

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DOS
SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS DE NIKLAS LUHMANN: ENTRE O
ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E A CORRUPÇÃO SISTêmICA**

*COMPETITION LAW IN BRAZIL IN LIGHT OF NIKLAS LUHMANN'S THEORY OF
AUTOPOIETIC SYSTEMS: BETWEEN STRUCTURAL COUPLING AND SYSTEMIC
CORRUPTION*

Danilo Brum de Magalhães Júnior*

Resumo

Trata-se de um ensaio teórico, de natureza exploratória, baseado em levantamento bibliográfico que tem por objetivo analisar o Direito da Concorrência à luz da teoria sistemica de Niklas Luhmann. A proposta é relacionar os conceitos da teoria proposta por Luhmann, especialmente “sistemas sociais”, “autonomia”, “acoplamento estrutural”, “irritação” e “corrupção sistêmica”, no intuito de mobilizar seus elementos para manter a necessária unidade do Direito da Concorrência frente ao fenômeno do abuso do poder econômico que poderia, no limite, pôr em risco a autonomia do próprio Direito.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann.

Abstract

This is a theoretical essay, of an exploratory nature, based on a bibliographic survey that aims to analyze Competition Law in the light of Niklas Luhmann's systemic theory. The proposal is to relate the concepts of the theory proposed by Luhmann, especially "social systems", "autonomy", "structural coupling", "irritation" and "systemic corruption", in order to mobilize its elements to maintain the necessary unity of the Law of Competition against the phenomenon of abuse of economic power that could, at the limit, jeopardize the autonomy of the Law itself.

Keywords: Competition Law. Systems Theory. Niklas Luhmann.

Sumário

Introdução. 1. Teoria dos Sistemas em Niklas Luhmann. 2. O Direito como Subsistema Autopoietico. 3. Direito da Concorrência: Acoplamento Estrutural entre Subsistemas do Direito e da Economia. Conclusão. Referências.

* Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Juridicamente, o Direito da Concorrência¹ está centrado naquilo que pesquisadores vem denominando como “teoria jurídica do mercado”², onde o Direito interpreta a ciência econômica e com o valor da justiça “passa a ocupar-se do funcionamento do mercado, estabelecendo princípios, criando regras e diretrizes de modo a garantir a justiça social”³ através da correção de “falhas de mercado” por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial⁴.

A relação entre o direito e a economia é inerente ao Direito da Concorrência. Afinal de contas, a finalidade de tais regras é justamente “resguardar o bom funcionamento dos mercados ao controlar a atuação de empresas que detenham poder de mercado”⁵, por meio da promoção da “eficiência econômica”⁶; ou, ainda, garantir “a plena e equilibrada competição, as empresas que concorrem entre si esforçam-se para oferecer produtos e serviços de melhor qualidade, promovendo inovações tecnológicas, desenvolvimento e preços mais atrativos ao consumidor”⁷.

¹ Em que pese a multiplicidade de expressões aplicadas à matéria de defesa da concorrência (tais como: Direito Antitruste, Direito Concorrencial e Direito da Concorrência, por exemplo), houve preferência de utilização da expressão “Direito Concorrencial” no presente trabalho. Ressalta-se, contudo, que algumas será possível encontrar algumas citações diretas onde os autores utilizaram outras formas de expressão para designar o Direito Concorrencial. Registra-se que a expressão “Direito Antitruste” é derivada do que os norte-americanos chamam de *antitrust law*. Essa identificação ocorreu, acima de tudo, devido ao fato de que as mais repudiadas concentrações econômicas estavam estabelecidas na forma de truste, como, a exemplo, a *Standard Oil*. Então, como direta consequência da aversão a esses trustes, ocorreu a generalização do termo truste para qualquer tipo de concentração, surgindo a denominação *antitrust*. Apesar dessa generalização, esse tipo de concentração não era predominante, sendo que somente um menor número de concentrações ocorria na modalidade de truste. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 70).

² BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*, Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2008; BAGNOLI, V.. *Direito Econômico - o surgimento da teoria jurídica do mercado*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDPE, v. 2, p. 155-167, 2013; BAGNOLI, V. *Teoria Jurídica do Mercado: uma homenagem ao Prof. Fabiano Del Masso*. 1. ed. São Paulo: Scortecci, 2021.

³ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 8^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

⁴ WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.19.

⁶ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 256.

⁷ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 8^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Apesar da inerente e necessária relação entre Direito e Economia na discussão do Direito da Concorrência, não é raro que ela figure como objeto de debates entre os especialistas na matéria. Questões sobre como deve se dar essa relação, quais os seus limites e por que o equilíbrio entre essas duas disciplinas deve ser buscado são apenas alguns exemplos de pontos que alimentam uma discussão repleta de controvérsias. E é importante, claro, que se atente para o alerta de alguns autores de que, atualmente, os processos de decisão das autoridades responsáveis pela aplicação do direito concorrencial têm permanecido fechados a argumentos jurídicos substantivos. Afinal de contas, a “corrupção sistêmica” entre o “sistema jurídico” pelo o “sistema econômico” (ou vice-versa) acabaria pondo em risco a autoreferencialidade do Direito da Concorrência.

É neste contexto que o presente ensaio tem por objetivo apresentar algumas reflexões sobre uma análise sistêmica do Direito da Concorrência. Destaca-se que não há a pretensão alguma de exaurir o tema, colocando-se o presente estudo como a exteriorização de algumas reflexões iniciais sobre uma ideia de análise sistêmica do Direito da Concorrência. Utiliza-se no presente do trabalho os conceitos teóricos extraídos da Teoria dos Sistemas, na concepção de Niklas Luhmann como um suporte teórico apto a propiciar uma melhor observação da interrelação entre o “sistema Jurídico” e o “sistema Econômico”.

Propõe-se aqui, para tanto, tão somente um uso instrumental da teoria proposta por Luhmann, especialmente dos conceitos de “sistemas sociais”, “autonomia”, “acoplamento estrutural”, “irritação” e “corrupção sistêmica”, no intuito de mobilizar seus elementos para manter a necessária unidade do Direito da Concorrência frente ao fenômeno do abuso do poder econômico que poderia, no limite, pôr em risco a autonomia do próprio Direito.

Assim, o presente ensaio se concentra - além da revisão bibliográfica que é esperada para um trabalho de acadêmico - no que está faltando no atual estágio do debate da literatura jurídica especializada, que requer pesquisas com aplicação prática e que proponham soluções de problemas concretos. Assim, pretende-se identificar e avaliar soluções com potencial propositivo e normativo efetivo. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, assim, foi escolhida porque fornece um sofisticado instrumental analítico para a abordagem da complexidade que caracteriza a sociedade contemporânea. Neste sentido, será enfocada, especialmente, a relação entre os subsistemas jurídico e econômico no âmbito de um contexto social.

Para tanto, dividiu-se o ensaio em três partes. Na primeira, será feita uma síntese da construção teórica da Teoria dos Sistemas em Niklas Luhmann para, em um segundo momento, apresentar a ideia do Direito como um sistema autopoietico. O objetivo aqui é apresentar alguns conceitos importantes da teoria Luhminiana que importam à resposta do problema proposto no presente ensaio.

Por fim, na terceira parte, apresentar-se-á a ideia do Direito da Concorrência como acoplamento estrutural dos subsistemas jurídico e econômico.

1 TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN

Fazer uma síntese da construção teórica de Luhmann não é tarefa nada fácil, especialmente porque se trata de uma teoria que implica um entrelaçamento de conceitos intimamente relacionados, ou seja, autorreferenciados⁸. É por isso que, adverte-se desde já, que não é pretensão nossa esgotar a discussão proposta por Luhmann – tarefa que, inclusive, seria impossível em um artigo – mas apenas apresentar alguns conceitos importantes da teoria Luhminiana que importam à resposta do problema proposto no presente ensaio, dada a amplitude da abordagem luhmanniana⁹, com a consciência de que a potencialidade da construção empreendida pelo autor vai muito além do que se poderá externalizar na presente construção, dadas as limitações materiais e temporais.

Insatisfeito com o potencial explicativo que a sociologia tradicional possui para abordar a complexa realidade social hodierna, Niklas Luhmann inicia o projeto de construir a sua própria teoria social universal recorrendo à teoria geral dos sistemas. Uma característica importante na obra do autor é a interdisciplinaridade. A proposta teórica de

⁸ O que supõe importantes diferenças com respeito ao conceito clássico de sistema, enquanto conjunto de elementos que mantêm determinadas relações entre si e que se encontram separados de um ambiente determinado. Para ver mais: LUHMANN, N., *Sistemas Sociais* – Esboço de uma Teoria Geral. Petrópolis: Editoria Vozes, 2016 , p. 50-51; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLA BÓAS Filho, Orlando. *Teoria dos Sistemas Sociais* – Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013

⁹ A verdade é Luhmann propõe uma reconstrução da teoria do conhecimento e identifica, em meio à complexidade da sociedade moderna, o desenvolvimento de subsistemas sociais, como o direito, a política, a economia, a ciência, as artes, a religião, dentre outros. Tamanha é a amplitude de sua obra – conduzida a explicar não uma ou outra vertente social, mas a sociedade como um todo –, que se dedicou o autor a produzir, dentre centenas de outros trabalhos, um livro especialmente destinado a cada um desses subsistemas sociais: *Das Recht der Gesellschaft* (O Direito da Sociedade), em 1993; *Die Kunst der Gesellschaft* (A Arte da Sociedade), em 1995; *Die Politik der Gesellschaft* (A Política da Sociedade), em 1998; *Die Religion der Gesellschaft* (A Religião da Sociedade), em 2000; *Das Erziehungssystem der Gesellschaft* (O sistema Educacional da Sociedade), em 2002. A principal foi publicada em 1997, com o título *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (A sociedade da Sociedade), que buscou demarcar os propósitos, os conceitos e o percurso intelectual de sua teoria da sociedade. As obras publicadas após 1998 foram publicações póstumas.

Niklas Luhmann é influenciada pelos estudos de Talcott Parsons, Ludwig Bertalanffy¹⁰ e pelas pesquisas empíricas desenvolvidas na biologia (através, em especial, do conceito de autopoiese de autoria de Humberto Maturana e Francisco Varela), na neurofisiologia, na neurologia, na cibernetica, na matemática e na lógica¹¹ e se propõe a explicar a sociedade contemporânea, cuja nota distintiva é a complexidade¹² em todos os seus aspectos, criando, para tanto, uma teoria reflexiva e autorreferente¹³. A proposta de Luhmann, que é tipicamente sociológica (e não jurídica)¹⁴.

É embasado nesse ponto de vista que Luhmann afirma não ser mais possível observar a sociedade sob o prisma da sociologia clássica proposto por Marx, Maine, Durkheim e Weber. É preciso, para o autor, ver o todo e não apenas a parte, as funções e não somente os elementos. É nesse contexto que, conforme Orlando Villas Bôas Filho¹⁵, Luhmann propõe a Teoria dos Sistemas como forma de superar os obstáculos epistemológicos para a análise da sociedade contemporânea:

Para Luhmann, o potencial inovador da teoria dos sistemas decorreria justamente da superação desses obstáculos epistemológicos. Para tanto, a

¹⁰ Para Leonel Severo Rocha, "A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade. O sistema, para Bertalanffy, é um conjunto de elementos que se encontram em interação. Nesta teoria, entende-se que o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões exteriores e às reações dos seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por Parsons, possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação (ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 28).

¹¹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, AndréJean. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33-107, p. 2.

¹² Nas palavras de Luhmann, [...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983, p. 45)

¹³ Para Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho, " (...) A teoria dos sistemas autorreferenciais se organiza em torno da noção de diferença. Essa mudança de perspectiva possibilitou o fechamento do sistema em relação ao ambiente e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais. Tal estratégia permitiu a resposta à pergunta o que é um sistema? Os sistemas são capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referencias internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações. Os sistemas se autoproduzem. Essa virada à autoreferencialidade, de um lado solucionou o problema da identidade dos sistemas, mas de outro, ressuscitou o problema da abertura: como imagina-la a partir da lógica da autorreferência? A resposta foi paradoxal: o fechamento é condição de possibilidade de abertura" (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43-44).

¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16-17.

¹⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010

teoria dos sistemas postula, em primeiro lugar, a separação entre sociedade (sistema social, cuja autopoiese se opera com base na comunicação) e homem (sistema psíquico, cuja autopoiese tem por elemento a consciência) que, nesse sentido, tornar-se-iam ambiente (*Umwelt*) um para o outro. Em segundo lugar, a adoção de um conceito abrangente de sociedade, definida como "sociedade mundial" (*Weltgesellschaft*), que englobaria as diversas "sociedades regionais" encaradas, assim, como simples diferenciações de condição de vida no âmbito de um sistema social global. Em terceiro lugar, a rejeição da tese de que a "integração consensual" poderia ter um significado constitutivo da sociedade. Por fim, a assunção de uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema auto-referencial que descreve a si mesmo, de modo que a sociologia apareceria como um a autodescrição (uma operação autológica) da sociedade.

De forma bem diversa das concepções sociológicas clássicas, portanto, a teoria de Luhmann concebe a sociedade não como um conjunto de homens ou de ações humanas, mas como um sistema autoreferente que cria suas próprias condições de existência e de mudança, sendo a comunicação a célula de todo esse processo de autocriação e de diferenciação do ambiente.

Dito de outra forma, a sociedade não é mais pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geográfico delimitado. Na perspectiva luhmanniana ela passa a ser concebida como um sistema, que autorreproduz sua operação peculiar que é a comunicação.

A sociedade, para Luhmann, é complexa porque existe uma gama de experiências e ações em seu interior, de modo que a escolha por uma delas implica necessariamente na renúncia de outras, ao mesmo tempo em que leva à criação de novas experiências e ações¹⁶. Contudo, dada a impossibilidade de se realizar todas essas ações e experiências, é preciso que o sistema social selecione esses elementos, reduzindo, pois, a complexidade do ambiente¹⁷.

A teoria sistêmica de Luhmann consiste em oferecer uma explicação das relações sociais, permitindo a sua compreensão e, assim, a redução da complexidade e da contingência que pautam a imprevisibilidade da vida humana na alta modernidade. Afinal de contas, se o indivíduo tiver que levar em consideração todas as respostas possíveis no âmbito social, haverá, sem dúvida, uma paralisação, um bloqueio na dinâmica social.

A premissas metodológicas básica da teoria de Luhmann é o fato de que o sistema somente se constitui a partir de sua diferenciação perante o seu entorno, isto é, seu

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. PortoAlegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 57.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 44 e seguintes.

ambiente. Para Luhmann, o sistema é um conjunto de elementos que mantêm determinadas relações entre si e encontram-se separados por um ambiente determinado. A relação entre o sistema e o ambiente é fundamental para caracterizar o sistema e o sistema se define sempre a partir do ambiente. O sistema, neste conceito, se define por sua diferença com relação ao ambiente. O sistema inclui sempre em sua constituição a diferença a respeito de seu ambiente e só pode ser entendido a partir dessa diferença¹⁸.

De acordo com essa linha de raciocínio o autor identifica, de uma maneira geral, a existência de quatro tipos de sistema no mundo: os não-vivos, os vivos, os psíquicos¹⁹ e os sociais. Assim, o sistema que contém em si mesmo a diferença de seu ambiente é um sistema autorreferente e autopoietico. Neste sentido Luhmann faz referência direta a Maturana e Varela. Contudo, Luhmann nega que a autorreferência feche o sistema em si mesmo, sem contatar com o ambiente. Para o autor o sistema é ao mesmo tempo aberto e fechado. Como autopoietico ele é fechado em si mesmo. Mas é este fechamento que permite que o sistema seja estudado. E é isso que, segundo Luhmann, condiciona a abertura do sistema. Quanto mais fechado, mais aberto.

Dos quatro sistemas identificados pelo autor, somente os três últimos merecem destaque na teoria sistêmica finalmente aduzida pelo autor, uma vez que são sistemas "autopoieticos". *Autopoiesis* é um termo de origem biológica, criado pelos chilenos Maturana e Varela, para designar a célula como algo "autocriado". Enquanto Maturana e Varela restringem o conceito da autopoieses a sistemas vivos, Luhmann o amplia para todos os sistemas em que se pode observar um modo de operação específico e exclusivo, que são, na sua opinião, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos.

Para Luhmann, os sistemas sociais são autopoieticos porque produzem seus próprios elementos, possibilitando a identificação do próprio sistema como unidade. A autopoiese é, assim, uma condição para o fechamento operacional ao mesmo tempo em que esta recursividade de autorreprodução é pressuposta de abertura do sistema. Em outras palavras, aquele pode se relacionar com o seu ambiente, contudo é o próprio sistema que preordena a forma como essa relação se opera. Sendo assim, toda operação é

¹⁸ Contudo, a sociedade de Luhmann não está composta de seres humanos, pois estes compõem o sistema psíquico. Esta sociedade é composta de comunicações. O que ocorre é uma interpenetração entre o sistema psíquico e o sistema social. Entre homens e sociedade se dá uma relação como entre o sistema e seu ambiente.

¹⁹ Os sistemas psíquicos são constituídos pela consciência desses indivíduos. Também são autopoieticos na medida em que os pensamentos geram os pensamentos a partir da observação do que acontece no ambiente. Os sistemas sociais, por fim, são formados somente por comunicações. A comunicação produz a comunicação e tudo o que não for a ela incorporado será tão somente um elemento do entorno.

uma operação dentro do sistema. Portanto, em Luhmann, não haverá referência externa sem autorreferência:

Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos. Os elementos sobre os que se alcançam os sistemas autopoieticos (que vistos sob a perspectiva do tempo não são mais que operações) não têm existência independente (...). Os elementos são informações, são diferenças que no sistema fazem uma diferença. Neste sentido são unidades de uso para produzir novas unidades de uso – para o qual não existe nenhuma correspondência no entorno²⁰.

Para o presente estudo, importa o sistema social. Através desse processo de especificação do sistema social, surgem seus subsistemas integrantes, cada qual com uma função, um código binário e programas capazes de diferenciar tais subsistemas de seu entorno, vale dizer, diferenciá-los dos demais subsistemas, do sistema social e dos sistemas psíquico, orgânico e das máquinas. A solução para a complexidade paralisante em Luhmann, então, se dá com a criação de subsistemas do sistema social, que permitem delimitar um âmbito de complexidade possível de ser operada, objetivando, por fim, a redução da complexidade.

Em outras palavras, há vários outros sistemas menores dentro do sistema social, como por exemplo, o político, econômico, educacional, religioso, etc. Todos fazem parte de um sistema macro, o social. O entorno do sistema ou ambiente é formado por outros vários sistemas ou subsistemas. Os subsistemas sociais, assim, nascem em razão de sua função redutora de complexidade do sistema social, contudo, uma vez constituído um subsistema, este permanece como produto de si mesmo. Neste sentido diz-se que os sistemas sociais são autopoieticos.

Tem-se, portanto, a sociedade em Luhmann, como um sistema social abarcador de todos os demais subsistemas funcionais que estabelecem sentidos próprios. Cada sistema de função passa a situar, nessa ótica, sua identidade por meio de uma autonomia de dar sentido a si próprio, em uma recursividade que, a partir de então, à política só interessa a lógica da política; à economia, o capital e os rendimentos; para a arte, somente a arte; ao Direito, os problemas jurídicos, sendo que o restante do ambiente social se manifesta aos sistemas como ruídos e irritações²¹.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 44.

²¹ Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho²¹ exemplificam como os subsistemas sociais se apresentam em termos de código, função e programa, a rigor do direito, cujo código é o do “lícito/ilícito”, a função é a “generalização congruente de expectativas normativas”, e o programa é o conjunto de

Outro ponto importante de se destacar em Luhmann é que o elemento básico de reprodução no sistema social é o processo de comunicação. Os sistemas sociais são entendidos como sistemas comunicativos. Somente a comunicação é uma operação puramente social porque pressupõe o envolvimento de vários sistemas psíquicos sem que se possa atribui-la exclusivamente a um ou outro destes sistemas: não pode haver comunicação individual. Na medida em que o sistema social afunila suas seleções frente ao seu entorno ou ambiente, utilizando-se da comunicação como meio de reprodução de seu sentido, ele especifica o grau de complexidade estrutural de forma tão particular que faz com que o sistema se subdivida em subsistemas, cada qual com seu código binário e programas particulares.

As comunicações dos sistemas entre si, dos subsistemas entre si, e dos primeiros com os segundos – ou seja, as relações entre sistema e ambiente – se operam por meio, basicamente, de irritações de acoplamento estrutural.

[A] sociedade se comunica com o ambiente externo e em relação a ele se delimita. O sistema jurídico também se comunica e, nessa medida, realiza a autopoiese da sociedade. A sociedade faz uso da linguagem, como também o sistema jurídico em todo caso o faz, com leves variações das condições de compreensibilidade. A sociedade depende do acoplamento estrutural com os sistemas de consciência. O direito também.²²

Assim, os acoplamentos estruturais são pontos de interseção (contato) entre dois sistemas (um sendo ambiente para outro). Guerra Filho e Carnio²³, sucintamente, que o sistema autopoietico

[S]e afigura como um sistema autônomo, pois nele o que se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser “fechado” diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (inputs) e nem saídas (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e por meio dele (2016, p. 297).

“programas condicionais”; da economia, cujo código é o do “ter/não ter”, a função é a de “administrar o problema da escassez”, e o programa é o “preço”; da política, cujo código é o do “governo/oposição”, a função é a de “tomar decisões que vinculem a coletividade”, e o programa é o conjunto de “programas finalísticos”; dentre outros (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.)

²² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. –São Paulo: Martins Fontes –selo Martins, 2016, p. 324

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Introdução à sociologia do direito. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Logo, nessa lógica, se não há entradas ou saídas do sistema para o ambiente, sob pena de ruir sua estrutura de fechamento operativo (ou operacional), os acoplamentos estruturais “no próprio sistema só podem suscitar irritações, surpresas e perturbações”²⁴. A irritação, assim, também é “uma forma de percepção do sistema; mais precisamente uma forma de percepção sem um correlato no ambiente”²⁵, e é assim que “os acoplamentos estruturais, com seu duplo efeito de inclusão e exclusão, facilitam a concentração da irritabilidade e mesmo preparam-se, no âmbito de suas possibilidades, para eventualidades”²⁶.

A corrupção sistêmica pode permanecer no campo operativo (sendo momentânea e eventual), porém, alcançando o nível estrutural que se torna problemática, atuando no plano da estabilização das expectativas. Nesse caso, já é quase certo de que o sistema corrompido não tenha condições de reagir aos atos de corrupção. E agrava-se ainda mais, em contextos sociais da sociedade contemporânea, quando a corrupção estrutural de um sistema por outro tem uma propensão à generalização. No âmbito da teoria dos sistemas, Marcelo Neves refere-se a essa situação como caso de “alopoiese do direito”²⁷, isso significa que “esse sistema é determinado diretamente (não apenas condicionado) por outro (s), sendo incapaz de uma autoprodução consistente ou fechamento operativo”²⁸.

A corrupção sistêmica, assim, acaba com a autonomia operacional do sistema jurídico, estabelecem-se outros códigos de comunicação decorrentes do poder econômico, financeiro, político, familiar, os quais se sobrepõem ao código lícito/ilícito, o que coloca em jogo a eficiência do direito.

A compreensões desses pressupostos teóricos se fazem necessários para a argumentação a ser desenvolvida a seguir, na qual busca-se traçar como funciona o subsistema jurídico, em Luhmann.

²⁴ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. –São Paulo: Martins Fontes –selo Martins, 2016, p. 592.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. –São Paulo: Martins Fontes –selo Martins, 2016, p. 593.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. –São Paulo: Martins Fontes –selo Martins, 2016, p. 593.

²⁷ NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em direito*. Recife, n. 5, 1992.

²⁸ NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em direito*. Recife, n. 5, 1992, p. 140.

2 O DIREITO COMO SUBSISTEMA AUTOPOIÉTICO

Para Luhman, o sistema jurídico, na busca pela redução da sua complexidade, aplica a si mesmo uma distinção específica, baseada na codificação binária do Direito/não Direito, em outras palavras o que ocorre no interior do sistema é que o circuito comunicativo geral desse desenvolve novos circuitos comunicativos parciais. Por consequência, “através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei”²⁹.

O objetivo é buscar em sua especialização funcional a redução da complexidade, o que por conseguinte acaba por gerar um aumento da sua própria complexidade, diante da possibilidade do fechamento operacional desse.

A organização autopoietica do Direito não permite transacionar diretamente diferentes tipos de comunicação (de fora para dentro do sistema), sob pena de o próprio Sistema Jurídico se decompor (podendo integrar outro sistema, ou outras possibilidades logicamente viáveis). O sistema jurídico, portanto, ao agir dessa forma, operacionalmente fechada, gera autonomamente sua própria abertura, o que possibilita a incursão da diferenciação em seu interior, com intuito de combater os paradoxos que se originaram, que nada mais são do que o modo pelo qual o sistema observou as suas autorreferenciais.

De qualquer forma, o fechamento sistêmico não significa que o Direito esteja alienado, isolado, mantendo-se com os “olhos” virados unicamente para si mesmo. Assim, o sistema jurídico é aberto cognitivamente porque está “aberto” ao seu ambiente, necessitando constantemente processar resultados de observações realizadas, gerando uma evolução.

De acordo com Niklas Luhmann, a função do Direito está ligada às expectativas. Diante disso, a norma não tem o condão de assegurar um comportamento conforme a norma, mas protege quem tem essa expectativa³⁰.

O Direito na visão sistêmica, portanto, é um mecanismo de função seletiva de estabilização de expectativas comportamentais sociais, que possam ser edificadas em três dimensões:

²⁹ LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito*. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Seqüência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun. 1994, p. 18.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-110.

“Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. [...] Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. [...] Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas.”³¹

O Direito para Luhman, portanto, é um sistema do tipo aberto cognitivamente, passível de ser estimulado pelos ruídos ou perturbações oriundos do ambiente. Perturbações essas que são suficientes para gerar a energia que alimenta suas operações internas. Há que se salientar que essa abertura é seletiva, baseada na imputação que por sua vez é derivada da autorreferencialidade. Ou seja, após observar o meio externo e suas demandas, bem como a si mesmo e sua própria capacidade estrutural para a redução da complexidade, o sistema seleciona os ruídos que serão considerados como informação. Entretanto, no sentido do procedimento, da estrutura, o Direito é um sistema fechado pois apenas pode reconhecer, reproduzir, resolver conflitos por meio da complexidade do sistema jurídico. Desse modo, o sistema jurídico se acopla com outros sistemas, selecionando aquilo que necessita para desenvolver sua própria autopoiese³².

Enquanto sistema autorreferencial e autopoético, o Direito desempenha sua função através de seu código binário privativo lícito/ilícito ou direito/não. Toda e qualquer comunicação jurídica (sempre interna ao sistema) orienta-se unicamente por este código. Através deste o Direito processa em seu interior expectativas normativas jurídicas capazes de manter a si mesmas em situações de conflito. O meio de comunicação simbolicamente generalizado é a norma jurídica, definida como expectativa estabilizada como dever-ser através de uma sanção jurídica.

Ou seja, o direito constitui-se e opera mediante uma programação condicional (condicionamento das normas jurídicas): se forem preenchidas determinadas condições, deve-se adotar uma determinada decisão. Esta programação condicional é uma decisão jurídica porque é definida pelo próprio sistema como o elemento de sua constituição e reprodução. O direito se diferencia do sistema social através de uma decisão política,

³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito* I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983, p. 109.

³² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

definindo que programação do sistema jurídico será estabelecida através de processos decisórios de natureza exclusivamente jurídica. Em suma: o Direito se cria e atua através de processos decisórios jurídicos.

Nesta trilha, enquanto sistema autopoietico, é o Direito que produz o Direito, ou seja, as normas jurídicas são produzidas a partir de outras normas jurídicas. Só o Direito pode dizer o que é Direito e o que não o é. Isto implica na positivação do Direito, vale dizer, na fixação do Direito pela legislação e não segundo exigências do Direito Natural.

Sendo sistema autopoietico, é o Direito que produz o Direito, ou seja, as normas jurídicas são produzidas a partir de outras normas jurídicas. Assim, o próprio sistema do estabelece as condições de sua própria validade, se legitimando como Direito. Em suma: a legalidade é a única legitimidade. Assim, o Direito tem validade porque ele poderia ser modificado através de uma decisão jurídica³³.

Luhmann, em sua obra Legitimidade pelo Procedimento, explica que a legitimidade do sistema jurídico está no procedimento e não nas partes que o compõem. Ele analisa três procedimentos jurídicos: o judiciário, o legislativo e o administrativo, e refere que “a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis”³⁴. O direito, então, legitima-se quando os procedimentos geram a ilusão, que é necessária a fim de que a possibilidade de decepção rebelde não se concretize. Tais operações que dão legitimidade ao sistema devem estar de acordo com a Constituição³⁵, enquanto acoplamento do sistema jurídico com o sistema político³⁶.

O direito, então, tido como sistema autopoietico, mas que admite irritações externas legitima-se quando os sujeitos participam dos procedimentos por meio da comunicação. Assim, geram uma necessária ilusão, a fim de que a possibilidade de decepção rebelde não se concretize, obtendo com isso a obediência.

A partir dos conceitos acima apresentados, tem-se que a concepção do direito, em Luhmann, é subsistema social autopoietico, devendo a operação jurídica ser autorreferencial e se basear no código do próprio sistema jurídico (lícito/ilícito –

³³ LUHMANN, Niklas. *Legitimização pelo Procedimento*. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimização pelo Procedimento*. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 4.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo camelo*: do sentido de uma análise sociológica do Direito, p. 39.

³⁶ Sobre a ideia da Constituição Federal como acoplamento do sistema jurídico com o sistema político, recomenda-se a leitura de: LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os. *Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito*, 11, 1, 2013, p. 27-45.

direito/não direito), restringindo-se suas relações com o ambiente (composto pelos demais sistemas – tanto sociais quanto vivos e psíquicos), aos acoplamentos estruturais e às irritações mútuas que são introjetadas após sua tradução em termos comunicativos próprios do código de cada sistema.

Portanto, o uso de critérios extrajurídicos (econômicos, políticos e sociais – sob a perspectiva de sistemas sociais –, mas também provenientes das subjetividades da consciência humana – sob a perspectiva de sistemas psíquicos) na tomada de decisão jurídica compromete a consistência sistêmica e inviabiliza sua operação, colocando em risco a função estabilizadora de expectativas atribuída ao direito. É preciso, por essa razão, compreender que a decisão jurídica, enquanto operação do sistema jurídico, deve ser construída de forma autorreflexiva, ou seja, com base em elementos ínsitos ao próprio sistema jurídico.

3 DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE SUBSISTEMAS DO DIREITO E DA ECONOMIA

Em outras palavras, uma política de defesa da concorrência tem por objetivo “resguardar o bom funcionamento dos mercados ao controlar a atuação de empresas que detenham poder de mercado”³⁷ para “promover a eficiência econômica”³⁸. Paula Forgioni conceitua o Direito Concorrencial como “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência ”³⁹.

O legislador e a jurisprudência de cada Estado devem esclarecer em detalhes o significado dos conceitos de mercado, concorrência, comportamento anticompetitivo e empresas. O preenchimento desses conceitos gerais com um conteúdo específico é um ato necessário para a aplicação prática das regras da concorrência. A atividade de interpretação realizada por esses assuntos é substancialmente definida pela política de concorrência prosseguida dentro de uma ordem jurídica específica; e os objetivos que

³⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.19.

³⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 256.

³⁹ FÔRGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29

uma autoridade da concorrência pretende alcançar é o que molda sua política de concorrência.

No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cita a livre iniciativa como fundamento da República⁴⁰ e da ordem econômica⁴¹. Ao mesmo tempo, a CRFB dispõe que “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (art. 173, §4º).

Para criar e defender o ambiente concorrencial e proteger os interesses da coletividade consubstanciados nos princípios constitucionais, a Lei nº 12.529/11 instrumentaliza as normas do Direito Antitruste no Brasil. O art. 1º do referido diploma legal, considerando os valores definidos na Constituição, prevê “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Não há dúvidas de que, nas discussões concorrenceis, o diálogo entre economia e Direito existe. Dentro dos principais tópicos do Direito da Concorrência, a análise econômica tem papel relevante na definição de mercado, poder de mercado, abuso de posição dominante, cartéis, acordos verticais e fusões & aquisições, bem como utiliza-se do ferramental econômico para abordagem dos problemas jurídicos, tais como teoria dos jogos, os postulados da economia comportamental, uso da econometria e análise financeira, por exemplo.

Mas, nesse diálogo necessário entre economia e Direito, há um grande debate acadêmico de quais são os objetivos do antitruste. Longe de querer aqui aprofundar esta discussão, Eric Hadmann Jasper⁴², em artigo denominado "Paradoxo Tropical: a

⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018).

⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

[...]

IV - livre concorrência; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.)

⁴² JASPER, E. H. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019. Disponível em:

"finalidade do direito da concorrência no brasil" traçou um panorama da discussão qual é a finalidade do direito antitruste brasileiro concluindo que "não há distinção clara entre princípios do direito concorrência e objetivos" na legislação e na jurisprudência da Autoridade brasileira de concorrência (CADE). Por isso, segundo o citado autor "as fontes do direito concorrencial brasileiro não tratam expressamente sobre a finalidade primordial desse ramo do direito no país".

Esse diagnóstico já tinha sido feito pelo ex-conselheiro do CADE e professor Luiz Fernando Schuartz⁴³, quando diagnosticou que, muito embora o Direito antitruste tenha um berço constitucional, e também a atual lei seja manifestação direta do art. 173, §4º da CF, o direito concorrencial se desenvolveu, no Brasil, um tanto à margem da Constituição Federal. Preocupando-se muito mais com a experiência estrangeira e, principalmente, a teoria econômica, a aplicação da lei antitruste se descolou da Constituição e, de um modo geral, do Direito.

Retomando a discussão lançada por Luiz Fernando Schuartz, a também ex-conselheira do CADE e professora Ana Frazão⁴⁴, partindo do pressuposto de que "a concorrência é, na verdade, instrumento para a realização de diversos fins constitucionais", defendeu que "[...] a livre concorrência não pode ser definida apenas por questões econômicas, mas deve ser igualmente por questões essencialmente jurídicas, como a de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, os consumidores e até mesmo os que estão afastados do mercado, tanto sob a ótica da oferta quanto sob a ótica da demanda, em razão de fatores como a pobreza [...]. É por isso que a citada autora defende a "premente necessidade da constitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil e do resgate do seu compromisso histórico com a proteção da democracia, do Estado de Direito e dos princípios da ordem econômica constitucional"⁴⁵. Gilberto Bercovici e José Maria Arruda de Andrade também defendem

<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/424>. Acesso em: jun. 2022.

⁴³ SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 16, 2009, p. 325-351

⁴⁴ FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158

⁴⁵ FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158

que "[...] a concorrência deve ser interpretada e/ou aplicada a partir da própria Constituição, e não independente dela"⁴⁶.

Mas o que tem a teoria dos sistemas a contribuir com o debate acerca dos objetivos da defesa da concorrência no Brasil?

A relação entre o direito e a teoria econômica, como se vê, está presente na raiz da defesa da concorrência. As normas concorrenceais são em grande medida marcadas por uma característica que dificulta a extração de seu significado a partir da simples leitura de seu texto: a vagueza e a maleabilidade da linguagem empregada.

O pressuposto de que sistema jurídico (defesa da concorrência) e a sistema econômico se diferenciam e se relacionam em prol da defesa do valor jurídico concorrência é ponto de partida para compreender tanto as características e limites dessa relação.

Considerando, então, que o Direito Concorrencial não pode ignorar a realidade social sobre a qual incide (combate ao abuso do poder econômico), as regras jurídicas devem ter a validade da sua aplicação aferidas do ponto de vista de sua eficácia, instrumental à realização dos objetos a que se propõe. É por isso que, não por menosprezo à lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos, entende-se que as regras do Direito Concorrencial devam ser interpretadas e aplicadas com vistas a atingir a sua finalidade (expectativas normativas).

É aí que a teoria dos sistemas pode contribuir. A partir da matriz teórica de Luhmann, como vimos acima, a sociedade moderna pode ser caracterizada pela funcionalidade sistêmica. As comunicações diferenciam-se por meio de sua binariedade. Formar-se-ão vários subsistemas, conhecidos ainda como sistemas parciais ou subsistemas, cada qual caracterizado pela sua funcionalidade e por código próprio – no caso do presente ensaio, importam o jurídico e o econômico. Apesar da falsa impressão a do isolamento dos sistemas pelo fechamento operativo, eles estão comunicação com os outros subsistemas. Os subsistemas desenvolvem certa sensibilidade para resolver determinados eventos em torno do ambiente. Com efeito, tanto o fechamento normativo quanto a abertura cognitiva do direito, já mencionados nos tópicos acima, são necessários para a compreensão dos benefícios advindos de acoplamentos estruturais entre os

⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 451-469.

subsistemas, na medida em que refletem considerações essenciais para que o direito possa realizar devidamente sua finalidade sem invadir o sistema econômico – e vice-versa.

Se, por um lado, o sistema jurídico tem de preservar a consistência em sua reprodução – por meio de seu fechamento –, por outro, ele tem – por meio de sua abertura – precisa viabilizar as mudanças necessárias para evitar sua estagnação, demonstrando certa adequação social. Desse modo, como as irritações e perturbações canalizadas por acoplamentos, ao proporcionar uma abertura do direito a seu ambiente, possibilitam que o sistema jurídico aprenda e transforme suas estruturas. É nesse mesmo sentido que o acoplamento estrutural entre o direito concorrencial a economia revela-se benéfico.

Esse fluxo intensivo de informações do direito concorrencial com seu ambiente que permite que esse ramo do direito, ao mesmo tempo em que preserva sua unidade, se mantenha dinâmico. O acoplamento estrutural entre direito da concorrência e a economia serve de canal através do qual esses sistemas podem aprender um com outro e, a partir disso, se transformar. O direito da concorrência segue com a regra de duplicação “lícito/ilícito”, sem se confundir como mero reflexo da duplicação “eficiente/ineficiente”, evitando-se a corrupção sistêmica – entendida aqui como a colonização da racionalidade jurídica pela econômica, situação que ocasionara um enfraquecimento do próprio sistema jurídico – ou, ao menos, do direito concorrencial – cuja importante função é a proteção de direitos.

O que se defende é que os aspectos jurídicos – assim como os fatos concretos que fornecem a eles e à teoria econômica substrato para análise – são essenciais à análise antitruste e não podem ser negligenciados. Conforme apresentado, não se pode prescindir da racionalidade e do conteúdo jurídico sem abrir mão, concomitantemente, dos direitos por eles resguardados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizar uma releitura sistêmica do Direito da Concorrência, como ponto de partida para realização do presente estudo, faz todo sentido quando se constata como real o contexto social complexo, que a relação entre sistema jurídico e sistema econômico.

Para tanto, utilizou-se como referencial a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que se inscreve no âmbito da matriz sociológica da diferenciação social e dá particular atenção à questão da fragmentação da sociedade contemporânea em diversos subsistemas funcionais, mostrando-se adequada para mobilizar seus elementos para manter a

necessária unidade do Direito da Concorrência frente ao fenômeno do abuso do poder econômico que poderia, no limite, pôr em risco a autonomia do próprio Direito.

A relação entre o direito e a economia, como se vê, está presente na raiz da defesa da concorrência. As normas concorrenceais são em grande medida marcadas por uma característica que dificulta a extração de seu significado a partir da simples leitura de seu texto: a vagueza e a maleabilidade da linguagem empregada.

Tendo como o pressuposto de que sistema jurídico (defesa da concorrência) e a sistema econômico se diferenciam e se relacionam em prol da defesa do valor jurídico concorrência, a teoria sistêmica de Luhman mostra-se uma matriz teórica relevante para compreender tanto as características e limites dessa relação.

Assim, o acoplamento estrutural entre direito da concorrência e a economia serve de canal através do qual esses sistemas podem aprender um com outro e, a partir disso, se transformar. O direito da concorrência segue com a regra de duplicação “lícito/ilícito”, sem se confundir como mero reflexo da duplicação “eficiente/ineficiente”, evitando-se a corrupção sistêmica – entendida aqui como a colonização da racionalidade jurídica pela econômica, situação que ocasionara um enfraquecimento do próprio sistema jurídico – ou, ao menos, do direito concorrencial – cuja importante função é a proteção de direitos.

Cumpriu-se assim o objetivo proposta ao ensaio que é trazer a proposta da utilização da matriz teórica de Luhmann para solução de problemas concretos na aplicação do Direito da Concorrência, tendo como objetivo manter a necessária unidade do Direito da Concorrência frente ao fenômeno do abuso do poder econômico que poderia, no limite, pôr em risco a autonomia do próprio Direito.

REFERÊNCIAS

- BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*, Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2008;
- BAGNOLI, V.. *Direito Econômico - o surgimento da teoria jurídica do mercado*. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* - RFDDE, v. 2, p. 155-167, 2013; BAGNOLI, V.. *Teoria Jurídica do Mercado: uma homenagem ao Prof. Fabiano Del Masso*. 1. ed. São Paulo: Scortecci, 2021.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 8^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JASPER, E. H. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/424>. Acesso em: jun. 2022.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os. *Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito*, 11(1), 2013, P. 27-45.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimização pelo Procedimento*. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito*. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Seqüência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun. 1994.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. –São Paulo: Martins Fontes –selo Martins, 2016.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em direito*. Recife, n. 5, 1992.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David. HASENCLEVER, Lia (Org.). *Economia Industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 16, 2009.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. Disponível em:
<http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.pdf>. Acesso em: jun 2022.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 8, 1972.

Submetido em 1º de março de 2023.

Aprovado para publicação em 22 de dezembro de 2025.

