a possibilidade de

⁶⁰COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

exclusão ou de invisibilização de concorrentes e empresas a partir de regras de funcionamento de páginas da *internet*.

As formas de alavancagem reforçam o poder econômico de empresas de comunicação já consolidadas, ou que possuem grandes investidores como instituições financeiras e grupos econômicos empresariais, pois tornam mais fácil o acesso pelos consumidores de conteúdo às páginas de quem pagar por essa “preferência”. Trata-se de um reforço às barreiras à entrada no mercado da comunicação, invisibilizando potenciais entrantes. De fato, os *feed* de notícias atuais são como as bancas de jornais nas calçadas, em que os pedestres viam as manchetes e adquiriam o jornal que despertasse maior interesse. Atualmente, clica-se no elo que leva à página do veículo e, com a alavancagem paga, o acesso acaba sendo sempre aos *sites* das mesmas empresas de comunicação.

Por isso, os órgãos antitruste devem adotar, em relação a redes sociais e *sites* de hospedagem de vídeos, atitude incisiva, já que são empresas que têm grande capacidade de distorcer a concorrência pelo seu grande poder econômico e tendência à monopolização do setor. Afirma-se haver uma tendência à monopolização, pois decorre do caráter gregário do ser humano querer estar onde os outros estão, quando em respeito às redes sociais, bem como disponibilizarão as empresas de comunicação desejarão hospedar seus vídeos naquelas plataformas que já possuem o maior número de usuários, em um ciclo que retroalimenta ao poder econômico dessas empresas de tecnologia e dificulta sobremaneira a entrada de novos concorrentes, como aconteceu no caso das redes sociais *Instagram* e *Snapchat*: ambas passaram a ameaçar a posição dominante do *Facebook*, que, no caso da primeira, a adquiriu, e no caso da segunda, passou a oferecer funcionalidade semelhante, para que não houvesse migração de usuários⁶¹.

Já no caso do abuso de poder econômico relativo, a situação deverá ser resolvida no plano contratual, não demandando a ação do órgão de proteção à concorrência, mas com a consideração pelo Poder Judiciário de que a posição contratual das empresas de tecnologia nesses casos é privilegiada e pode acarretar, até mesmo, a exclusão de uma empresa ou de um produtor independente dos mercados em que atuam, impedindo o gozo da liberdade de iniciativa.

Por outro lado, é necessária uma atuação estatal com parcimônia para não

⁶¹ KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. *In: RDC*, vol. 6, nº 1, pp. 198-231, mai. 2018, p. 218.

impedir a atividade e o desenvolvimento de um mercado novo e dinâmico no ambiente virtual.

Diante dessas considerações, a recusa de contratar por parte dessas empresas com empresas jornalísticas deve ser inibida, pois pode representar os ilícitos constantes no art. 36, § 3º, inc. III e IV, da Lei nº 12.529/2011, ou seja, no impedimento ou limitação de acesso de novas empresas ao mercado e à constituição de empresa adquirente de serviços. Como dito, não é pouco relevante o papel desempenhado pelas empresas de tecnologia em relação à possibilidade de “aparecer” para potenciais clientes, com a preferência de resultados em *sites* de busca ou nas “linhas do tempo” de redes sociais. Por isso, esses serviços devem ser considerados *essential facilities*, sendo obrigatório o compartilhamento da infraestrutura criada pela empresa de tecnologia pelas empresas de comunicação social, para possibilitar o desenvolvimento da atividade econômica deste segundo grupo de empresas⁶².

Em que pese o nascimento da doutrina das *essential facilities* ter ocorrido em relação a necessidade de se compartilhar a infraestrutura física de empresas com grande poder econômico, quando esta se mostrar essencial e não duplicável, o seu uso para bens incorpóreos é amplamente aceito⁶³. No caso, os serviços das empresas de tecnologia são não duplicáveis, pois não se pode exigir que a empresa de comunicação crie a sua própria rede social, por exemplo, para poder divulgar seu conteúdo e acessar os potenciais consumidores. Destarte, demonstrada a aplicabilidade e a adequação da doutrina das *essential facilities* aos serviços oferecidos por redes sociais, dos *sites* de hospedagem de vídeos e dos *sites* de busca.

Outra atitude que pode se mostrar abusiva e, ao fim, contrária inclusive ao interesse público, é a diferenciação de preços e remuneração por “cliques”. Segundo Julia Krein, as plataformas digitais possuem algoritmos pouco transparentes para definir a precificação dos anúncios, constando como variáveis o custo-por-clique e o custo-por-impressão⁶⁴, o que, como visto acima, pode incentivar a elaboração de

⁶²GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (org.). *Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 169-176. São Paulo: Singular, 2019, p. 174.

⁶³FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. In: *RDC*, vol. 2, nº 1, pp. 89-105, mai. 2014, p. 92.

⁶⁴KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo

manchetes sensacionalistas e o financiamento de páginas dedicadas à proliferação de notícias falsas, em detrimento do jornalismo aprofundado e de qualidade.

Sob outro prisma, os algoritmos dessas páginas passam tornar mais facilmente acessíveis, até mesmo de forma passiva, para os usuários as postagens com maior número de interações, reforçando o estímulo ao sensacionalismo, às *fake news* e ao uso de robôs, ou seja, perfis falsos que interagem com as publicações para contar como “engajamento” de usuários. Justamente por causa da possibilidade de distorcer a acessibilidade ao conteúdo de terceiros é que redes sociais passaram a ser tachadas como responsáveis pela proliferação de notícias falsas e mensagens de ódio, mesmo sem produzir qualquer conteúdo.

Por fim, há a alavancagem de conteúdo patrocinado, o que reforça o poder econômico de empresas já constituídas ou que já detêm fontes de financiamento significativas, dificultando o acesso ao mercado de empresas e produtores de conteúdo independentes.

Para lidar com essas situações, que apenas reforçariam o poder econômico de quem já o detém, ou estimulariam práticas contrárias ao interesse público por parte de quem tenta entrar no mercado da comunicação, é um primeiro passo a proibição à discriminação de adquirentes, à diferenciação de preços e à recusa em oferecer serviços nas condições habituais de mercado, conforme o art. 36, § 3º, incs. IX, X e XI da Lei nº 12.529/2011.

Entretanto, apenas essas vedações podem ser insuficientes. O direito das pessoas a receberem informação de qualidade é interesse constitucionalmente protegido e, dessa forma, deve condicionar a autonomia dos agentes econômicos no mercado. O lucro dessas empresas de tecnologia com os cliques em páginas dedicadas à proliferação de notícias falsas tem de ser considerado exercício abusivo de poder dominante, exigindo-se transparência acerca dos critérios de remuneração por clique e mecanismos efetivos de controle contra *fake news*, sob pena de aplicação das punições previstas no art. 37 da Lei nº 12.529/2011.

Não há justificativa para se aceitar o argumento de que o conteúdo é produzido por terceiros para isentar as empresas de tecnologia da sua responsabilidade pela proliferação de conteúdo contrário ao interesse público – direito à informação verdadeira e vedação ao discurso de ódio – pois são

conhecidas as técnicas de alavancagem e remuneração por cliques. Ora, se tal mecanismo foi criado pelas empresas, pode ser alterado para se coadunar com as normas constitucionais que conformam a ordem econômica nos mercados em que atuam.

Já a exploração de dados pode vir a significar abuso de posição dominante, uma vez que empresas como as que exploram redes sociais exigem de seus usuários a permissão de acesso a dados pessoais. Nesses casos, para a análise acerca da presença de posição dominante na empresa naquele mercado, o teste do monopolista hipotético já não é mais suficiente, pois muitas vezes a capacidade de, independentemente, aumentar preços não é o que deseja a empresa monopolista no mercado digital⁶⁵, mas sim angariar mais usuários para arrecadar ainda mais dados, bem como tratar esses dados de forma a não dar aos usuários formas de optar pela sua maior privacidade.

Portanto, em que pese ser possível interpretar as normas concorrenciais constantes do ordenamento jurídico brasileiro a fim de conformar a atividade de empresas de tecnologia que detêm redes sociais e *sites* de hospedagem de conteúdo e verificar a prática de ilícitos concorrenciais, a edição de regras mais específicas no que diz respeito à discriminação por alavancagem, à remuneração por cliques, à distorção das redes por robôs e a responsabilidade sobre conteúdo falso é recomendável para dar mais previsibilidade às ações das empresas e conformidade da atuação delas com o direito fundamental à informação verdadeira, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

⁶⁵GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In. DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al* (org.). *Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 169-176. São Paulo: Singular, 2019, p. 172. KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. In: *RDC*, vol. 6, nº 1, pp. 198-231, mai. 2018, p. 199.

CONCLUSÃO

A partir da localização do problema de pesquisa no sistema da autonomia, determinando, assim, o marco econômico do presente trabalho, e da análise do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à concorrência e à atividade da comunicação social, pode-se chegar às conclusões a seguir.

Primeiramente, a justificativa para se indicar o sistema da autonomia como marco econômico encontra baliza nas normas constitucionais que conformam a ordem econômica nacional e prevê os fundamentos desse sistema como fundamento da ordem econômica, no caso da livre iniciativa, e como princípio, no caso da propriedade privada, inclusive sobre os meios de produção. Entretanto, sendo o sistema da autonomia um tipo ideal, assim como os demais sistemas trabalhados no capítulo primeiro – tradição e autoridade – nas experiências práticas concretas não se observa o tipo na sua forma pura.

Como dito no capítulo primeiro, o mérito da teoria dos tipos ideais está na possibilidade de empregá-la para classificar quaisquer economias concretas historicamente observáveis, estando livre de determinismos e regras universais, como no caso das teorias históricas e na doutrina liberal, respectivamente. No entanto, mesmo em um sistema de autonomia, elementos de autoridade e de tradição são observáveis, havendo a tutela de outros interesses para além da liberdade de propriedade e de iniciativa, conforme previsões constitucionais. Ainda, certas disfuncionalidades do próprio sistema podem levar acarretar na supressão dos seus fundamentos, nos casos extremos da escravidão e do monopólio, que eliminam a liberdade contratual e de apropriação privada, bem como nas situações de falhas de mercado exploradas no capítulo segundo, exigindo, assim, a tutela estatal para corrigir os excessos.

Entre esses outros princípios que foram caros ao legislador constituinte a ponto de serem positivados no texto constitucional estão a valorização do trabalho humano, o que limita a autonomia contratual, prevendo regras mínimas e permitindo a negociação coletiva, em clara isenção antitruste à atuação dos sindicatos, ao revés do que observado em outros períodos históricos, como na França sob a Lei de *Le Chapelier*. A limitação da autonomia da vontade é, também, visível na previsão constitucional de tutela do consumidor, cuja regulamentação pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor previu a ilegalidade das cláusulas abusivas. Ainda, a

consideração de determinados contratos como de natureza existencial leva em consideração que há campos da vida humana sobre os quais a autonomia da vontade não pode dispor, em nome da proteção da dignidade e da vedação do abuso.

Ambas as regulamentações, trabalhistas e de consumo, se aplicam às empresas de comunicação social. A primeira, na relação com seus funcionários. A segunda, nos serviços de acesso condicionado e nos jornais e revistas quando firmam os contratos com seus assinantes.

Outro campo da atividade econômica em sentido amplo em que os pressupostos do sistema da autonomia são superados por outros interesses ocorre nos serviços públicos. Essas atividades, que são aquelas consideradas fundamentais para a manutenção da coesão social, indispensáveis por conta da interdependência social e que detêm caráter existencial para a comunidade, se submetem ao regime público e comando central quanto ao quê, quanto e como disponibilizar para a população referido serviço, inclusive quanto ao preço, não se submetendo à lei da oferta e demanda. Mesmo quando prestado por empresa privada há essas determinações centrais, bem como há a possibilidade de encampação para permitir o prosseguimento do serviço.

As atividades de radiodifusão, sonora e de sons e imagens, se submetem ao regime do serviço público, tendo objetivos constitucionalmente previstos e caráter existencial, importante para a concretização do direito fundamental à informação, à cultura e à formação da identidade nacional a partir do desenvolvimento de caracteres comuns e comunitários. Para realizar tais fins há, também, regras concernentes à limitação à apropriação privada por estrangeiros na atividade de comunicação.

A tutela da concorrência e a inibição ao abuso do poder econômico também interferem na autonomia contratual. A necessidade de prévio exame administrativo nas fusões e aquisições de empresas que satisfaçam os critérios da lei e a proibição de práticas concertadas entre empresas representam intervenção do Estado na autonomia contratual, em nome da preservação de um ambiente de livre concorrência e conformidade da atividade econômica com a ideologia constitucionalmente adotada, sendo os instrumentos que o Direito Econômico prevê na tutela da concorrência possíveis ferramentas de implementação de políticas públicas com a finalidade de atingir os objetivos da República.

A concorrência, que, quanto um valor em si, passou a ser caro na economia capitalista, sendo um mecanismo autorregulador do quê, quanto e como produzir, já servia no passado e sob a égide de outro sistema econômico para resolver problemas pontuais quanto ao abastecimento da população. No ordenamento jurídico brasileiro ela é um dentre vários outros que encontram previsão constitucional e que passam, assim, a ter caráter de norma jurídica. Dessa forma, essas previsões constitucionais que advêm de ideologias puras diversas, como o socialismo, o liberalismo, a social-democracia, a democracia cristã, por exemplo, conformam a ideologia constitucionalmente adotada, a qual deve ser considerada pelo intérprete do direito, sem que ele deixe prevalecer aquela com que detém maior simpatia pessoal.

No caso das normas concorrenciais, a ideologia constitucionalmente adotada nem sempre determinará uma atomização da atividade econômica, com preferência pela competição de muitas pequenas empresas, podendo ser a concentração tolerada, estimulada, reprimida ou proibida. A concorrência é, assim, um instrumento para implementação de políticas públicas que venham a melhor concretizar os objetivos constitucionalmente previstos e o Direito Econômico, a partir da previsão de normas concorrenciais, dá as ferramentas para a implementação dessas políticas públicas, inclusive no que diz respeito à segurança nacional, estímulo a pequenos empresários e repressão ao abuso de poder econômico.

A opção pela repressão aos monopólios e oligopólios no setor da comunicação social foi feita pelo próprio legislador constitucional, que fez constar expressamente esta regra, o que já indica a resposta positiva ao problema de pesquisa proposto, concernente no questionamento se há particularidades na disciplina jurídica da concorrência no setor da comunicação social. Além da regra expressa de vedação de monopólios e oligopólios, o relevante papel social e democrático dessas empresas, confirma que a implementação de políticas públicas a partir das normas concorrenciais devem observar as particularidades do setor.

De fato, através da atividade econômica da comunicação social ocorre a difusão de ideias na esfera pública, o que possibilita o debate de ideias e o confronto fundamentado de posições sobre as questões que interessam a comunidade. O papel dessas empresas é ainda mais importante na sociedade de massas, com sufrágio universal, pois a situação ideal de debate é materialmente impossível de ser atingida com cada um dos cidadãos expressando e tendo suas opiniões

consideradas, por isso a importância de corpos intermediários que traduzam e divulgam essas posições.

Nesse contexto, os direitos fundamentais de participação, de “status” ativo, que demandam a real possibilidade de influência na formação da vontade estatal, demandam o elo da comunicação social para se fazerem ouvir. A capacidade de determinação de agenda de debates e a possibilidade de se fazer conhecerem as demandas sociais através da mídia reforçam a importância das empresas de mídia.

Entretanto, em um mercado altamente concentrado, o poder econômico da empresa de comunicação social se traduziria, também, em grande poder político e na capacidade de manipular o regime democrático, invisibilizando assuntos que não interessem a empresa e a seus financiadores, bem como protegendo ou desgastando governantes conforme a simpatia pessoal com eles. Por isso, a necessária pluralidade de atores, bem como a complementaridade dos sistemas privado e público, este atuando para contrabalançar o peso do poder econômico privado na atividade de comunicação social e os inegáveis interesses do capital na difusão de ideias e comportamentos consentâneos com seus objetivos lucrativos.

Por fim, o último elemento que confere particularidade à atividade da comunicação social, demandando a atenção diferenciada do direito concorrencial, é a possibilidade de influência do poder econômico não apenas das empresas atuantes no setor, como de outros agentes que atuem como financiadoras ou patrocinadoras da atividade. Além da divulgação da sua marca, esses agentes têm interesse na mensagem que é divulgada através da mídia, tanto jornalística como através da programação cultural, e podem agir para distorcer a concorrência. No desenvolvimento do trabalho observou-se a influência de outros agentes privados como empresas anunciantes e as igrejas, estas muito relevantes no caso brasileiro, do poder econômico público e das empresas de tecnologia, que abrigam em seus domínios páginas, perfis e contas de empresas de comunicação social.

Com isso, o capítulo quarto passou a analisar algumas situações em que o tratamento jurídico da concorrência no setor da comunicação social deve levar em consideração essas particularidades e os relevantes objetivos que se concretizam através da atividade. Criticou-se a pouca repressão à propriedade cruzada dos meios de comunicação, em especial o que ocorre no setor da radiodifusão, seja pela insuficiência legislativa, seja pela falta de ímpeto no cumprimento da legislação existente. A grande abrangência territorial que detém a atividade deveria ser causa

de maior atenção da autoridade antitruste e da agência reguladora da atividade.

Observou-se, ainda, que a substitutibilidade no setor não é fácil de ocorrer, havendo barreiras à entrada de novos agentes e custos de substituição por parte dos consumidores, que estão habituados e incluem na sua rotina uma forma de se informar e obter o entretenimento. Também consiste barreira à entrada a lealdade dos consumidores à marca, que, nesse setor, corresponde à credibilidade conferida às informações prestadas pela empresa.

No serviço de acesso condicionado há regras expressas que facilitam o ingresso ao mercado de produtores de conteúdo nacional e de conteúdo nacional independente, o que compensa as dificuldades de entrada em um mercado dominado por gigantes conglomerados internacionais, principalmente no que diz respeito ao entretenimento e cinema. A política pública de conteúdo nacional e de conteúdo nacional independente se coaduna, também, com os princípios da ordem econômica de redução das desigualdades e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, além do objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional.

No que diz respeito às condutas potencialmente anticoncorrenciais das empresas de comunicação social, há a particularidade de que o fator preço não é tão importante. Assim, não há que se falar em aumento arbitrário de lucros. Mas o abuso do poder econômico pode se manifestar a partir das diferentes formas de manipular as informações, firmar contratos publicitários e impedir ou dificultar o acesso ao mercado de novas empresas, seja no mesmo setor, seja em outros que dependam da publicidade para informar os potenciais consumidores acerca de seus produtos ou serviços.

Ao final, tratou-se da distorção da concorrência de méritos, ou seja, aquela em que a empresa cresce como recompensa de sua inovação e produção de conteúdo que agrada aos consumidores, por fatores externos: poder econômico privado, poder econômico público e regras de uso de redes sociais e *sites* de hospedagem de conteúdo. Quanto ao poder econômico privado, recomendou-se a compensação da sua influência a partir da atuação das emissoras públicas e do estímulo às comunitárias, autofinanciadas e sem fins lucrativos.

No que diz respeito ao emprego de recursos públicos para benefício de empresas que transmitam uma mensagem mais favorável às opiniões e posições pessoais dos ocupantes dos cargos políticos há de se ter uma regulamentação mais

específica quanto à destinação da verba publicitária, além de se exigir requisitos objetivos na sua determinação, em respeito aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

Já em relação à possibilidade de distorção da concorrência pelo emprego de algoritmos que favorecem perfis com mais cliques ou patrocinados, o que poderia estimular as chamadas sensacionalistas, notícias falsas e atuação de robôs, no primeiro caso, e reforçar o poder econômico e as barreiras à entrada, no segundo, afirmou-se que a mobilidade e flexibilidade das normas de Direito Econômico implica na aplicabilidade das normas concorrenciais às atitudes, termos de uso e regras impostas por empresas de tecnologia a seus usuários. Entretanto, para melhor concretizar os princípios constitucionais que se relacionam com a atividade da comunicação, preservar os direitos fundamentais na *internet*, os quais, cada vez mais, se concretizam através de empresas privadas que detêm as páginas de redes sociais e hospedagem de conteúdo, e tutelar a livre concorrência, caberia a deliberação do legislador por normas especificamente aplicáveis a estes casos, definindo certo grau de igualdade de oportunidades entre os competidores e a responsabilidade das empresas de tecnologia.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Pedro. Agências de Notícias Brasileiras e Conglomerados de Mídia: concentração, convergência e dependência. In: *XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*. Rio de Janeiro: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2015.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Existenciais, Relacionais e de Lucro*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*: Volume 12, Número 45. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.
- AMORIM, Paulo Henrique. Berzoini, que tal tirar a Globo do ar?. *Conversa afiada*. 13 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conversaafiada.com.br/pig/2015/03/13/berzoini-que-tal-tirar-a-globo-do-ar>>. Acesso em: 03 nov. 2019.
- ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Trad. Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.
- _____. *On violence*. New York: Harvest Book Harcourt inc., 1970.
- AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá de. Poder Compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de estudos econômicos*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 737-762, out. dez. 2009.
- BAGDIKIAN, Ben H. *The new media monopoly*. Boston: Beacon press, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Atualização Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35, pp. 13 - 52, 1995.
- BARROS, Bruno Mello Corrêa de. As igrejas e os meios de comunicação: uma análise jurídica da convergência entre mídia e fé. In: *XI Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014.
- BENDA, Ernst *et al.* *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- BRASIL. *Anuário do CADE 2018*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa

Econômica, 2019, p. 12. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf>>. Acesso em 22 set. 2019.

_____. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016, p. 17. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Parecer 11/2018/CGAA4/SGA1/SG*. Superintendente-geral Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: DJe 01.08.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: DJe 01.02.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Publicação: DJe 06.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1248. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: DJe 11.09.2019

BUCCI, Eugênio. Em torno de um conceito preliminar de teleespaço público. In: BENEVIDES, Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, democracia e república*, pp. 399-428. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BÜCHER, Karl. *Die Entstehung des Volkswirtschaft*. Salzwasser Verlag: Paderborn, 2011.

CABRAL, Eula Dantas Taveira. Mídia no Brasil: Concentração das Comunicações e Telecomunicações. In: *Revista Eptic*, vol. 17, nº 3, pp. 16-28, set.-dez. 2015, ISSN 1518-2487.

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, Cezar. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. In: *RDC*, Vol. 4, nº 1, pp. 57-94, Maio 2016.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. A constituição do reino da Suécia, o estado-providência e o estado mínimo. In: *EJLL*. Joaçaba, v. 18, n. 2, p. 359-380, maio/ago. 2017.

_____. *A mídia e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2013.

_____. *Curso Elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

_____. *Direito econômico da comunicação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

_____. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

_____. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2007.

_____. *O Direito Exaurido: a hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

_____. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019.

_____. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita europeia mais antiga. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, pp. 635 - 656, jul./dez. 2016.

_____. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. In: *Prismas*, Brasília, v. 5, n. 2, pp. 281-303, jul./dez. 2013.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. Vol. 1. 14ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTE, Léia Baeta. Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 11, pp. 127-152, jan. 2014.

CIRNE LIMA, Ruy. A organização administrativa e o serviço público no Direito Administrativo brasileiro. In: *Estudos Jurídicos em Honra de Soriano Neto*, v. 2, pp. 9-19. Recife: Universidade do Recife, 1962.

COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUOMO, Giuseppe. *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. *Fake news: um desafio ao antitruste?* In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (org.). *Direito Antitruste*

4.0: *fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 145-168. São Paulo: Singular, 2019.

DUEK, María Celia. Aspectos epistemológicos y metodológicos del debate Weber/Marx. *Andamios*, México, v. 4, n. 7, p. 125-153, dez. 2007. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632007000200006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 24 de março de 2019.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1925.

ELHAUGE, Einer. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. *In: The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Cambridge, MA: Harvard Law School, set. 2007.

EM RECUPERAÇÃO judicial, Abril vende Exame para o BTG por R\$ 72,3 milhões. *Revista Consultor Jurídico*, 5 dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/recuperacao-judicial-abril-vende-revista-exame-btg>>. Acesso em 19 dez. 2019.

EUCKEN, Walter. *Os fundamentos da economia política*. Trad. M. L. Gameiro dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1998.

_____. *Fundamentos de Política Económica*. Trad. José Luis Gomes Delmás. Madri: Ediciones Rialp, 1956.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *In: RDC*, vol. 2, nº 1, pp. 89-105, mai. 2014.

FARIA, Werter. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FERRAZ, Andre Santos. As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e de Chicago. *In: RDC*, v. 2, nº 2, pp. 180-206, nov. 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOX, Eleanor. *Cases and materials on the competition law of the european union*. St. Paul: West, 2002.

FRAZÃO, Ana. A sociedade cooperativa e o abuso de poder econômico. *In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedades cooperativas*. São Paulo: Lex, 2018, p. 374.

_____. O direito da concorrência diante das novas formas de organização

empresarial. In: RODAS, João Grandino (org.). *Direito Concorrencial: avanços e perspectivas*, v. 5, pp. 607-642. São Paulo: CEDES e Prismas, 2017.

GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. In: *Revista do IBRAC*, vol. 11, pp. 83-106, jan. 2004.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al* (org.). *Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação*. Pp. 169-176. São Paulo: Singular, 2019.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimo. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. In: *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 5, pp. 43-86, 2011.

GOMES, Helton Simões. Bolsonaro diz que pode não renovar concessão da Globo, mas não é bem assim. *Tilt o canal sobre tecnologia do UOL*. 31 out. 2019. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/10/31/bolsonaro-pode-cancelar-ou-nao-renovar-concessao-da-tv-globo-entenda.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*: ano 45, n. 179, jul./set. 2008.

GREENSPAN, Alan. *Antitrust*. Disponível em <<http://atlasshruggedcelebrationday.com/simplemachinesforum/index.php?topic=14.0>>. Acesso em 02.06.2019.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: Polity Press, 1996, *E-book*.

HOBSBAWM, Eric J. *A era dos impérios*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr, 1919.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2ª ed. São

Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOVACIC, Willian E. SHAPIRO, Carl. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. Berkeley: University of California, 1999.

KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. *In: RDC*, vol. 6, nº 1, pp. 198-231, mai. 2018.

LEVIN, Sam. Facebook promised to tackle fake news. But the evidence shows it's not working. *The Guardian*, Londres, 16 mai. 2017. Disponível em <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/16/facebook-fake-news-tools-not-working>>. Acesso em 03 jan. 2019.

LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOPES, Cristiano Aguilar. *Normas para contratação de serviços de publicidade pelo poder executivo federal*. Brasília: Biblioteca digital da Câmara dos Deputados, 2011.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Policiamento preditivo, discriminação algorítmica e racismo: potencialidades e reflexos no Brasil. *In: VI Simpósio internacional LAVITS 2019*. Salvador: LAVITS, 2019, p. 10. Disponível em: <<http://lavits.org/wp-content/uploads/2019/12/Lucena-2019-LAVITSS.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução de domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000003.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Martins Claret, 2014.

MCCOMBS, Maxwell. *The Agenda-Setting Role of the Mass Media in the Shaping of Public Opinion*. Austin: University of Texas on Austin. Disponível em <www.infoamerica.org/documentos_pdf/mccombs01.pdf>. Acesso em 07 out. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão do serviço público. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 2, n. 3, pp. 859-899, 1951.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Gerson Leite de. Mídia e religião: uma relação estreita. In: *10º Encontro Nacional da História da Mídia*. ISSN 2175-6945. Porto Alegre: UFRGS, 2015.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1971.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

MPF diz que arrendamento de rádio e TV é ilegal. *Observatório do direito à comunicação*. 06 ago. 2014. Disponível em <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=27729>>. Acesso em 20 dez. 2019.

MPF obtém decisão que cancela concessão de rádios e TV ligados a senador alagoano. *Ministério Público Federal em Alagoas*. 10 jul. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/noticias-al/mpf-obtem-decisao-que-cancela-concessao-de-radios-e-tv-ligados-a-senador-alagoano>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. Desenvolvimento e dependência no sistema nacional de economia política de Frederico List. In: *Percursos*, v. 5, n. 2, Florianópolis: UDESC, 2004.

NUNES, A. J. Avelãs. Os sistemas econômicos. In: *Boletim de Ciências Econômicas*. Vol. XVI, p. 75-174, Coimbra: Faculdade de Direito, 1978.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACHUKANIS, E.B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Grupos de Facto na Sociedade da Informática. In: *Direito, governança e novas tecnologias*. Pp. 328-347. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. Sociedade da informação: limites e possibilidades das redes sociais. In: *Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 20º*. Anais. Vitória, ES, pp. 12003-12020, 16 a 19 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. In: *Doutrinas*

Essenciais de Direitos Humanos, vol. 3, pp. 477-512, ago. 2011.

POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. 5ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1966.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of the Law*. 4ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

PUGLIESI, Adriana Valéria. O Abuso da Dependência Econômica. *In: Revista de Direito Recuperacional e Empresa*: vol. 7/2018, Jan – Mar / 2018, DTR\2018\10395.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, Estruturas e Desigualdade*. São Paulo: IDCID, 2008.

SARAIVA, Paulo Lopo. Artigos 220 ao 224. *In: BONAVIDES, Paulo et al. (org.). Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMIDT, Manfred G. *Das Politischesystem Deutschlands*. 2ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Trad. Milton Camargo Mota. Petrópolis: Vozes, 2017.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da UNESP, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *The Wealth of Nations*. New York: P. F. Collier & Son, 1902.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Adam Smith e o ouro de Minas Gerais. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 17, pp. 231-289, Belo Horizonte: 1976.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro *status*. *In: STRECK, Lenio Luiz et al (org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 10, pp. 9-23. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, *E-book*.

_____. *Economia e Sociedade*. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. 4ª reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

_____. *História geral da economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

WILLOUGBY, Robin. GORE, Tim. *Hora de Mudar: desigualdade e sofrimento nas cadeias de fornecimento dos supermercados*. Oxford: OXFAM GB, 2018.

ZINGALES, Luigi. *A Capitalism for the People*. New York: Basic Book, 2012, *E-book*.