



AS PREMISSAS DA ESCOLA DE CHICAGO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: a não-intervenção no mercado no banco dos tribunais

THE CHICAGO SCHOOL PREMISES IN BRAZILIAN CASE LAW: non-market
intervention in the bank of courts

Átila de Alencar Araripe Magalhães*
Arno Dal Ri Júnior**

Resumo: O artigo que se segue busca analisar o modo como foram utilizadas as premissas da “Escola de Chicago” em matéria de tutela jurídica do mercado em julgados proferidos pelos tribunais brasileiros nos últimos anos. A primeira parte do trabalho comporta uma análise dos principais pressupostos dessa escola, do ponto de vista doutrinário, para posteriormente verificar dentro de quais parâmetros acontece a aplicação destes mesmos pressupostos na referida jurisprudência. A metodologia empregada foi a qualitativa mesclada com estudo de caso, isso visando explicar se a utilização dessas premissas tem contribuído para decisões mais justas, sob o ponto de vista da equidade, ao mesmo tempo em que se procura explicar como os tribunais brasileiros aplicaram e ainda vêm aplicando os ensinamentos da referida Escola em seus julgados. **Palavras-Chave:** Escola de Chicago. Influência. Tribunais brasileiros. Decisões judiciais.

Abstract: The following article seeks to analyze how the “Chicago School” premises were used in matters of the legal protection of the market in judgments handed down by Brazilian courts in the last years. The first part of the work comprises an analysis of the main assumptions of this school, from the doctrinal point of view, to later verify within what parameters the application of these same assumptions happens in the referred jurisprudence. The methodology used was the qualitative one mixed with case study, this aiming to explain if the use of these premises has contributed to fairer decisions, from the point of view of equity, while trying to explain how the Brazilian courts applied and still have been applying the teachings of that School in their judgments. **Keywords:** Chicago School. Influence. Brazilian courts. Court decisions.

Recebido em: 23.02.2020

Aprovado em: 20.12.2021

* Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará. Professor da Universidade de Fortaleza. Advogado.

** Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi de Milão, com pós-doutorado na Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli studi di Padova. Professor de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina.

SUMÁRIO: Introdução - 1 A Escola de Chicago e a ressignificação de valores jurídicos sob a ótica do mercado - 2 A influência dos ditames da Escola de Chicago em matéria de tutela jurídica da concorrência junto ao Poder Judiciário brasileiro – Considerações finais

INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se inicia tem por escopo analisar a influência dos pressupostos teóricos da Escola de Chicago em matéria de antitruste nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros nos últimos anos. Nesse vértice, far-se-á incursão por esse movimento, a fim de melhor compreendê-lo, para só depois verificar se efetivamente essa escola tem influenciado os tribunais brasileiros a proferirem decisões com respaldo em suas premissas.

Durante os anos de sua atuação em matéria de antitruste, a Escola de Chicago tem caracterizado seus estudos por partir de uma análise focada na interligação entre dois campos científicos que na tradição norte-americana passou a ficar conhecida como “*Law & Economics*”, cujo principal objetivo é verificar como se dá a eficiência econômica nas decisões que os indivíduos podem tomar em uma ambiência de liberdade. A *Law & Economics* investiga, portanto, as dinâmicas dos mercados, seus pressupostos e suas consequências jurídicas, em amplitudes micro e macro, voltando-se à ideia de propiciar a maximização da riqueza quando da tomada de decisões. Seria por isso que, nesse sentido, todo e qualquer bem ou valor jurídico poderia ser analisado sob o prisma da eficiência.

No olhar da Escola de Chicago, utilizando as lentes da *Law & Economics*, a intervenção do Estado através de seus instrumentos jurídicos típicos na liberdade individual de escolha, em particular naquelas de natureza econômica, teria como impacto, portanto, um efetivo cerceamento de direitos. Ao praticar um ato de natureza econômica, então, o indivíduo realizaria um projeto pessoal e concretizaria a sua liberdade, responsabilizando-se por suas escolhas.

Os tribunais brasileiros, apresentando em alguns casos uma certa sensibilidade à doutrina *Law & Economics*, adotaram algumas de suas premissas em julgados e afastaram outras, fenômeno que será objeto de análise ao longo do presente trabalho. Para o fim colimado, os autores se utilizaram, a título de metodologia, do estudo de caso, a fim de explicar como os tribunais brasileiros vêm aplicando os pressupostos da Escola de Chicago em seus julgados. O estudo também pode ser classificado como qualitativo, porquanto visa

explicar se a utilização dessas premissas tem contribuído para decisões mais justas, sob o ponto de vista da equidade.

1 A ESCOLA DE CHICAGO E A RESSIGNIFICAÇÃO DE VALORES JURÍDICOS SOB A ÓTICA DO MERCADO

A elaboração da teoria inerente à Escola de Chicago, crítica das políticas visando à tutela da livre concorrência de mercado que caracterizaram os Estados Unidos, em particular, em Harvard, a partir da década de 1940, iniciou-se através de um grupo de pensadores ligados às ideias de Milton Friedman, entorno aos anos 1970. Tratava-se, como afirmam Ingo Schmidt e Jan Rittaler¹, de um prolongamento da escola neoliberal desenvolvida no âmbito monetarista por Friedman:

A *Chicago School*, conhecida no passado somente no âmbito do monetarismo (Milton Friedman *et al.*), desenvolveu durante os anos setenta também um Credo sobre a questão da política *antitrust*. Esta abordagem da política da concorrência da Escola de Chicago tem o apoio de um grupo de economistas e juristas ao qual pertencem Bork, Demsetz, Director, Posner e Stigler; este grupo ganhou uma considerável influência na política *antitrust* estadunidense.²

Os estudos desenvolvidos pelos membros da Escola de Chicago se iniciaram através da análise de teorias clássicas sobre a tutela da concorrência, em particular, a teoria do oligopólio elaborada por Edward Chamberlain³. Por tal motivo, os trabalhos científicos

¹ SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. Die Chicago School of Antitrust Analysis. Wettbewerbstheoretische und politische Analyse eines Credo. *Opus cit.*, p. 11. Vedi inoltre REDER, Melvin. Chicago Economics: Permanence and Change. *The Journal of Economic Literature*, 20 (1982), p. 1 ss.

² “Die Chicago School, die in der Vergangenheit nur mit dem Monetarismus (Milton Friedman u.a.) identifiziert worden ist, hat in den siebziger Jahren auch ein Credo zu Fragen der Antitrustpolitik entwickelt. Die wettbewerbspolitische Variante der Chicago School wird durch eine Gruppe von Ökonomen und Juristen repräsentiert, zu denen u. a. Bork, Demsetz, Director, Posner und Stigler gehören; diese Gruppe hat einen erheblichen Einfluß auf die neuere US-amerikanische Antitrustpolitik erlangt”.

³ “Die Chicago School (u.a. Stigler, Bork, Posner) entstand als Gegenbewegung zur Harvard School und lehnt das Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma ab. Maßstab ist allein die Effizienz, d.h. die allokative Effizienz im Sinne einer optimalen Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen und die produktive Effizienz im Sinne einer optimalen Ressourcenverwendung in den einzelnen Unternehmen. Leitbild ist nicht die Bekämpfung wirtschaftlicher Macht, sondern die Konsumentenwohlfaht. Die Anhänger der Chicago School vertrauen aufgrund ihres langfristigen Betrachtungshorizonts stark auf die Selbstheilungskräfte des Marktes. Deshalb genügt es aus ihrer Sicht, daß der Staat künstliche Marktzutrittsschranken (barriers to entry) bekämpft. Im übrigen werden staatliche Eingriffe in die Marktstruktur weitgehend abgelehnt”. In: GASSNER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 4 ss.

precursores desta escola⁴, publicados em 1963, se contextualizaram como uma direta contraposição às teorias de Chamberlin⁵. É o que observa, por exemplo, Rudolph Peritz⁶ ao afirmar que Robert Bork e Ward Bowman, ambos da Yale University, mas membros da Escola de Chicago, “insistiram que uma escolha política racional sobre o antitruste necessitava de uma forte coerência com os princípios explícitos de eficácia – ou seja, determinar os efeitos sobre os preços no mercado e a produção”.

Se nos primeiros anos de trabalho as teorias elaboradas pelos pensadores de Chicago não tiveram tanto sucesso, no governo de Richard Nixon – através da influência de alguns pensadores *chicagoans* no poder central – e, posteriormente, nos governos dos Presidentes Ronald Reagan e George Bush sênior, a Escola conheceu o seu ápice. De um ponto de vista técnico, como observa Lawrence Sullivan⁷, a influência das teorias *chicagoans* sobre o Executivo e o Legislativo americanos neste período é justificada pelo fato dessas teorias se apresentarem como um sistema fechado, capaz de dar respostas racionais a cada questão e de resolver, também, os problemas mais complexos, sem que seja necessário alcançar uma solução judicial.

No governo de Nixon, em particular através das teorias do juiz federal Richard Posner, a Escola de Chicago teve a oportunidade de ampliar e aprofundar esta fortíssima influência nos *decisionmakers*. Posner partia do pressuposto que a intervenção do Estado na economia estava em aberto contraste com o sistema de *common law* e, portanto, levava à ineficiência. Segundo o autor, as regras e as instituições do sistema de *common law*, por si mesmas,

⁴ BORK, Robert et BOWMAN, Ward. The Crisis in Antitrust. *Fortune*, 1963, p. 138; BLAKE, Harlan et JONES, William. The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. *Columbia Law Review*, 65 (1965), p. 363. Outros ensaios importantes publicados nos primeiros anos da Escola contra os oligopólios, são BORK, Robert. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *Journal Law & Economics*, 6 (1966), p. 7; STIGLER, George. A theory of Oligopoly and Barriers to Entry, Economics of Scale, and Firm Size. *The Organization of Industry*, 39 (1968), p. 67.

⁵ PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 236. Conforme Ingo Schmidt, o ponto de partida da teoria elaborada por Edward Chamberlain é muito símile àquele utilizado no âmbito da teoria desenvolvida por Joan Robinson: “Von ‘monopolistic competition’ spricht er, wenn die Güter heterogen sind, also Präferenzen existieren. Der auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinenden Terminus ‘monopolistic competition’ ist so zu interpretieren, daß trotz monopolistischer Tendenzen noch Wettbewerb bestehen kann. Bei heterogenean Gütern besitzt jeder Anbieter eigenen Teilmarkt, auf den er sein Gleichgewicht durch Variation des Preises, des Produktes oder der werbung beeinflussen kann (also Berücksichtigung des Nicht-Preiswettbewerbs). Das individuelle Firmengleichgewicht ergibt sich auch hier wieder im Cournot’schen Punkt”. In: SCHMIDT, Ingo. Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. *Op. cit.*, p. 8.

⁶ Idem, p. 237.

⁷ SULLIVAN, Lawrence. Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships. *California Law Review*, 68 (1980), p. 1 ss. Vide, também, SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Op. cit.*, p. 12.

promoviam a eficiência econômica. Isso significava que a intervenção do Estado na economia se tornava exorbitante.⁸

Robert Bork, outro pensador de relevo da Escola de Chicago – cuja pesquisa foi precedentemente mencionada por Peritz –, elaborou uma teoria, partilhada também por outros pensadores da mesma Escola, em que reafirma que as normas dirigidas a disciplinar a tutela da concorrência são instrumentos destinados a melhorar a eficiência dos mercados. Esses proibiriam as condutas que restringem a livre concorrência por terem como tendência causar reduções de eficiência. Em tal âmbito, como explica o próprio Bork⁹, as leis antitruste deveriam ser interpretadas como instrumentos dirigidos a proibir unicamente as condutas que levam o mercado à ineficiência.¹⁰

A ideia de “poder de mercado” encontra-se no centro deste sistema de análise. Esta seria o poder de um ou mais operadores reduzir, em modo artificial, a produção. Como é possível pressupor, esta redução se reflete diretamente nos preços das mercadorias, criando o poder de aumentar, de modo significativo, o preço sobre o custo – por exemplo, dez por cento ou mais – por um significativo espaço de tempo – por exemplo, dois anos ou mais – sem que exista uma possibilidade de defesa por parte dos consumidores¹¹. Para William Landes e

⁸ Posner afirma que o estudo por ele desenvolvido se caracteriza pelo fato de ser positivo, e não normativo, científico e não ideológico. Para isso utiliza a escusa da técnica – matemática, precisa, infalível – para propor uma leitura jurídica dos fatos econômicos supostamente desvinculada de fatores políticos e sociais. Por trás de uma infinidade de números e cálculos voltados a alcançar a eficiência econômica se esconde uma estratégia que claramente tenta ignorar a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.

⁹ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 15 ss. e 81 ss.; FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 970 ss.

¹⁰ Na definição de Emmerich Volker: *“Die Chicago-Schule hat sich vor allem in Auseinandersetzung mit der Harvard-Schule der Anhänger der workability-Konzepte herausgebildet. An ihrem Anfang steht daher – nicht anders als bei den Anhängern des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit – die Leugnung empirisch nachweisbarer Zusammenhänge zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen. Die Anhänger der Chicago-Schule ziehen hieraus jedoch ganz andere Folgerungen als die Vertreter eines Konzepts der Wettbewerbsfreiheit, da sie als legitime Ziele einer staatlichen Wettbewerbspolitik allein die Vermehrung der allgemeinen Wohlfahrt und die Steigerung der Effektivität der einzelnen Unternehmen anerkennen. Sie vertrauen außerdem aufgrund langfristiger Betrachtungsweise weitgehend auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs, weshalb sich der Staat ihrer Meinung nach im wesentlichen auf die Bekämpfung künstlicher Marktzutrittsschranken beschränken sollte. Daraus folgt z.B. eine grundsätzlich positive Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, weil derartige Maßnahmen in der Regel geeignet seien, die Effektivität der einzelnen Unternehmen und damit den allgemeinen Wohlstand zu fördern”*. In: VOLKER, Emmerich. *Op. cit.*, p. 9.

¹¹ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 976 ss; EASTERBROOK, Frank. Workable Antitrust Policy. *Michigan Law Review*, 84 (1986), p. 19 ss.; BORK, Robert. *Op. cit.*, p. 192 ss.

Richard Posner¹² o termo “poder de mercado” se refere, sobretudo, à habilidade de uma corporação (ou de um grupo de grandes corporações, atuando de forma conjunta) de elevar os preços acima do nível competitivo, sem perder tantas vendas, de modo tão rápido que o incremento do preço é pouco vantajoso e deve ser rescindido.

É baseado nesse pressuposto que os pensadores da Escola de Chicago são levados a considerar os cartéis ineficientes a partir do momento em que os seus membros passem a ter poder suficiente para concluir o seu objetivo, ou seja, a redução da produção e o aumento dos preços. Isso se deveria ao fato de a redução da concorrência ser considerada uma ineficiência alocativa, não compensada pelos ganhos que poderiam ocorrer através de um processo natural de concorrência. Ainda, segundo esse raciocínio, “associações” entre concorrentes que teriam objetivos diferentes da mera revisão da produção teriam poder suficiente para concluir o seu objetivo. Dever-se-ia ter, portanto, atenção e cuidado para não inibir tais eficiências através de uma ampla política de restrição aos cartéis. A indicação, então, seria pela prudência, à medida em que os cartéis frequentemente tomam vantagem na redução da produção e, até mesmo, se têm sucesso em um determinado período, correm o risco de facilmente se autodestruir, já que os seus membros têm inexorável estímulo a fraudar os processos concorrenciais, assim como outros concorrentes surgem no mercado para fornecer a oferta retirada.¹³

Neste contexto, conforme afirmam os *chicagoans*, o único objetivo das normas *antitrust* deveria ser o combate do abuso de poder dominante manifestado através da redução arbitrária da produção. A formação de cartel, então, não seria uma infração em si, a menos que o grupo dominante reduzisse drasticamente a sua produção após ter obtido o poder de fazê-lo através de ações, e não com base em méritos competitivos (como, por exemplo, ações finalizadas unicamente a penalizar concorrentes e que não prometem benefícios aos consumidores). Em tal linha de raciocínio, dever-se-ia evitar condenar qualquer outra ação anticoncorrencial, concedendo a todas as empresas a liberdade de destruir os próprios concorrentes através de dura competição. Deveria, deste modo, sempre ser

¹² LANDES, Willian et POSNER, Richard. Market Power in Antitrust Cases. *Harvard Law Review*, 94 (1981), p. 937. Il testo è citato anche da SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Op. cit.*, p. 65.

¹³ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Op. cit.*, p. 982 ss.; EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Opus cit*, p. 19 ss.

assegurada a liberdade de ser o melhor e, portanto, o vencedor.¹⁴

Ainda nesta linha, as restrições verticais quase nunca se apresentariam como anticompetitivas. Presumir-se-ia, assim, que quando um produtor impõe uma restrição ao seu distribuidor, o escopo é aquele de melhorar a distribuição do seu produto. Se a restrição é dirigida a incrementar o preço, o distribuidor empregará o adicional retorno para uma maior promoção do serviço, incrementando, assim, a produção e o bem-estar do consumidor. Restrição vertical, cliente e controles territoriais serviriam, normalmente, aos interesses comuns de produtores e consumidores de impedir os distribuidores não-produtores-de-serviços de iniciarem um *free ride* em relação aos prestadores de serviços.

O efeito *free ride* faria com que os prestadores de serviços fornecessem menos do que a desejada quantidade de serviço, fenômeno que privaria os consumidores do pacote produto/serviço que demandam. O único objetivo das normas antitruste na área das restrições verticais deveria ser, portanto, o combate de possibilidades remotas de que uma aparente restrição vertical fosse, na realidade, uma cobertura para um cartel de distribuidores e, igualmente, o combate a possibilidades remotas de que a restrição fosse uma cobertura para um cartel de produtores. Este último fenômeno é improvável que venha a ocorrer, a menos que todos os produtores concordem em usar a mesma restrição vertical com o fim de reduzir o risco de fraudes do cartel¹⁵. Examinadas as premissas acima descritas, há de se concordar com Paula Forgioni¹⁶ quando esta afirma que:

A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista, ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de 'eficiência alocativa'; sob esse prisma as concentrações (e o poder econômico que dela derivam) não são vistas como um mal a ser evitado; os acordos verticais passam a ser explicados em termos de eficiência e ganho

¹⁴ Idem, p. 982; EASTERBROOK, Frank. *The Limits of Antitrust*. *Op. cit.*, p. 15 ss.

¹⁵ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Op. cit.*, p. 983 ss.; EASTERBROOK, Frank. *The Limits of Antitrust*. *Op. cit.*, p. 13 ss. In quest'ambito, la Scuola di Harvard critica ferocemente la nozione offerta dai teorici di Chicago: "*Chicagoans greatly overstate the frequency and significance of the free-rider effect. Its empirical significance is at best' modest'. Vertical price and territory restraints, when not in furtherance of cartels, are often the toll of multiproduct dealers to exploit the manufacturer and consumer, forcing inframarginal consumers to buy services they do no want. Exclusive dealing enables powerful manufacturers to impose costs on smaller competitors by prohibiting them from contracting with more efficient distributors, thereby increasing the price they must charge consumers*". In: FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Op. cit.*, p. 983 ss.

¹⁶ FORGIONI, Paola. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 165.

para os consumidores.

Em uma das críticas feitas por Robert Bork¹⁷ aos julgados da Suprema Corte americana, em matéria de antitruste, principalmente nas décadas de 1960 e 1970 – quando a mesma se encontrava predominantemente sob a influência das teorias da Escola de Harvard –, era no sentido de já ser possível identificar os postulados que caracterizam e contrapõem a teoria da Escola de Chicago àquela de Harvard:

Em tempos recentes, a Suprema Corte, sem a compulsão do estatuto e, certamente, sem uma explicação adequada, inibiu ou destruiu uma ampla gama de úteis estruturas e práticas do mercado. Um crescimento interior, no mercado de grande porte, tornou-se perigoso. O crescimento através do *merger* com um rival é praticamente impossível, da mesma forma que o é o crescimento através da aquisição de consumidores ou fornecedores. Também a aquisição com o mero escopo de expansão nos novos mercados foi impedida, enquanto a lei cria uma mitologia sobre os perigos dos conglomerados de *mergers*. *Cooperative ventures* entre negócios independentes são proibidos através da aplicação errônea da *sound policy against price fixing and market division* [escolha política, com cautela, contra os preços acordados e a divisão do mercado]. A corte destruiu as formas mais úteis aos produtores de haverem o controle sobre a distribuição dos produtos, forçando-os a ter modelos de alto custo para alcançar o público. Fez proliferar, sem necessidade, regras de conduta de acordo de preços que tornam os preços mais elevados e os mercados alocadores menos eficientes que os recursos da sociedade.

Todavia, uma possível resposta a tal crítica pode ser encontrada nos escritos de Eleanor Fox e Lawrence Sullivan¹⁸, dois entre os mais importantes expoentes da Escola de Harvard. Segundo eles:

Economistas admiraram e criticaram a lei antitruste. Muitos economistas, especialmente aqueles com tendências da Escola de Chicago, pensam que o antitruste trata do mercado e da mesma forma que é a microeconomia, a lei antitruste deve ser economia. Eles reagem como se a lei estivesse fora, quando ela diverge do seu particular *spectrum* econômico; e eles reagem desta maneira mesmo se a lei diverge porque os processos empíricos não tiveram assunções factuais, ou porque a lei identificou objetivos sociais ao invés, ou em incremento da eficácia alocativa.

Os mesmos autores aprofundam tais precisões, dando uma ênfase sempre maior às

¹⁷ BORK, Robert. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁸ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Op. cit.*, p. 956.

especificidades próprias do direito antitruste, e afirmam que estas não podem ser aprisionadas na análise da eficiência econômica:

O direito não é economia. As leis antitruste não foram adotadas para exprimir a maior eficácia possível dos negócios. Todavia, não queremos um sistema antitruste que faz mal aos consumidores, ao invés de ajudá-los. Um grande segmento da população concorda que a economia é um instrumento que pode ajudá-lo e para tornar mais fácil uma competição dinâmica. Analistas econômicos elaboraram importantes modos de observação que explicam o comportamento do mundo do comércio e qual será o efeito provável de uma prática sobre o mercado. Não obstante o consenso geral de que a economia pode assumir um papel de apoio, a Escola de Chicago, em nome da lei e da economia, lutou, agressivamente, uma guerra ideológica, atacando o antitruste na sua natureza.

Em poucas palavras, Fox e Sullivan ressaltam que a Escola de Chicago defende a possibilidade de que a regulamentação da proteção jurídica da livre concorrência venha minimizada ao máximo possível, e isso, sempre, à medida que tal tutela não seja uma razão de ineficiência econômica. As normas de tutela da concorrência, então, deveriam se limitar a somente prever a ilegalidade dos cartéis e das concentrações que viessem claramente a se contextualizar como criadores de monopólios em mercados com uma perceptível concorrência.

Conforme estes mesmos autores, existiriam algumas características da teoria da Escola de Chicago que reforçariam tal perfil minimalista do direito antitruste. Todas, como demonstram Fox e Sullivan¹⁹, refutáveis do ponto de vista científico. A primeira característica da Escola de Chicago seria a convicção de que tem a prescrição certa para “eficiência”, fato que, para os autores acima referenciados²⁰,

[...] é improvável; alguns diriam altamente suspeitos, e outros diriam errado. Os especialistas em economia discutem intensamente sobre qual esquema provavelmente produzirá uma economia inventiva mais eficiente ou mais dinâmica. A economia não prova uma resposta conclusiva. Dentro de uma ampla faixa, a resposta é indeterminada.

A segunda característica levaria os membros da Escola de Chicago a sempre optar por normas que pressupõem que os mercados são robustos e que as empresas, imbuídas de

¹⁹ In: Idem, p. 958. Vedi, inoltre, HOVENKAMP, Herbert. Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument. *Michigan Law Review*, 84 (1986), p. 1721.

²⁰ Idem, ibidem.

conhecimento perfeito e neutralidade de risco, movem seus recursos de forma rápida e fácil para a oportunidade mais rentável. Fox e Sullivan²¹ criticam essas suposições apresentando dados sobre como as pessoas realmente se comportam nestes contextos, todos solenemente ignorados pelos chicanos, que continuam a

pressionar por regras legais que aceitem essas suposições como verdadeiras. Foi essa mentalidade que levou o juiz Posner a discordar em um caso recente em que um preso ficou cego na cadeia e processou as autoridades por negligência. A maioria do tribunal de apelação achou que a nomeação de um advogado foi indevidamente negada ao prisioneiro, mas o juiz Posner discordou. Supondo a existência de um mercado para advogados que funcionaria como um mercado modelo de Chicago, o juiz Posner argumentou que, se o direito do prisioneiro fosse bom, um advogado teria provado que o caso do prisioneiro não procederia.

Em terceiro lugar, a Escola de Chicago definiria a competição em termos de eficiência, e essa última como a ausência de ineficiência. A ineficiência seria definida, portanto, em termos de contenção artificial de saída. Assim, segundo os autores de Harvard²², qualquer atividade que não limite comprovadamente a produção seria eficiente e, portanto, procompetitiva, tentando “provar” que

quase toda atividade comercial é eficiente - um truque interessante. Em seguida, os adeptos da Escola de Chicago declaram que a eficiência (definida acima) é idêntica ao bem-estar do consumidor. Para eles, no entanto, o bem-estar dos produtores quase sempre se sobrepõe ao bem-estar do consumidor, independentemente da estrutura do mercado. Embora seja verdade que o interesse do produtor e do consumidor estejam em harmonia em um mercado perfeitamente competitivo, a maioria dos mercados não é competitiva nesse nível. Finalmente, o paradigma produtor-mais-bem-estar-consumidor pressiona o analista a pensar apenas em termos de resultados agregados ou riqueza da nação. Mas esse conceito é estático e orientado a resultados, enquanto a lei antitruste é dinâmica e orientada a processos. Eles protegem não um resultado, mas uma competição por processos. A lei antitruste estabeleceu regras justas para o jogo. Eles dão direitos de acesso e oportunidade. As leis antitruste preservam e promovem interações dinâmicas entre os que estão no mercado. Eles lidam não com a riqueza nacional agregada, mas com as expectativas e o comportamento das pessoas que participam dos mercados.

²¹ Idem, ibidem.

²² Idem, ibidem.

Ainda neste âmbito, é significativo o modo como Fox e Sullivan²³ respondem à questão “*Is non-Chicago antitrust law ‘mush’?*” apresentada no apêndice do artigo “*Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?*”. Segue a resposta:

Não. A lei antitruste não é, por definição, a lei da escola de Chicago. Se os economistas da Escola de Chicago fossem os legisladores, o antitruste não existiria. Ao confirmar a lei antitruste para proibir a limitação da produção e assumindo que as forças do mercado livre não tolerariam a limitação da produção, os Chicagoans levariam o mundo para mais perto de sua sociedade ideal, na qual as empresas têm liberdade máxima para agir, livres de restrições do governo. Mas a lei antitruste existe e a lei é coerente. Ao longo de seu século de evolução, a lei equilibrou valores concorrentes incorporados a ela. A Escola de Chicago não tem receita para extrair a última gota de eficiência de recursos escassos ou mesmo para fornecer incentivos que provavelmente produzam a economia mais dinâmica.

De acordo com o que observam os mesmos autores, os principais elementos que caracterizam o pensamento jurídico e econômico da Escola de Chicago podem ser resumidos em cinco fatores:

- (1) A eficiência deve ser o escopo exclusivo da legislação comercial; virtualmente, toda a legislação que não aquela constitucional.
- (2) A eficiência deve ser medida somente num sentido negativo; ou seja, a lei deve atingir somente o que é ineficiente. A restrição da produção é a ineficiência a ser prevenida.
- (3) O mercado pune a ineficiência mais rápido e melhor do que a máquina legislativa.
- (4) Não há margem entre a eficiência e a ineficiência. Portanto (já que a ineficiência das empresas privadas é vista somente em termos de restrição da produção), a atividade que não restringe a produção é eficaz e a normatização de tal atividade suprimiria a liberdade dos produtores de servirem os consumidores do modo que estes desejam.
- (5) A lei é economia (somente até o ponto em que as generalidades são necessárias para tornar possível a administração). Eficiência é justiça.

Os pressupostos acima explicitados podem ser facilmente encontrados em diversos escritos de alguns entre os principais expoentes da Escola de Chicago, ou seja, de Robert

²³ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Op. cit.*, p. 988; FOX, Eleanor. The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Market: Antitrust as a Window. *New York University Law Review*, 61 (1986), p. 556 ss.

Bork²⁴, Richard Posner²⁵ e Frank Easterbrook²⁶. A principal acusação feita à Escola de Chicago pelos seus opositores é, portanto, aquela de ter criado uma “moda” em que somente a abordagem econômica passaria a ser vista como apropriada para resolver os problemas de restrição da tutela da livre concorrência. Com tal abordagem, a doutrina elaborada pelos *Chicagoans* no curso dos anos viria excluindo quase todos os outros pressupostos históricos, sociológicos, jurídicos e políticos, de caráter não-econômico que formavam a base da análise antitruste. Como afirma Robert Pitofsky²⁷, foram sistematicamente excluídos do âmbito da política antitruste americana importantes considerações que, no passado, tiveram um papel determinante.

2 A INFLUÊNCIA DOS DITAMES DA ESCOLA DE CHICAGO EM MATÉRIA DE TUTELA JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ao longo das últimas décadas, com a expansão e a complexificação dos mercados, assim como com o impacto da globalização econômica, é possível notar sensível crescimento nos diferentes e variados litígios que chegaram aos tribunais superiores brasileiros tendo por objeto direto ou indireto a aplicação das normas de tutela da concorrência presentes no ordenamento pátrio. Na segunda parte deste ensaio tratar-se-á de analisar casos específicos nesta matéria que tramitaram nestas instâncias em que é possível constatar a presença e a influência de alguns pressupostos da Escola de Chicago na emanção das decisões e, em outros casos, o seu afastamento.

Neste âmbito, o primeiro caso que se aborda é a Reclamação nº 15731 RJ - RIO DE JANEIRO 9988473-35.2013.1.00.0000, que teve como relator o Ministro Teori Zavascki, tendo por data de julgamento 12 de dezembro de 2016²⁸. No julgado, que trata sobre a exigibilidade ou não do adicional tarifário previsto no artigo 6º do Decreto 76.590/75, o referido tribunal reconhece que o mercado de companhias aéreas no Brasil é muito restrito. São basicamente

²⁴ BORK, Robert. *Op. cit.*, p. 90 ss.

²⁵ POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Boston: Harvard University Press, 1981, p. 13 ss.

²⁶ EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, 63 (1984), p. 21 ss.; EASTERBROOK, Frank. Workable Antitrust Policy. *Op. cit.*, p. 1696 ss.

²⁷ PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 127 (1979), p. 1075. Vedi inoltre SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Op. cit.*, p. 54 ss.

²⁸ Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416477275/reclamacao-rcl-15731-rj-rio-de-janeiro-9988473-3520131000000?ref=serp>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

duas grandes empresas que atuam de forma preponderante, quais sejam, a Gol e a TAM, as quais são acompanhadas de outras empresas de porte bem menor, e que não conseguem, segundo o julgado, competir entre si, em patamares razoáveis.

Os termos da decisão afirmam que há “Potencialidade de graves desequilíbrios para o próprio funcionamento do sistema”. Em outras palavras, o adicional tarifário seria uma cobrança que poderia comprometer os caixas das empresas, em especial das empresas menores. Analisando os pormenores do caso, a título de fundamentação, o Supremo Tribunal Federal acaba por citar a Escola de Chicago. Sem deixar de criticar a escola norte-americana, afirmando que esta seria exageradamente liberal, a decisão se aproxima desta última ao reconhecer que o caso nos autos poderia ser melhor resolvido por meio de métodos de resolução de conflitos mais abertos e menos formais. Ainda, neste mesmo sentido, acrescenta que em momento de mercados globais, determinadas questões são por demais complexas e as soluções propostas pelo direito muitas vezes são incapazes de resolver de forma adequada os problemas da atualidade.

O cerne da decisão, que interessa a esse trabalho, é o reconhecimento da corte de que “A intervenção do Governo mediante políticas tarifárias não pode gerar desequilíbrios graves no sistema composto por poucos atores que entre si guardam agressiva competitividade de mercado”. Por outro lado, a Administração deve providenciar “mecanismos para evitar o desequilíbrio”.

O segundo estudo de caso é da lavra do Superior Tribunal de Justiça, e se apresenta no âmbito do Recurso Especial n. 403542 SP 2013/0327114-2, tendo como relatora a Ministra Regina Helena Costa, com publicação em 04 de novembro de 2014²⁹. O mérito da discussão era sobre o deferimento ou indeferimento do pedido de justiça gratuita formulado pelo autor da ação. O INSS, que era a contraparte processual, sustentou que o pleito deveria ser indeferido, porquanto “a renda familiar per capita” extrapolaria “o limite de um quarto do salário mínimo”. Os termos da decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, rechaçando a tese do INSS, foram no sentido de que a norma jurídica não poderia “criar parâmetros ou critérios fixos de miserabilidade econômica, como a que dispõe como unidade familiar

²⁹ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153659056/agravo-em-recurso-especial-aresp-403542-sp-2013-0327114-2?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

hipossuficiente, aquela que perceba renda per capita igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”, como se o salário mínimo vigente no Brasil fosse um valor equivalente ao praticado “em países do chamado primeiro mundo”.

Para conferir suporte à tese do julgado, o Tribunal citou a Escola de Chicago. Inicialmente, asseverou que a Constituição Federal de 1988 se preocupou “com a significativa massa de excluídos então existente na sociedade brasileira”; que “essa situação deteriorou-se sobremaneira de lá para cá, fruto da adoção de políticas sociais e econômicas desumanas, excludentes e muitas vezes cruéis”, as quais sobrevalorizaram “o capital financeiro em detrimento do trabalho e das políticas sociais compensatórias, como a saúde e a seguridade social”, segundo os ditames do “equivocado dogma neoliberal da chamada Escola de Chicago, e consoante o adágio “não existe almoço grátis”, o que fez com que aumentasse “a miséria e a exclusão social e, em consequência, o número de cidadãos desamparados pelo poder público e necessitados”.

Como é possível perceber, o precedente defende que a doutrina da Escola de Chicago seria a responsável pelas “políticas sociais e econômicas desumanas, excludentes e muitas vezes cruéis”, como se o Brasil estivesse seguindo à risca a doutrina neoliberal capitaneada pelos Estados Unidos da América. Os termos utilizados pelo referido tribunal, quando da prolação desse julgado, no final do ano de 2014, parecem deslocados à medida que, naqueles idos, o Brasil vinha há mais de uma década sendo governado por uma coalisão de partidos de esquerda que estava implementando políticas sociais bem claras, com o amplo apoio da maioria dos parlamentares das duas casas do Congresso Nacional, bem como o de inúmeros governos estaduais, municipais e os seus respectivos parlamentos.

Outro julgado significativo neste contexto provém do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Apelação n. 40017474920138260037 (SP 4001747-49.2013.8.26.0037), tendo como relator o Desembargador Renato Rangel Desinano e data de julgamento 07 de maio 2015³⁰, em uma discussão sobre revisão contratual. Na análise do caso, que tratava do “Repasse do Imposto sobre Operações de Crédito” pelo banco credor ao Fisco, o referido tribunal estadual citou um precedente do Superior Tribunal de Justiça, na época da lavra do Ministro-

30 Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186852884/apelacao-apl-40017474920138260037-sp-4001747-4920138260037/inteiro-teor-186852893?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

Relator Ruy Rosado de Aguiar, em que se reconhecia que “as taxas praticadas no Brasil chegam a resultados muitas vezes absolutamente inaceitáveis do ponto de vista ético”, e que “a Escola de Chicago pregaria a “interpretação econômica do contrato”, com absoluta submissão ao interesse do mercado, sendo inaceitável proibir ao juiz corrigir o evidente excesso presente no caso submetido a seu julgamento”.

No mesmo conduto de exposição, o julgado aduz que “As taxas de mercado podem ser aceitas para os negócios em geral, quando houver efetiva concorrência, adequadamente fiscalizada pelo Estado, além da possibilidade real de escolha, o que de nenhum modo acontece”. Dessa forma, muito embora não caiba “ao juiz interferir genericamente no mercado para estabelecer taxas”, é sua obrigação “intervir no contrato que está julgando, para reconhecer quando o princípio do equilíbrio contratual foi violado, a fim de preservar a equivalência entre a prestação oferecida pelo financiador e a contraprestação que está sendo exigida do mutuário”. Cumpriria a ele, portanto, “aplicar o dispositivo legal que proíbe cláusulas potestativas”, bem como deveria ainda o juiz “verificar se no modo de execução do contrato não há perda substancial de justiça, com imposição de obrigação exagerada ou desproporcionada com a realidade econômica do contrato”. Para tanto, “sequer necessita invocar o disposto no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o sistema do nosso Direito Civil é suficiente para permitir a devida adequação”³¹. É possível constatar, destarte, o viés interventivo do Judiciário do Estado de São Paulo nesse julgado, e, por consequência, o do precedente citado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o Judiciário deveria intervir nas relações privadas quando o contrato se apresentasse desproporcional em relação a uma das partes.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no âmbito do recurso especial n. 1163283 RS 2009/0206657-6, tendo por relator o Ministro Luis Felipe Salomão, com julgamento em 07 de abril de 2015³², que versava sobre revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito, relativamente a contrato de financiamento habitacional, em que o autor buscava eventual equilíbrio contratual, por meio de revisão de cláusulas reputadas abusivas, voltou a citar a Escola de Chicago, como doutrina que “tem como pressuposto o aumento do grau de

³¹ REsp nº 445.446 RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.04.2003, grifo nosso.

³² Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6/relatorio-e-voto-185363841?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos”. Dessa feita, conforme o tribunal, “a análise econômica do direito não pretende”, por assim dizer, “submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos”.

Segue o texto do julgado afirmando que o Direito tem se aproximado da “realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados”, sendo que a interrelação desses dois ramos científicos “é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra” e que, inclusive, essa interação “pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social”. Ainda de acordo com o julgado, “a análise econômica do direito permite medir, sob certo aspecto, as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas”, servindo de norte para “para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social”. Essa “coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetiva ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito”.

Dessarte, conclui o texto da decisão, a *Law & Economics*, que aqui parece ser interpretada pelo tribunal como sinônimo dos postulados da Escola de Chicago, “aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo”. Desta forma, ainda nesta linha de pensamento, haveria evolução do sistema e garantia de que outras pessoas fossem beneficiadas quando os contratos entre financiadores e financiados fossem respeitados. Nesse sentido, quando as instituições são mais sólidas e respeitam as leis do mercado, “os interesses coletivos e difusos presentes nas relações contratuais” favorecem a economia, o que acaba por reduzir “os riscos, as incertezas e os custos de transação”, viabilizando o crescimento da concessão de crédito e isso torna a economia mais dinâmica.

Por fim, a decisão sustenta a ideia de que, se há “segurança suficiente de que o dinheiro será retomado em caso de inadimplemento (seja através da garantia geral dada pelo próprio patrimônio do devedor, seja por alguma garantia extra, real ou fidejussória)”, os juros baixarão, eis que o risco da operação será pequeno, o que é benéfico tanto para a sociedade

de um modo geral como para os titulares do capital que terão mais negócios a entabular. Nesse caso, está-se diante de um precedente que claramente se manifesta a favor das premissas da Escola de Chicado e da Análise Econômica do Direito, algo até então inusitado na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

O mesmo tribunal, no bojo do processo referente ao recurso especial n. 1036329 SP 2008/0160961-6, tendo por relator o Ministro Humberto Martins, julgado em 14 de outubro de 2009³³, ao dissertar sobre a sobreposição do interesse público sobre o interesse privado, registrou que no Brasil existem defensores “do *Law and Economics*”, em especial com relação ao questionamento acerca das “prerrogativas legalmente atribuídas ao Poder Público, a pretexto de que importariam ofensa à isonomia com os particulares”. Nesse sentido, haveria de se “reafirmar a supremacia do interesse público”, jogando uma pá de cal na tese de que o Brasil seria um país liberal. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado pode ser facilmente comprovado por meio da simples leitura do texto constitucional, o qual traz expresso princípios como “função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros”. Restaria, deste modo, patente negação a outros princípios contidos no mesmo texto legal, tais como livre iniciativa, livre exercício da atividade econômica, livre concorrência etc.

Em outro caso, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão que consta nos autos do processo n. 10987263220138260100 SP 1098726-32.2013.8.26.0100, tendo por Relator o Desembargador Carlos Abrão, de 20 de fevereiro de 2019³⁴, relativo à “resolução de contrato cumulada com indenização por perdas e danos”, na mesma linha do caso anteriormente narrado, restou consignado que “Hayek substitui a ideia de contrato social pela de mercado, vindo a consagrar na década de 1970 a Escola de Chicago”. E para dar respaldo à tese adotada no julgado, asseriu que “os princípios constitucionais econômicos e sua instrumentalidade” poderiam ser reputados “como elementos do funcionamento indicando livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar e direito de propriedade”.

³³ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805047/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1036329-sp-2008-0160961-6/inteiro-teor-16805048?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

³⁴ Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680977181/apelacao-civel-ac-10987263220138260100-sp-1098726-3220138260100/inteiro-teor-680977201?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul igualmente já se debruçou sobre a matéria, no acórdão derivado do processo n. 70081110074 RS, tendo por Relator o Desembargador Eugênio Facchini Neto, publicado em 22 de maio 2019³⁵. Neste, discute-se a pretensão de fumicultores de responsabilizarem civilmente as “concessionárias de energia elétrica, em razão de perdas de produção do fumo devido à interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem”. Para o referenciado tribunal, “os custos para instalação de um gerador” ficariam “abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas” em casos análogos, sendo “razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos”.

Para tanto, a corte invocou “a doutrina do *duty to mitigate the loss*, que vem tendo boa acolhida teórica e jurisprudencial no Brasil, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional”. Não obstante, a ausência de normatização da matéria no Brasil é significativa e a importação dessa teoria a fim de aplicar o “princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva”, na perspectiva “de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva”. Sob o prisma da análise econômica do direito, suscita-se “a doutrina do *cheapest cost avoider*”. Por meio de um critério objetivo, pode-se “minimizar perdas e evitar custos”. Portanto, identifica-se “quem pode evitar o dano a um menor custo”.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assentou o entendimento de que, “diante da inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor, com a aquisição de gerador *no-break*”. Em adição, constou no julgado a chamada *Hand Formula*, “segundo a qual pode-se identificar uma negligência quando o custo para se evitar o dano é inferior ao valor do potencial prejuízo, multiplicado pela probabilidade de que ele venha a ocorrer”. Especificamente, no tocante aos fumicultores, “tal custo é relativamente reduzido (instalação de gerador *no-break*), comparando-se com a previsível ocorrência de prejuízos derivados mesmo de curta interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem”.

35 Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713590933/apelacao-civel-ac-70081110074-rs?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

O fato dos fumicultores não terem buscado meios de “evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima pode perder, total ou parcialmente, o direito à indenização” pelos eventuais danos que poderiam ocorrer. O efeito disso “pode ser extraído da análise dos arts. 402, 403 e 945 do CC”. A *quaestio* em evidência não teria como “ser analisada exclusivamente do ponto de vista individual (justiça corretiva), já que ela necessariamente tem implicações sociais (justiça distributiva)”, porquanto “o repasse dos custos dos danos do fumicultor individual para a concessionária de energia elétrica, num primeiro momento, acaba repercutindo sobre toda a sociedade”, uma vez que no regime capitalista vigente no Brasil “todo e qualquer custo ou prejuízo transforma-se em preço ou tarifa. Consequentemente, cedo ou tarde, o valor das indenizações redundará em aumento da tarifa a ser paga por toda a sociedade”.

Dessa forma, o julgado pontuou “que não se trata de um posicionamento que desconsidera os interesses do consumidor específico (o fumicultor), pregando-se a volta do lamentável *caveat emptor*”, mas “de um posicionamento que procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores (todos os usuários de energia elétrica, que, ao fim e ao cabo, pagarão a conta), ao mesmo tempo em que procura demonstrar que”, sob a ótica da análise econômica do direito, em especial, “do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fumicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem para obter sua reparação”.

Por fim, o órgão colegiado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda afirmou que o seu novo posicionamento diante desses casos, “restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante tempo inferior a 24 horas ininterruptas”. Nesse caso, eventuais “prejuízos sofridos pelo fumicultor serão por ele suportados à razão de 2/3, imputando-se à concessionária de energia elétrica o restante”. Sendo a interrupção “por período superior a 24h, a responsabilidade é integralmente da concessionária, ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da Câmara”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível constatar na análise realizada ao longo do ensaio que os principais temas e pressupostos teóricos da Escola de Chicago em matéria de antitruste são de conhecimento dos tribunais brasileiros. Os elementos apresentados na primeira parte deste trabalho foram cuidadosamente investigados, a partir do escólio de respeitados autores norte-americanos desse movimento. A partir disso, foi averiguada, posteriormente, a jurisprudência brasileira constante na segunda parte. Deste modo, a primeira constatação que pode ser afirmada é a de que os tribunais brasileiros, principalmente os ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça, quando se pronunciam em matéria de direito econômico, conhecem e se sentem aptos a utilizar o instrumental teórico desenvolvido pela Escola de Chicago na análise dos casos que a eles são submetidos.

A segunda constatação que emerge ao longo da pesquisa é a contrariedade ou, em alguns poucos casos, relutância, dos tribunais brasileiros em utilizar os elementos teóricos propostos pela Escola de Chicago na análise dos casos em matéria de direito econômico que a eles se apresentam. Com relação especificamente ao Supremo Tribunal Federal, em julgado citado no trabalho, a recepção das premissas da Escola de Chicago foi objeto de crítica contundente. Nas páginas que compõem a decisão acima referida, a Suprema Corte brasileira vigorosamente reprovou os pressupostos da escola norte-americana por, justamente, pregarem o que os ministros julgadores consideraram ser a concessão de uma liberdade excessiva ao agente econômico no âmbito da sua atuação no mercado. Para a referida corte, a intervenção do Estado na economia impondo um quadro normativo de limitações à atuação do agente econômico é primordial, requisito básico para a existência do mercado. Por tal motivo, o Estado deve sempre buscar formas de intervenção com o objetivo de equilibrar o mercado. Ao longo do texto da decisão, contudo, é possível encontrar elemento importante que parece ser apresentado pelos ministros como a principal excusa para a aplicação dos elementos teóricos da Escola de Chicago. Nesta perspectiva, a decisão afirma de modo pontual e objetivo que a complexidade das relações jurídicas da atualidade “desafiam o direito e exigem do juiz uma visão transcendente”, posto ser o mesmo “incapaz, muitas vezes, de resolver de forma adequada os problemas do cotidiano pela sua rigidez”. Se por um lado, os ministros abertamente defendem uma ação intervencionista por parte do Estado, por outro,

se escondem por trás de uma cortina de fumaça, ou seja, aquela da “complexidade das relações jurídicas da atualidade”, para se subtraírem de uma análise mais pormenorizada da eventual possibilidade de aplicar o arcabouço teórico de Chicago sobre o caso.

Em uma linha diferente, mas em consonância com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça contempla a aplicação dos elementos teóricos produzidos pela Escola de Chicago como sendo responsáveis por políticas sociais e econômicas desumanas e excludentes. Por tal motivo, dadas as situações econômicas e sociais brasileiras, seria impossível se valer de tal instrumental para análises jurídicas.

Por fim, o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande no Sul, em julgado citado neste ensaio, acabou por importar algumas das premissas da Escola de Chicago. É o caso, por exemplo, do *duty to mitigate the loss*, bem como da doutrina do *cheapest cost avoider*, para o fim de minimizar perdas e evitar custos. Em outras palavras, por essas premissas, é possível identificar quem pode evitar o dano a um menor custo. No julgado, resta claro que todo e qualquer custo ou prejuízo transforma-se em preço ou tarifa. Consequentemente, cedo ou tarde, eventuais condenações podem resvalar no aumento de preços a serem pagos por toda a sociedade.

Com efeito, à guisa de conclusão, a constatação a que se chegou foi a de que o Poder Judiciário brasileiro, majoritariamente, tem repellido as premissas da Escola de Chicago, adotando em seus julgados posicionamentos claramente contrários à ela, demonstrando-se, portanto, manifestamente favorável à continuidade e ao fortalecimento de uma ação intervencionista estatal no âmbito econômico. Deste modo, critérios como eficiência econômica, maximização da riqueza, custo-benefício e pragmatismo, premissas que o movimento de Chicago prega a rígida observância antes de se fazer qualquer escolha no âmbito judiciário, mas também legislativo, são afastados à medida em que se mantém a opção por uma ação intervencionista visando condicionar a liberdade individual a um quadro normativo limitador no universo econômico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAKE, Harlan; JONES, William. **The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy**. Yale Law School, 65 (1965), p. 363-376. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/715b/35d37a35dece51e01d8187b4b5af2548678b.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BORK, Robert. **Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act**. Journal Law & Economics, 6 (1966), vol 9, p. 7-48.

BORK, Robert; BOWMAN, Ward. **The Crisis in Antitrust**. Columbia Law Review, 1965, vol. 65, p. 363-376. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5243&context=fss_papers>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 15731 RJ - Rio de Janeiro 9988473-35.2013.1.00.0000**, Ministro Teori Zavaski, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416477275/reclamacao-rcl-15731-rj-rio-de-janeiro-9988473-3520131000000?ref=serp>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 403542 SP 2013/0327114-2**, Ministra Regina Helena Costa, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153659056/agravo-em-recurso-especial-aresp-403542-sp-2013-0327114-2?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação n. 40017474920138260037 (SP 4001747-49.2013.8.26.0037)**, relator Desembargador Renato Rangel Desinano, 07 de maio 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186852884/apelacao-apl-40017474920138260037-sp-4001747-4920138260037/inteiro-teor-186852893?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 445.446 RS**, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 22 de abril de 2003. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186852884/apelacao-apl-40017474920138260037-sp-4001747-4920138260037/inteiro-teor-186852893?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 1163283 RS 2009/0206657-6**, Ministro Luis Felipe Salomão, 07 de abril de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6/relatorio-e-voto-185363841?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1036329 SP 2008/0160961-6**, Ministro Humberto Martins, 14 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805047/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1036329-sp-2008-0160961-6/inteiro-teor-16805048?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n. 10987263220138260100 SP 1098726-32.2013.8.26.0100**, Relator Desembargador Carlos Abrão, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680977181/apelacao-civel-ac-10987263220138260100-sp-1098726-3220138260100/inteiro-teor-680977201?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo n. 70081110074 RS**, Relator Desembargador Eugênio Facchini Neto, 22 de maio 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713590933/apelacao-civel-ac-70081110074-rs?ref=serp>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

EASTERBROOK, Frank. **The Limits of Antitrust**. University of Chicago Law Occasional Paper, No. 21 (1985), p. 1-25. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/occasional_papers/36/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

EASTERBROOK, Frank. **Workable Antitrust Policy**. Michigan Law Review, 84 (1986), p. 1696-1713. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2935&context=mlr>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOX, Eleanor. **The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Market: Antitrust as a Window**. New York University Law Review, 61 (1986), p. 554-588. Disponível em: <https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/EleanorMFoxThePoliticsofL_C7A1E570-AD0E-29FD-9FC7FF830F800D50.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. **Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument**. Michigan Law Review, 84 (1986), p. 1721-1729. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss8/6/>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

LANDES, Willian; POSNER, Richard. **Market Power in Antitrust Cases**. Harvard Law Review, 94 (1981), p. 937-996. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles>. Acesso em: 14 fev. 2020.

PERITZ, Rudolph J. **Competition Policy in America**. History, Rhetoric, Law. New York, 1996.

PITOFISKY, Robert. **The Political Content of Antitrust**. University of Pennsylvania Law Review, 127 (1979), p. 1051-1075. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn_law_review>. Acesso em: 14 fev. 2020.

POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. Boston: Harvard University Press, 1981.

SCHMIDT, Ingo; RITTALER, Jan. **Die Chicago School of Antitrust Analysis.** Wettbewerbstheoretische und- politische Analyse eines Credos. Chicago Economics: Permanence and Change. The Journal of Economic Literature, 1986.

STIGLER, George. **A theory of Oligopoly and Barriers to Entry, Economics of Scale, and Firm Size.** The Organization of Industry, 39 (1968), p. 44-61. Disponível em:<<http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ201/Stigler.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

SULLIVAN, Lawrence. **Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships.** California Law Review, 68 (1980), p. 1-12. Disponível em:<<https://lawcat.berkeley.edu/record/1111438?ln=en>>. Acesso em: 14 fev. 2020.