

ELIESER FRANCISCO SEVERIANO DO CARMO

**O CONTROLE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO COMO
INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA ESTATAL**

FRANCA

2008

ELIESER FRANCISCO SEVERIANO DO CARMO

**O CONTROLE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO COMO
INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA ESTATAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social da Universidade Estadual
Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como
exigência parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito. Área de Concentração:
Direito Obrigacional Público e Privado.**

Orientadora: Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

FRANCA

2008

ELIESER FRANCISCO SEVERIANO DO CARMO

O CONTROLE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA ESTATAL

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

1º Examinador(a): _____

2º Examinador(a): _____

Franca, _____ de _____ de 2008.

O presente trabalho é dedicado:

À Deus, senhor de bondade e de amor, por ter me brindado com o milagre da vida e por me guiar e me amparar na caminhada de minha existência.

Aos meus amados pais, Euclides e Célia, exemplos de honestidade, dedicação e amor à família, responsáveis por tudo o que sou.

Aos meus doces avós, Pedro e Laura, pelo amor incondicional e pelas lições de vida, expressas na simplicidade das palavras e na pureza dos olhares.

Aos meus irmãos, Emerson e Evandro, meus maiores amigos, pelo apoio e companheirismo.

E a todos os homens de bem, justos na alma, que levam a vida com esforço, luta, amor e fé.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Jete Jane Fiorati, exemplo de dedicação e luta em prol da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP – campus de Franca, pela confiança, pelo incentivo e, principalmente, pela sempre segura e atenciosa orientação a mim prestada durante toda a pesquisa.

Ao Dr. Miguel Tebar Barrionuevo, *in memoriam*, por ter me possibilitado conhecer, de forma bem próxima, a prática da defesa da concorrência, impulsionando-me, com isso, ao estudo do direito da concorrência.

A todos os funcionários e conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça – CADE/MJ, em especial à Adriana Bohrer, por sua dedicação incessante na promoção e defesa da concorrência.

À Profa. Dra. Elisabete Maniglia e ao Prof. Dr. José Carlos Garcia de Freitas, pelas participações no exame geral de qualificação, cujas críticas e sugestões ajudaram em muito ao aprimoramento do presente trabalho.

Aos demais professores do curso de pós-graduação em Direito, da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Franca, cujos ensinamentos e convívio me fizeram lembrar dos saudosos tempos da graduação.

A todos os meus colegas, alunos do curso de pós-graduação em Direito da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Franca, pelo apoio e pelo intercâmbio de experiências, que tornaram menos árida a elaboração desta pesquisa.

A todos os funcionários da seção de pós-graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Franca, em especial à Sra. Máisa Helena de Araújo, pela simpatia, presteza e cordialidade com que sempre me atenderam.

Às pessoas especiais que passaram por minha vida e que eu, por vezes, nem sempre soube retribuir a contento pelo tanto que me ensinaram.

“A idéia do antitruste é tão antiga quanto à civilização e tão contemporânea quanto o espírito humano”.

(Kotsiris)

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

(Fernando Pessoa)

RESUMO

Nas últimas décadas, notadamente a partir da década de 80, a globalização mundial e a liberalização da economia, aliadas aos avanços tecnológicos e às profundas modificações das economias nacionais, alteraram significativamente os padrões de concorrência nos mercados. Nesse ambiente de competição extrema, o acúmulo do poder econômico assumiu um novo significado para os agentes econômicos e tornou-se verdadeira garantia de sobrevivência comercial. As concentrações econômicas, portanto, apresentaram-se como meio eficaz para combater os obstáculos impostos por este novo e desconhecido mercado, de modo que sua utilização foi até mesmo incentivada por vários Estados, como instrumento de fortalecimento das economias nacionais. Porém, muito embora as concentrações econômicas possam trazer aumento de tecnologia, diminuição dos preços ao consumidor, melhoria na qualidade dos produtos e serviços, entre outros benefícios; podem também representar um grande risco à manutenção da higidez dos mercados, decorrente do uso irrazoável do poder econômico por parte desses agentes em detrimento ao bem-estar dos consumidores e da economia. Nesse contexto, um conceito passa a adquirir importante relevância na ordenação dos mercados: a defesa da concorrência. A defesa da concorrência é hoje atuada pelos Estados não mais como um instrumento para a correção de distorções típicas, mas sim como um verdadeiro instrumento de políticas públicas, que buscam garantir a manutenção de mercado saudável e competitivo, tutelando os consumidores e a economia como um todo, através da efetivação dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico. No que diz respeito às concentrações econômicas, a solução para equilibrar o conflito de valores por elas promovido encontra-se no controle concorrencial. Isso porque tão prejudicial quanto permitir o uso abusivo do poder econômico e outras práticas danosas ao mercado, é não se aproveitar das vantagens possibilitadas pelas concentrações econômicas.

Palavras-chave: concentração econômica; defesa da concorrência; antitruste; concorrência; atos de concentração; direito concorrencial; direito econômico; CADE; fusões; aquisições; empresa.

ABSTRACT

Over the last decades, remarkably since the 80's, the world-wide globalization and economy liberalism along with technology breakthroughs as well as deep domestic economies changes have all significantly altered the markets trade competition standards. Amid such a highly competitive scenario, the economic power control has both acquired a novel meaning for the economy players and become a commercial survival true guarantee. Thus economical concentrations have shown to be effective in overcoming the pitfalls posed by this unknown new market. Therefore, several States have been encouraging such a model even as a tool to strengthen domestic economies. Yet, although economical concentrations might bring about a technological boom, lower prices to the final consumer, and an improved products and services quality, they may also represent a high risk to robust markets maintenance due to this economical power mismanagement which tends to neglect both the consumers' and the economy's well-being. Thus, a major concept has been playing a crucial role in ordering markets: the trade competition defense. Nowadays, States have no longer been defending trade competition as a mere tool to fix topical misplacements, but as a true public policies instrument aimed at assuring a sustained healthy competitive market on which consumers and economy are protected as a whole by means of effective liberal principles, free trade competition, and by fighting economical power abuse. As to the economical concentrations, a solution to balance the emerging values conflict lies on the trade competition control, once allowing the use of abusive economical power and other hazardous trading practices has shown to be as damaging as not enjoying the advantages provided by the economical concentrations.

Key-words: economical concentration; trade competition defense; antitrust; trade competition; concentration actions; trade competition law; economy law; CADE; merges; acquisitions; company.

SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ANC	Agência Nacional da Concorrência
APRO	Acordo de Preventivo de Reversibilidade da Operação
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBB	Companhia Brasileira de Bebidas
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Comunidade Européia, atual União Européia
CEE	Comunidade Econômica Européia
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DOJ	<i>Department of Justice (Antitrust Division of the Department of Justice)</i>
EUA	Estados Unidos da América
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
HHI	<i>Herfindahl-Hirschmann Index</i>
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo
MF	Ministério da Fazenda
MJ	Ministério da Justiça
OMC	Organização Mundial do Comércio
PA	Processo Administrativo
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
RDE	Revista de Direito Econômico
RDM	Revista de Direito Mercantil
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
UE	União Européia
WGTC	<i>Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
 PARTE 1 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PREMISSAS E FUNDAMENTOS	
 CAPÍTULO 1 FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	
	18
1.1 Contexto histórico da intervenção estatal na atividade econômica.....	23
1.2 O papel do Estado atual	26
 CAPÍTULO 2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	
	31
2.1 A necessária defesa da concorrência	31
2.2 O significado do Direito Concorrencial	35
2.3 “Direito da Concorrência” e “Política da Concorrência”	40
2.4 “Concorrência-instrumento” e “Concorrência-condição”	45
2.5 Pressupostos econômicos da análise concorrencial.....	50
<i>2.5.1 As “eficiências econômicas”</i>	<i>52</i>
<i>2.5.2 Os padrões de concorrência: perfeita, imperfeita e praticável.....</i>	<i>57</i>
 PARTE 2 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	
 CAPÍTULO 3 AS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E O TRATAMENTO LEGISLATIVO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	
	63
3.1 Conceito de concentrações econômicas.....	64
3.2 Razões das concentrações empresariais.....	70
3.3 Classificação das concentrações empresariais	74
<i>3.3.1 Concentrações horizontais</i>	<i>75</i>
<i>3.3.2 Integrações verticais</i>	<i>78</i>
<i>3.3.3 Os conglomerados</i>	<i>83</i>
3.4 Princípios constitucionais norteadores da atividade econômica	85

3.5 A Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: Lei nº 8.884/1994.....	96
3.6 Os escopos da Lei nº 8.884/1994	99
3.7 Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	102
3.8 Lei nº 8.884/1994: a sistemática adotada	106
<i>3.8.1 A vertente repressiva.....</i>	<i>106</i>
<i>3.8.2 A vertente preventiva</i>	<i>109</i>

CAPÍTULO 4 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

NO BRASIL	111
4.1 Os atos de concentração econômica sujeitos ao controle concorrencial: inteligência do art. 54 da Lei nº 8.884/1994.....	111
4.2 Momento da realização da operação: exegese do § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/1994	115
4.3 Metodologia da análise dos atos de concentração.....	125
<i>4.3.1 Definição e delimitação do mercado relevante</i>	<i>128</i>
<i>4.3.2 Análise do grau de concentração</i>	<i>137</i>
<i>4.3.3 Análise de barreiras à entrada</i>	<i>138</i>
<i>4.3.4 Análise das eficiências econômicas</i>	<i>140</i>
<i>4.3.5 Presença de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum</i>	<i>142</i>
4.4 Avaliação final dos atos de concentração	143
4.5 Os desafios da defesa da concorrência no Brasil e a crise do modelo atual.....	147
4.6 A reforma da Lei de Defesa da Concorrência.....	157

PARTE 3 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

CAPÍTULO 5 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ALÉM-

FRONTEIRAS.....	164
5.1 Estados Unidos da América: em busca da eficiência econômica.....	165
5.2 União Européia: a concepção instrumental da concorrência	172
5.3 A aplicação extraterritorial da lei antitruste e os conflitos decorrentes.....	178
5.4 Perspectivas para a adoção de um modelo multilateral de defesa da concorrência supranacional	181

CONCLUSÃO.....188

REFERÊNCIAS.....196

INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram testemunhas de importantes mudanças no plano jurídico e econômico mundial, especialmente no que tange ao desempenho das políticas dos Estados nacionais e o incremento do comércio internacional. Desnudou-se aos olhos de todos uma verdadeira revolução no cotidiano das relações humanas.

No plano internacional, viu-se estabelecer uma nova ordem, profundamente alterada tanto em nível político, social, mas, sobretudo econômico. Houve, pois, verdadeira ruptura com os padrões até então vigentes.

As razões para o estabelecimento dessa nova estrutura global são inúmeras, mas podem ser definidas e sintetizadas pela confluência dos seguintes elementos: globalização, liberalização e cooperação internacional.

Os avanços tecnológicos, aliados ao aprofundamento da especialização internacional e à interpenetração das economias nacionais culminaram no inevitável processo de globalização mundial, marcado pela formação de um mercado sem fronteiras, no qual a identidade nacional dos produtos e das empresas que os fornecem tornou-se cada vez mais difícil de ser determinada.

O incremento das tecnologias, a volatilidade do capital e a simetria das informações do mercado ocasionaram a expansão das áreas de consumo, expandindo os horizontes de atuação das grandes empresas mundiais e movimentando a “máquina capitalista”. Os mercados, até então inertes, passaram a ser acirradamente disputados, tudo isso com o único objetivo de, em se fortalecendo, eliminar a presença do concorrente, tornando-se cada vez mais fortes e detentores de maior parcela do mercado de consumo. Os chamados “vácuos comerciais” deixaram de existir e a vigorosa competição alijou do mercado a atuação de “aventureiros”.

A dinâmica tomou conta do mundo dos negócios e as empresas, defrontadas com os desafios desse novo mercado global, incorpora em seus dicionários um novo sinônimo para a sobrevivência: o crescimento.

Os parâmetros adotados nos mercados nacionais fechados tornaram-se inadequados para realidade econômica, obrigando as grandes empresas a se fortalecerem, incrementando o surgimento dos chamados *trusts*.

Vê-se, portanto, que neste novo mercado global, as empresas tiveram de se adaptar às estratégias globais, explorando as vantagens comparativas de cada país inserido neste contexto, modificando suas estruturas e inserindo-se em novos mercados com alta demanda de consumo. O incremento da atuação das transnacionais e o aumento constante dos fluxos de investimentos fazem coro à tal afirmação, atestando o processo de liberalização econômica mundial.

No plano interno, da mesma forma, as medidas de política econômica tendentes à estabilização da moeda, a ausência de câmbio fixo, o controle inflacionário e as medidas de desregulamentação e privatização de setores públicos específicos criaram as condições para o estabelecimento de uma concorrência interna plena. Aliados a tais fatores, o abandono da política de substituição de importações, com abertura da economia, ensejando maior volume de novos investimentos, muitos em associação com empresas nacionais, outros mediante aquisição e controle acionário, impulsionaram o fenômeno das concentrações empresariais.

A síntese das transformações ocorridas nos planos interno e internacional é a de formação de um cenário político-econômico perfeito, obrigando a reestruturação dos agentes econômicos mundiais na luta pela sobrevivência comercial, a qual colide, pelo menos aparentemente, com a concorrência de mercado.

Acentua-se então a necessidade de um controle efetivo da competição comercial e do mercado por parte dos Estados nacionais. Verificado que o padrão econômico de concorrência perfeita é utópico e que é inviável a afirmação espontânea de um mercado saudável, o Estado é chamado para garantir-lhe o funcionamento. Apesar de aparentemente contraditória e colidente com o princípio da livre iniciativa (fundamental ao regime concorrencial), a ação coativa do Estado, legitimada na ordem jurídica, é de primária importância à manutenção do equilíbrio do mercado, promovendo eficiências econômicas e benefícios à coletividade.

Fundamentalmente, justifica-se o controle concorrencial por parte do Estado para se evitar os potenciais efeitos danosos resultantes das concentrações empresariais, bem como o uso irrazoável do poder econômico. Isso porque os agentes econômicos, em especial os oriundos das grandes concentrações, tendem a viabilizar a reprodução de uma posição monopolística, proporcionando uma atuação com indiferença e independência em relação ao poder estatal e aos eventuais concorrentes. Ingênuo seria pensar que a obtenção de posição de monopólio escapa da razão da empresa moderna inserida no mercado capitalista.

Ademais, o controle concorrencial estimula a promoção da própria economia do Estado, eis que a efetiva implementação de regras de defesa da concorrência é requisito primordial para o desenvolvimento econômico dos países no moderno comércio internacional.

Nesta perspectiva é que se dá a defesa da concorrência moderna, desta feita não mais entendida como mera limitação à atuação desarrazoada dos agentes econômicos, mas também como instrumento garantidor de uma concorrência praticável, tutelando a manutenção de um mercado saudável e competitivo, promovendo benefícios diretos aos seus consumidores e à economia.

Especificamente no caso brasileiro, em que pese a legislação antitruste remonte aos anos 60, apenas nos últimos dois decênios a defesa da concorrência passou a assumir caráter prioritário no contexto das políticas públicas; estas entendidas como um conjunto de ações coletivas adotadas pelo Estado visando a garantia e efetivação de direitos sociais e econômicos. Trata-se, portanto, de um verdadeiro compromisso público estatal.

Com efeito, a legislação brasileira não destoa do que é prática corrente no mundo todo, ou seja, o fato de que os objetivos da defesa da concorrência atendem aos interesses de cada economia, a qual, por sua vez, é orientada de acordo com as ideologias dominantes em determinado período histórico.

A defesa da concorrência é, pois, verdadeiro instrumento de implementação de políticas públicas, visando a tutela de uma pluralidade de interesses previamente eleitos no ordenamento jurídico.

Pois bem, o trabalho ora apresentado propõe-se a analisar, de forma crítica e aprofundada, uma das vertentes de atuação da defesa da concorrência no Brasil, qual seja o controle concorrencial dos atos de concentração (vertente preventiva), enquanto instrumento de implementação de políticas públicas estatais junto à ordem econômica.

A presente pesquisa busca abordar a questão envolvendo o aparente conflito resultante da dualidade de interesses perseguidos pelos sujeitos envolvidos: de um lado, o interesse do Estado na promoção e implementação da defesa da concorrência em atenção aos objetivos das suas respectivas políticas públicas; de outro, a atuação dos agentes econômicos, que, por meio das concentrações econômicas, buscam viabilizar a reprodução de uma posição monopolística, marcada pela atuação independente e indiferente às normas estatais e aos demais concorrentes.

A problemática da convivência entre o Estado e as empresas, colocada no âmbito das políticas públicas, desdobra-se em questões específicas de relevância jurídica, a saber: Quais os fundamentos da intervenção estatal na economia? Qual o real papel do Estado na economia, no que pertine ao Direito da Concorrência? Como harmonizar o papel controlador do Estado com a atuação comercial das empresas, sem que a competitividade destas seja afetada no plano internacional? O controle concorrencial realizado pelo Estado se choca com o princípio da livre iniciativa? Atualmente, o Brasil possui instrumentos eficazes de defesa da concorrência, em especial no controle dos atos de concentração?

A temática também encontra ressonância no plano internacional: Como dirimir os conflitos internacionais entre os modelos concorrenciais existentes, em especial os resultantes da aplicação extraterritorial da lei antitruste? Qual o foro adequado para a implementação de um controle da concorrência supranacional? Alguns dos modelos institucionais internacionais têm se mostrado mais eficazes junto ao mercado?

Por último, apontando-se as perspectivas no plano da defesa da concorrência no Brasil, levantam-se os seguintes questionamentos: A proposta de alteração da atual legislação antitruste, com a criação de uma agência nacional da concorrência é pertinente? As alterações sugeridas são positivas, do ponto de vista jurídico e econômico?

Para enfrentar essas e outras questões decorrentes, o presente trabalho foi dividido em três partes, subdivididas em cinco capítulos.

A primeira parte descreve as premissas e os pressupostos básicos para a perfeita compreensão da defesa da concorrência, especialmente com a apresentação dos seus fundamentos econômicos.

Com esse objetivo, o Capítulo 1 trata dos fundamentos da intervenção do Estado na economia, apresentando o seu contexto histórico, os modelos de atuação estatal junto à ordem econômica, bem como, o papel do Estado moderno na economia.

O Capítulo 2, por sua vez, ingressa no exame mais específico da defesa da concorrência, em si considerada. Ressalta, assim, a necessidade fundamental de se defender a concorrência, além de apresentar o correto significado do direito concorrencial, a distinção entre o “direito da concorrência” e a “política da concorrência”, bem como, as modalidades de defesa da concorrência, a saber: “concorrência-instrumento” e “concorrência-condição”.

Ainda, ressaltando a interdisciplinaridade mantida entre o Direito e a Economia, especialmente no que tange ao estudo da defesa da concorrência, o capítulo 2

apresenta os fundamentos principais e os pressupostos econômicos da análise concorrencial, traçando um panorama geral das elementares econômicas envolvidas. São analisadas as chamadas “eficiências econômicas”, além dos padrões de concorrência doutrinariamente sugeridos.

A segunda parte do trabalho invoca a temática central, ou seja, a análise de como se efetiva, no Brasil, o controle concorrencial dos atos de concentração enquanto instrumento de política pública do Estado.

O Capítulo 3 destina-se à apresentação do regime das concentrações econômicas e o tratamento legislativo da defesa da concorrência no Brasil.

Num primeiro momento, são analisadas as noções fundamentais acerca das concentrações empresariais, descrevendo sua conceituação, as razões para a sua ocorrência e a classificação contemplada pela doutrina.

Ato contínuo, é realizado o exame do tratamento legislativo da defesa da concorrência no Brasil. Como não poderia deixar de ser, tal abordagem inicia-se pela análise dos dispositivos constitucionais, que servem de fundamento de validade para toda a legislação infraconstitucional, passando, posteriormente, para o estudo da Lei nº 8.884/1994, chamada de Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência, ressaltando sua sistemática e seus objetivos de tutela.

Já o Capítulo 4 aborda de forma imediata a questão envolvendo o controle concorrencial das estruturas no Brasil, vertente preventiva da Lei nº 8.884/1994. O capítulo em comento traça uma ampla análise interpretativa do art. 54 da mencionada lei, discorrendo também acerca dos aspectos práticos de aplicação da norma concorrencial, inclusive com a indicação da metodologia utilizada na análise dos atos de concentração por parte dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Encerrando a segunda parte do trabalho, o capítulo 4 busca ainda identificar as imperfeições legislativas, problemas e desafios enfrentados na defesa da concorrência brasileira, inclusive com a abordagem sobre a proposta de reforma da Lei Antitruste. Não obstante, o enfoque do capítulo não se orienta apenas no sentido da crítica. Nele também são apresentadas sugestões, a fim de se contribuir para o aperfeiçoamento institucional e legislativo em sede de antitruste nacional.

Por fim, a terceira e última parte do trabalho tem por objeto o estudo do controle dos atos de concentração no Direito Comparado.

O Capítulo 5 ilustra a diversidade de enfoques e finalidades que a defesa da concorrência pode assumir junto aos diferentes ordenamentos jurídicos, resultante da aplicação e influência de ideologias distintas.

Num primeiro momento, o capítulo em questão discorre sobre as principais características e distinções apresentadas nos modelos de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América e da União Européia, respectivamente. O enfoque adotado por cada um desses modelos, a percepção com que concebem a defesa da concorrência e os objetivos perseguidos pelas suas legislações concorrenciais culminam na constante deflagração de conflitos de ideologias, sobretudo por conta da aplicação extraterritorial das leis antitrustes referidas. Tal problemática é também enfrentada numa segunda etapa do Capítulo 5, inclusive com análise das perspectivas para a adoção de um modelo multilateral de defesa da concorrência.

Eis, portanto, a abordagem escolhida para o presente trabalho, de natureza eminentemente acadêmica, através da qual, espera-se, sejam analisadas as principais questões referentes ao controle concorrencial dos atos de concentração econômica, enquanto instrumento de que se vale o Estado para a implementação de suas políticas públicas, bem como atingidos, com pleno êxito, os objetivos inicialmente propostos na pesquisa.

PARTE 1 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PREMISSAS E FUNDAMENTOS

CAPÍTULO 1 FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

O Direito é um ser cultural, que transforma, mas também é transformado pela própria realidade, numa relação quase que simbiótica. Como tal, é fruto de um processo histórico, em constante transformação.

Posto assim, o Direito não é dotado de neutralidade científica, mas sim sujeito ao contágio do colorido político, econômico e social, que lhe confere o condicionamento ideológico. Ou seja, o Direito, enquanto ciência, é influenciado por diversos fatores, elementos e interesses, os quais denominamos genericamente de “ideologia”.

A ideologia é de influência determinante e indissociável na tutela dos objetivos almejados e inerente a todos os ramos do mundo jurídico. Do plano das idéias, as ideologias transformam-se em normas e adquirem significado no ordenamento jurídico, condicionando, *a priori*, a atuação do jurista, a qual, portanto, está sempre contaminada por uma diversidade de interesses.

No tema que nos importa observar mais de perto, qual seja a relação estabelecida entre o Direito e a Economia, tendo como mediador o Estado, a carga ideológica também adquire significativa relevância.

A História tem mostrado que, ao longo dos tempos, Direito e Economia se relacionaram de forma bastante peculiar, como resultado do fenômeno cultural de que são expressão. A sucessão dos momentos históricos demonstra que a ideologia foi decisiva para determinar a razão jurídica de atuação de um dado sujeito de direito. Como opção por uma visão de mundo, num determinado período histórico, a ideologia é expressão de um *ethos*, um *modus operandi*, é uma tomada de decisão filosófica e política.

Assim é que Direito e Economia interagiram numa perspectiva integracionista e que, influenciada pela ideologia dominante, determinou a atuação do Estado em cada período histórico.

Nesse sentido, tanto os conceitos de “Constituição Econômica” quanto o de “ordem econômica” expressam, em linhas gerais, normas jurídicas de conteúdo econômico definidoras da ideologia dominante, da qual também decorrem todas as demais manifestações do Direito Positivo.

Certo de que as normas de conteúdo econômico delineiam e orientam a atuação estatal no campo econômico, temos que reconhecer que a intervenção do Estado na economia tem como fundamento e condicionante o aspecto ideológico. Nesse sentido é a lição de Washington Peluso Albino de Souza:

Temos repetido insistentemente que o Direito Econômico, talvez mais acentuadamente do que qualquer outro ramo dos conhecimentos jurídicos, a não ser o Direito Político, é o que se liga fundamentalmente à realização da ideologia.

[...] Tomada como expressão da ideologia capitalista, embora não confundindo com a manifestação capitalista liberal, a intervenção apresenta-se como a medida ou processo desenvolvido para enfrentar os problemas sociais que o abstencionismo anterior não resolvera. Seria, no máximo, uma manifestação de evolução interna do capitalismo ante fatos como o aumento demográfico, o progresso material e técnico, a concentração e outros.¹

Eminentemente ideologizada, a intervenção estatal no domínio econômico é o instrumento pelo qual o Estado viabiliza a sua ingerência na atividade econômica, visando a persecução dos objetivos e realização dos seus interesses segundo os ditames e princípios previamente delimitados e instituídos no que chamamos de “ordem econômica”.

Eros Roberto Grau, um dos maiores estudiosos do tema em questão, faz a distinção entre “intervenção” e “atuação estatal”, apartando os serviços públicos do campo da atividade econômica em sentido estrito, idéia com a qual nos solidarizamos.

Senão vejamos:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que a *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*.²

Ressaltando o conteúdo político e a carga ideológica presentes no conceito de intervenção, sustenta Washington Peluso Albino de Souza:

¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 441-442.

² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 137. (destaque do autor)

Ao que se pode deduzir das análises anteriores, o *fato* intervenção é de natureza originariamente política: apresenta-se como medida tomada pelo Estado com a finalidade de atingir determinados resultados e tem por terreno o *domínio econômico*.

[...] Nota-se, pois, que o sentido meramente econômico da ação estatal na *intervenção* não chega a definir-lhe a natureza só por si. Complementa-se o seu entendimento, justamente pelo caráter político de que é portadora. Por isto mesmo, sua primeira condição legal é a de estar vinculada ao cumprimento da ideologia adotada, porque aplicada à realização dos objetivos finais desta. Se a ideologia se define pelo desenvolvimento econômico, pela justiça social, a *intervenção* afirma-se como a ação capaz de possibilitar a sua efetivação e neste sentido o estado age visando fins políticos que pela sua especialidade se nos apresentam como político-econômicos.³

Contudo, as divergências apresentadas no tocante ao instituto da intervenção estatal na atividade econômica não se resumem à sua conceituação. Os doutrinadores também adotam posicionamentos bastante diversificados quando da classificação das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. A aparente confluência de posições apresenta-se apenas na exclusão do planejamento econômico como modalidade de intervencionismo estatal na economia, sustentado sobretudo pela doutrina mais progressista.

Fazendo distinção entre intervenção **no** domínio econômico e intervenção **sobre** o domínio econômico, o Prof. Eros Roberto Grau⁴ identifica três modalidades de intervenção estatal: (a) intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; e, (c) intervenção por indução.

Segundo o doutrinador, a intervenção por absorção ou participação seria uma espécie de intervenção estatal **no** domínio econômico, ou seja, no campo da atividade econômica em sentido estrito (donde se encontrariam excetuados os serviços públicos). O Estado, portanto, desenvolveria a ação como agente econômico.

Intervindo por *absorção*, o Estado assumiria integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando, portanto, em regime de monopólio.

Intervindo por *participação*, o Estado assumiria o controle de apenas uma parcela dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de concorrência com as demais empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades neste mesmo setor.

³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 413. (destaque do autor)

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 162-164.

Nas duas últimas modalidades de intervenção, ou seja, na intervenção por direção e intervenção por indução, o Estado intervém **sobre** o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo a ação como ente regulador da mesma.

Intervindo por *direção*, o Estado exerceria pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento para os agentes inseridos numa determinada atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por *indução*, o Estado manipularia os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

A distinção entre a intervenção por *direção* e intervenção por *indução* repousa na natureza das normas jurídicas envolvidas. Ao passo que as normas que regulamentam a intervenção por *direção* são impositivas, portanto, dotadas de cogência e com comandos imperativos, as normas disciplinadoras da intervenção por *indução* são dispositivas, não dotadas de cogência e com conteúdo prescritivo (deôntico).

Já para Gaspar Ariño Ortiz⁵, as razões para o Estado intervir na atividade econômica são preponderantes para a definição da classificação das modalidades de intervenção no domínio econômico. Assim, são identificadas quatro modalidades de intervenção, assim definidas pelo doutrinador espanhol: (a) regulação econômica; (b) atuação fiscal e financeira; (c) iniciativa pública; e, (d) reservas ao setor público.

Na regulação econômica estariam inseridas as atividades de condicionamento, correção e alteração dos parâmetros naturais e espontâneos do mercado, por intermédio da fiscalização administrativa da atuação dos agentes econômicos e estímulo da atividade econômica.

A atuação fiscal e financeira corresponderia à edição de normas de conteúdo financeiro e fiscal visando impulsionar determinadas atividades econômicas.

Por “iniciativa pública” trata o autor espanhol da intervenção do Estado como agente econômico, mediante exploração direta da atividade econômica, observadas as mesmas condições de mercado seguidas pelos atores privados.

⁵ ORTIZ, Gaspar Oriño. **Economía y Estado: reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993 apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 194-195.

Por último, as reservas ao setor público versariam sobre a exploração exclusiva por parte do Estado de determinados setores da economia, o que, por conseguinte, traduz-se numa negação ao ente privado da liberdade de atuação em tais campos.

Valendo-se de critérios bem mais simplistas e, portanto, bem mais didáticos, João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶ sintetiza o tema e propõe uma outra classificação quanto às modalidades de intervenção estatal no domínio econômico. Divide-a em intervenção direta e intervenção indireta.

Através da modalidade direta, o Estado passaria a atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública, quer sob a forma de sociedade de economia mista.

Sob estas duas formas, pode ele atuar em regime concorrencial, equiparando-se com as empresas privadas ou, então, em regime monopolístico.

Além de tais formas, lembra o autor que a intervenção direta pode dar-se através de um outro caminho, qual seja quando o Estado assume a gestão da empresa privada, passando a dirigi-la quando interesses de ordem social o exigam.

A atuação indireta, por sua vez, dar-se-á quando o Estado age através da edição de normas, que têm como finalidade fiscalizar e estimular a atividade econômica empreendida pelos particulares.

A dinamicidade do conceito e das modalidades de intervenção estatal no domínio econômico se exprime também nas causas de sua necessária ocorrência.

Com efeito, os motivos que levam os Estados a intervirem na atividade econômica mudam segundo o contexto histórico e, conseqüentemente, dos interesses a serem tutelados.

Imprescindível, portanto, realizar-se a análise do contexto histórico de intervenção estatal na atividade econômica, conferindo especial enfoque à forma indireta de atuação, que é a modalidade que mais se aproxima ao objeto da presente pesquisa.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 198-204.

1.1 Contexto histórico da intervenção estatal na atividade econômica

Vê-se, pois, que, assim como o Direito, a intervenção é um conceito dinâmico e que se extrai a partir da própria evolução do papel do Estado na sociedade, conforme ensina Bilac Pinto:

A intervenção do Estado no domínio econômico não se operou, porém, mediante planos prévios ou como consequência de uma preparação doutrinária. Ao contrário disso, ela teve caráter fragmentário e se foi operando por considerações de oportunidade prática, no curso de vicissitudes de uma longa história.⁷

Assim configurado, o conceito de intervenção amolda-se numa conjugação de variados fatores, que encerram desde elementos históricos, econômicos, políticos e, também, jurídicos. Desta feita, os papéis dos Estados em cada período histórico, a sua orientação econômica, as crises sociais que ciclicamente afetam a sociedade, as alterações nos mercados, entre outros fatores, são determinantes na dinamização do conceito de intervenção estatal na atividade econômica.

Pela ótica do Direito Econômico, muitas posições, históricas e anteriormente tomadas a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico, modificam-se com a própria dinâmica da vida social e, portanto, das ideologias a ela correspondentes, ao mesmo tempo que tendo inspirado os sistemas jurídicos correspondentes.

Portanto, uma retrospectiva histórica da atuação estatal na Economia mostra-se bastante profícua. E nesse ponto, cumpre observar que os doutrinadores são praticamente unânimes em estabelecer a I Guerra Mundial como “divisor de águas” entre a era liberal pura e a era intervencionista.

Contudo, em que pese o intervencionismo tenha se afirmado no período pós-liberalismo, é possível se extrair alguns traços de atuação estatal na atividade econômica no período de formação dos Estados Modernos, ainda que de forma bastante discreta. Assim, tomaremos esse período, qual seja o Mercantilismo, como termo inicial das indagações acerca da relação estabelecida entre Direito e Economia, no que respeita à condução das políticas econômicas, fruto da atuação estatal.

⁷ PINTO, Olavo Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. In: INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA. **Estudos sobre a Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1954. p. 44.

Como se sabe, o mercantilismo é marcado pelas concepções ideológicas de fortalecimento da idéia de nacionalidade, que acabaram por ascender as despesas públicas, o comércio internacional, o metalismo e, conseqüentemente, o espírito capitalista. A atuação estatal na economia foi então caracterizada pela implantação de fortes barreiras aduaneiras e o fortalecimento das exportações, com a finalidade de se estabelecer uma balança comercial favorável. Nesse contexto, a intervenção teria caráter de ação normal do soberano.

O fortalecimento econômico do Estado, propiciado pelo mercantilismo, trouxe-lhe o poder absoluto, decorrente da centralização total dos poderes nas mãos dos soberanos. Com isso, a teoria mercantilista é suplantada pelo Liberalismo.

O Liberalismo vem a afirmar a concepção ideológica consubstanciada na doutrina de Adam Smith e sintetizada no princípio do “laissez-faire, laissez-passer”. Por mais paradoxal que possa parecer, nesse período, a atuação estatal na economia é marcada pela ação comissiva, concebida segundo a teoria smithiana da chamada “mão invisível”, projeção da soma dos egoísmos individuais que levaria a sociedade aos seus melhores destinos, eis que o mercado se auto-regularia.

Ou seja, os reajustamentos e reequilíbrios harmonizadores da vida social cumprir-se-iam por um processo automático e decorrente do funcionamento do próprio organismo social.

Acreditava-se, a partir de então, que a economia está sujeita a leis naturais que a levam fatalmente à uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com resultados positivos para toda a sociedade. O Estado não deveria, portanto, através da lei, interferir no funcionamento do mercado. Senão vejamos o que diz a teoria smithiana:

Portanto, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade.

As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar mais ou menos esta distribuição natural e vantajosa do capital.⁸

O liberalismo impregna as Constituições do século XIX, tanto no aspecto político como no econômico. As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 são nítidos exemplos de adoção da concepção liberal, sobretudo com a reafirmação do princípio da propriedade individual dos bens de produção.

⁸ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 199.

Tal princípio passa a informar toda a doutrina da economia de mercado então vigente. A liberdade de iniciativa passa a se firmar como corolário inarredável do princípio absoluto do direito de propriedade, sendo que o Estado se incumbe de uma função fundamental, qual seja a de garantidor da liberdade de mercado. Com isso, busca-se atingir o ideal de mercado fluído, transparente, caracterizado pelo número infinito de concorrentes em condições de resistência econômica homogeneizada, reclamando por parte do Estado a abstenção.

Contudo, a realidade histórica veio então a desmentir os postulados da teoria liberal, sobretudo no que tange à auto-regulação dos mercados, caracterizada pela ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos. Isso porque o capitalismo se transforma ao longo do século XIX e evidencia o surgimento de um novo poder: o poder econômico das empresas inseridas nos mercados. Ou seja, paralelamente ao poder estatal, surge o poder econômico, filho do novo capitalismo e das novas estratégias comerciais das empresas atuantes nos mercados nacionais, bem como do incremento do comércio internacional.

As unidades industriais passam a se unir, formando grupos, dando origem ao novo Estado industrial e, também, ao fenômeno das concentrações empresariais. A mudança dos padrões de atuação das empresas industriais suscita questionamentos acerca da plena liberdade de comércio e da necessidade de se impor limites tendentes à correção dos abusos eventualmente perpetrados. A crise se instaura no período entre as duas grandes guerras e provoca o surgimento de um novo Direito, além da necessidade de intervenção estatal no domínio econômico.

A “mão invisível” de Adam Smith é substituída pela mão visível do Estado, que institucionaliza o regime do intervencionismo, sobretudo em regramentos jurídicos para a propriedade e o contrato. O mercado subsiste, preservado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, haja vista que é justamente no clima de mercado que se encontram as condições mais propícias de dinamização da propriedade privada dos bens e da liberdade de comércio, valores fundamentais para a estrutura capitalista.

A concentração empresarial é, pois, elemento decisivo para o surgimento do Estado intervencionista. Ao contrário do que falsamente se sustenta, as normas editadas inicialmente pelos Estados intervencionistas não se prestam a impedir a concentração de empresas, mas sim para garantir efetivamente a liberdade de mercado, com a proteção das classes que poderiam vir a ser desfavorecidas com a nova feição das empresas.

O poderio econômico acumulado nas mãos das empresas através das concentrações econômicas é, portanto, a maior crise do liberalismo, posto que choca-se, ainda que aparentemente, com a liberdade de iniciativa.

A Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar são os diplomas pioneiros de manifestação da concepção intervencionista por parte dos Estados, sobretudo com a imposição de certos limites para a atuação das empresas no mercado, repudiando monopólios e açambarcamento.

A partir de então, as Constituições brasileiras passaram a consagrar, de forma nitidamente excepcional, a intervenção do Estado no domínio econômico. Com a Constituição brasileira de 1934 e com o ingresso do Estado para atuar no mercado, cria-se o que denominamos de “Ordem Econômica”.

Com o decorrer dos anos, os modelos de atuação estatal passaram a não mais se adequar à realidade concreta, ensejando a crise do próprio Estado, sobretudo pelas distorções provocadas pelo anacronismo dos sistemas econômicos, culminando com a reinvenção da forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

1.2 O papel do Estado atual

As imperfeições do liberalismo e a ineficácia das suas premissas, tais como a auto-regulação dos mercados, a equitativa distribuição dos benefícios econômicos, etc., conduziram à mudança de postura dos Estados frente ao domínio econômico. A idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs às regras de sobrevivência nos mercados, ditadas pelo poder econômico.

Assim é que o Neoliberalismo promoveu significativas alterações na maneira de atuação dos Estados frente à economia, sobretudo com os ocorridos avanços tecnológicos, incremento do comércio internacional, simetria das informações, enfim, a própria globalização.

As modificações também ocorridas na estrutura do sistema capitalista, após as duas guerras mundiais, conduziram à conclusão de que somente a busca dos interesses privados dos agentes econômicos não constituía, na realidade, o melhor motor da atividade

econômica. Despontou, neste período, a importância de um interesse econômico coletivo, cuja tutela foi outorgada ao Estado, sobretudo nas áreas essenciais à atividade econômica.

Portanto, ao invés de aceitar a idéia de que o mercado obedece à uma ordem natural, harmônica e inerente ao sistema, concebeu-se a racionalização das medidas governamentais, conferindo a condução destas últimas ao Estado. Assim, este deixa de ser um mero instrumento de harmonização de interesses e passa a cumprir a função de ferramenta para a obtenção de determinados fins.

Em síntese, o Estado passa a valer-se da intervenção no domínio econômico como instrumento de implementação de suas próprias políticas públicas.

Conforme já assinalado, a expressão “políticas públicas” exprime um verdadeiro compromisso público estatal, consubstanciado num conjunto de ações coletivas voltadas à garantia e efetivação de direitos sociais e econômicos. Segundo Maria Paula Dallari Bucci⁹, o fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público.

Fábio Konder Comparato¹⁰ coloca que *o government by policies* (governo pelas políticas) desenvolve e aprimora o *government by law* (governo pela lei). Valendo-se de tal ensinamento, Maria Paula Dallari Bucci, estudiosa do assunto, define políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹¹.

Pois bem, por meio da atuação de suas políticas públicas, o Estado assume para si incumbências econômicas que extrapolam as funções tradicionais de sua própria administração. No quadro de tais atividades, foram introduzidas várias delas que não se coadunavam com o instrumental da estrutura tradicional de sua administração. Por tal razão, o Estado foi obrigado a se aparelhar tanto no sentido de exercer as novas funções controladoras de atividade econômica do particular, como para executar tarefas na condição até então inédita e inadmissível de empresário.

⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 135, 1996.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

Apesar disso, no Estado atual, a intervenção sugere uma atuação excepcional, resquício do ideal liberal de repúdio à qualquer interferência estatal no domínio econômico. Contudo, apesar de excepcional, a intervenção estatal na atividade econômica deve ser atenta e efetiva.

Outrossim, as razões para justificar a intervenção do Estado na atividade econômica apresentam-se sob três ordens.

A primeira razão se situa na imperiosa necessidade de se recriar o mercado, evidentemente fragilizado no período pós-guerra. O Estado então intervém a fim de garantir a livre competição no mercado, dando-lhe consistência e reprimindo estruturas perturbadoras, tais como os monopólios, os abusos de posição dominante, entre outras.

A segunda razão evidencia o interesse do Estado na equitativa distribuição da riqueza. Ante a insuficiência de critérios econômico-capitalistas, a intervenção estatal torna-se fundamental para se eliminar as desigualdades, comprometendo-se à realização da justiça distributiva.

Por fim, justifica-se a intervenção estatal no setor econômico para o fim de se cumprir, de forma rápida, os objetivos de política econômica. Ou seja, o Estado passa a atuar como empresário com o fim de atingir mais rapidamente algumas metas que só demoradamente seriam alcançadas pela iniciativa privada.

Relativamente ao poder econômico, interessante ressaltar que os Estados não adotaram postura unívoca. De acordo com o próprio modelo econômico de intervenção e do desenvolvimento econômico observado, os Estados adotaram uma postura seletiva, ora controlando e reprimindo os abusos porventura existentes, ora estimulando e incitando a formação de grandes conglomerados empresariais.

Nesse sentido, interessante é a lição de A. B. Cotrim Neto, que assim sustenta:

Certo é que existem vários estilos de intervencionismo econômico do Estado, no setor concernente às empresas privadas. Nos EUA, p. ex., isso é feito, principalmente, para evitar a formação dos grupos monopolizadores, tanto que Maurer teve ensejo de proclamar que o mais árduo problema dos americanos será o de saber “quando a grande empresa é demasiado grande” (*how big is too big*) [...]

Por outro lado, nos países subdesenvolvidos, a ação intervencionista mediante o planejamento econômico é vista como arma importante para acelerar o processo de desenvolvimento.¹²

¹² COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Intervenção do Estado no domínio econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 49. (destaque do autor)

Mais uma vez observa-se que o elemento determinante do objetivo a ser perseguido repousa na ideologia dominante no respectivo Estado. Enquanto alguns adotam um rígido controle das concentrações empresariais, visando reprimir os abusos do poder econômico, outros são lenientes com as concentrações, buscando incentivar o desenvolvimento da indústria nacional.

Portanto, o Estado passa a ser portador da responsabilidade pela condução e pelos destinos econômicos da sociedade, fundamentado em princípios básicos, consolidados em sua política econômica, tais como a liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Inserido nessa gama de atribuições, investiu-se o Estado da atividade de controle da concorrência e manutenção de um mercado saudável e competitivo, capaz de proporcionar benefícios à sociedade como um todo. Sob tal enfoque, a defesa da concorrência não escapa do campo da intervenção sobre o domínio econômico, sendo, em verdade, uma das principais vias pela qual se vale o Estado para viabilizar a condução de suas políticas públicas, segundo as ideologias presentes nas normas de conteúdo econômico, previamente dispostas no texto constitucional e infraconstitucional.

Diante do caráter utópico do ideal de concorrência perfeita, o Estado é chamado para ordenar a atuação dos agentes econômicos junto aos mercados. A ação coativa do Estado, com bases assentadas na ordem jurídica, não se choca com a liberdade de atuação dos entes privados. Ao contrário, estimula-a, através da repressão do uso desvirtuado do poder econômico, assegurando a existência de um mercado em que impere a supremacia da lei.

A formação de grandes grupos empresariais, as fusões/incorporações admitidas ou estimuladas, a ação transnacional das empresas, as soluções monopolísticas de atividade transferidas do Estado à iniciativa privada, são algumas dessas medidas de interesse concorrencial baseadas em políticas econômicas legalizadas, institucionalizadas e desenvolvidas pela prática da intervenção.

Concluindo, vê-se que as ações de intervencionismo econômico, expressivas de técnicas de correção de distorções típicas existentes nos mercados, inicialmente desenvolvidas de modo não sistemático, ao impulso de circunstâncias incontornáveis, com o passar do tempo e em função de realidades históricas que se sucederam, ampliaram o espectro de atuação, passando a objetivar não só as correções pontuais, mas também a própria organização e dinâmica dos mercados e do processo econômico e social.

Desponta então num horizonte próximo, a árdua tarefa de se redefinir o novo papel do Estado frente ao domínio econômico, de modo a ajustá-lo às exigências dos novos tempos. Tal mudança certamente implicará não só na adequação dos parâmetros da atuação estatal na atividade econômica, mas, sobretudo, na alteração da concepção ideológica do próprio Estado.

Com efeito, será preciso conceber que o Estado não mais se investe apenas de uma postura dirigente e impulsionadora do processo econômico. Além disso, incumbe-lhe exercer papel de facilitador da atuação da empresa na atividade econômica, estar a serviço da sociedade, compatibilizando a atuação da iniciativa privada com os interesses públicos.

CAPÍTULO 2 FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O capítulo 2 cumpre a proposta de se estabelecer, numa primeira etapa desta pesquisa, a correta compreensão dos pressupostos de natureza jurídica e também econômica para, tão-somente, avançarmos ao enfrentamento da questão envolvendo o controle concorrencial das estruturas de mercado, desta feita com maior propriedade.

Obedece-se, assim, uma exigência lógica às pesquisas de cunho acadêmico, posto que, sedimentados os pressupostos econômicos e jurídicos, o exame da questão de fundo tornar-se-á menos ardiloso e muito mais interessante.

2.1 A necessária defesa da concorrência

Conforme observado em capítulo anterior, a intervenção estatal no domínio econômico tornou-se necessária sobretudo para fazer frente e impor limites à uma nova espécie de poder, oriunda da derrocada dos postulados teóricos clássicos da doutrina liberal capitaneada por Adam Smith, em especial no que pertine à auto-regulação dos mercados pela chamada “mão invisível”. Referimo-nos ao poder econômico, fruto das concentrações empresariais, que, por sua vez, foram impulsionadas pelo surgimento de um novo capitalismo, pela ampliação dos mercados de consumo e pelo incremento do comércio global.

Ou seja, a intervenção estatal na economia nasceu não só como instrumento de correção das imperfeições dos mercados, mas também para revigorar o próprio sistema capitalista, suscetível às crises cíclicas, que não podiam ser solucionadas pelo simples jogo das forças do mercado e harmonização natural dos seus agentes.

A globalização insere-se neste processo como elemento catalisador, de fundamental implicação ao tema que ora se propõe analisar. Isso porque as concentrações empresariais talvez representem o efeito mais significativo do processo de globalização, especialmente no que tange aos aspectos econômico e jurídico.

Segundo sustenta Eros Roberto Grau, em prefácio à obra escrita por Ana Maria de Oliveira Nusdeo¹³, a globalização econômica é um fenômeno histórico; o neoliberalismo, uma ideologia. Ressaltando que a globalização é um conceito plurívoco, assim define a mencionada doutrinadora:

Sob essa perspectiva, a *globalização econômica* pode ser descrita como um processo caracterizado pela sobreposição e inter-relação de diversos fatores, cujos principais são: 1) aumento do volume de comércio internacional e formação de blocos regionais de comércio; 2) intensificação do fluxo de capitais entre nações, tanto por motivos especulativos quanto para fins de investimentos produtivos, gerando a intensa ligação entre os mercados financeiros; 3) alteração dos padrões produtivos, que se tornam mais flexíveis e descentralizados, permitindo a fragmentação e a dispersão internacional das várias fases de produção; 4) ampliação da importância dos fatores tecnológicos e da inovação de produtos nas condições de concorrência nos mercados; 5) maior importância das empresas multinacionais.¹⁴

Com a globalização, os mercados inertes passaram a receber fervorosa concorrência, como alternativa ao aumento do poder de mercado (*market power*) e ampliação das áreas de consumo (*market share*).

O anacronismo dos parâmetros apresentados nos mercados nacionais fechados frente à realidade econômica obrigaram as empresas a se fortalecerem, estabelecendo alianças na modalidade de fusões, incorporações, acordos de cooperação, etc., no escopo de ampliar economias de escala, maximizar as eficiências¹⁵ e, assim, possibilitar uma atuação no novo mercado global.

Ou seja, a fim de sobreviverem no mercado global, as grandes empresas tiveram de assumir estratégias globais, explorando as vantagens comparativas de cada país inserido neste contexto, modificando suas estruturas e inserindo-se em novos mercados com alta demanda de consumo.

As mudanças na política econômica interna criaram cenário propício para o estabelecimento de uma concorrência interna plena, tais como a estabilização da moeda, a ausência de câmbio fixo, o controle inflacionário e as medidas de desregulamentação e

¹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁴ Ibid., p. 15. (destaque do autor)

¹⁵ Eficiência deve ser aqui entendida segundo a concepção neoclássica dos economistas da Escola de Chicago, que, em termos simplistas, seria a habilidade de produzir mais a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor, produzindo um estado de bem-estar social. A teoria neoclássica distingue entre dois tipos de eficiência: a alocativa e a produtiva. A primeira relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade, verificando-se se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam. A eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas, sendo um dado interno de cada agente econômico.

privatização de setores públicos específicos. Além disso, o abandono da política de substituição de importações, com abertura da economia, ensejando maior volume de novos investimentos, muitos em associação com empresas nacionais, outros mediante aquisição e controle acionário, impulsionou o fenômeno das concentrações empresariais.

Conforme já salientado no início da presente pesquisa, a síntese das transformações ocorridas nos planos interno e internacional é a de formação de um cenário político-econômico perfeito, obrigando a reestruturação dos agentes econômicos mundiais na luta pela sobrevivência comercial, a qual colide, pelo menos aparentemente, com a concorrência de mercado.

Com o fenômeno das concentrações empresariais, observa-se também a concentração e incremento do poder econômico, que, comumente, choca-se frontalmente com os interesses públicos de tutela estatal. Não raras vezes, tal poder econômico, pela sua própria dimensão (eventualmente até mais forte que o poder estatal, sob o ponto de vista eminentemente financeiro), busca propiciar aos agentes econômicos uma atuação autônoma, independente e indiferente às normas e regramentos impostos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais. Tal fenômeno é constantemente experimentado pelas economias em desenvolvimento, mais dependentes do comércio internacional e, conseqüentemente, mais suscetíveis ao domínio das grandes empresas.

É justamente para fazer frente a tal poder que se mostra imperiosa a existência de um efetivo controle da competição comercial e do mercado por parte dos Estados nacionais.

Sob o ponto de vista econômico, justifica-se a atuação estatal para efetivar a correção da chamada “falha ou imperfeição de mercado”. A “falha ou imperfeição de mercado” é um conceito que se exprime por meio da comparação dos mercados reais com o modelo teórico de mercado ideal ou perfeitamente competitivo, desenvolvido a partir da teoria econômica.¹⁶ Uma vez não encontrados no mercado analisado (mercado real) os pressupostos presentes no modelo teórico ideal (mercado de concorrência perfeita), o funcionamento daquele primeiro fica comprometido, impedindo a alocação eficiente dos recursos sociais. A partir de então, é possível realizar um diagnóstico das falhas existentes no mercado analisado

¹⁶ O mercado de concorrência perfeita não passa de um modelo teórico e abstrato, portanto, absolutamente utópico. Presta-se, contudo, como paradigma à análise dos mercados reais, de concorrência imperfeita, tais como os mercados oligopolizados, monopolizados, etc.. A esse respeito, ver Capítulo 2.

e indicar as alternativas institucionais existentes para o combate aos efeitos danosos provocados.

Inseridas no contexto das falhas mais comumente apontadas pela doutrina econômica encontram-se as concentrações econômicas. Isso porque, conforme já asseverado, os agentes econômicos, em especial os oriundos das grandes concentrações, tendem a viabilizar a reprodução de uma posição monopolística, proporcionando uma atuação com indiferença e independência em relação ao poder estatal e aos eventuais concorrentes. Ingênuo seria pensar que a obtenção de posição de monopólio escapa da razão da empresa moderna inserida no mercado capitalista.

Além disso, do ponto de vista político, a atuação estatal no combate ao abuso do poder econômico se faz necessária para a preservação das condições de sobrevivência das empresas de menor porte e de tutela dos interesses dos consumidores, partes hipossuficientes nesta “guerra comercial”.

Ademais, justifica-se o combate ao abuso do poder econômico para a própria promoção da economia do Estado, eis que a efetiva implementação de regras de defesa da concorrência é requisito primordial para o desenvolvimento econômico dos países no moderno comércio internacional.

Ao contrário do que se possa imaginar, a experiência tem mostrado que a instituição e o aprimoramento do sistema de defesa da concorrência servem de catalisadores para o aumento dos investimentos internacionais e, conseqüentemente, para a concentração das empresas nacionais, via de regra na forma de incorporação. Isso porque as empresas globais, ao elaborarem suas estratégias de investimento, privilegiam mercados com regras transparentes e harmonizadas. É ilusório supor que regras mais lenientes em matéria de antitruste serviriam como fator de atração para o capital globalizado. Isso porque os agentes econômicos que agem no mercado global têm plena consciência de que o que hoje se apresenta como uma “facilidade”, futuramente poderá se tornar campo para práticas anticompetitivas de toda natureza, promovidas por empresas rivais.

Com efeito, a ausência de regramento destinado à tutela da concorrência antes de se apresentar como um fator de atração, constitui-se num fator inibidor ao investimento estrangeiro. A experiência demonstra que os países desprovidos de sistemas modernos e eficientes de defesa da concorrência tendem a se marginalizar, classificados como mercados de segunda categoria, desconectados da economia global.

Por último, a promoção da concorrência interna, também chamada de concorrência doméstica, constitui alavanca para a própria competitividade externa. Agentes econômicos que atuem em ambientes competitivos tendem a se tornar mais dinâmicos e enfrentar com vantagem a concorrência internacional. Portanto, estimulando internamente a tutela da concorrência, o país estará, simultaneamente, elevando as vantagens comparativas de suas empresas, as quais tirarão maior proveito do novo contexto mundial de liberalização comercial e globalização.

Assim é que o direito concorrencial tornou-se instrumento primordial para o desempenho das políticas públicas, tanto nos países desenvolvidos, quanto nos países em desenvolvimento.

2.2 O significado do Direito Concorrencial

Conforme observado, as estruturas de mercado atuais, caracterizadas pelo fenômeno concentracionista, reforçam a utopia da concorrência perfeita, pois demonstram ser insuprimível o poder econômico anticoncorrencial.

Neste sentido é a lição de Luiz Olavo Baptista:

O liberalismo econômico – cuja influência persiste em nossos dias – sustentava uma visão utópica – a da liberdade de competição – que nunca passou de um modelo teórico econômico-filosófico. A realidade, como a teoria econômica mais moderna apontou, é a da concorrência imperfeita, limitada pelas próprias deficiências dos mecanismos de mercado, tais como a heterogeneidade ou falta de homogeneidade dos bens, pela existência de interferências dos que podem afetar o mercado (atores mais poderosos, inclusive o Estado) e pelo próprio ordenamento jurídico.¹⁷

Resta verificada, portanto, a impossibilidade de adoção de um modelo de concorrência perfeita no mercado senão para a realização de uma análise econômica de determinado fenômeno mercadológico. A realidade que se apresenta é bem diferente e demonstra que os mercados são, na maioria das vezes, monopolísticos ou oligopolísticos. Não obstante, a concorrência entre eles é plenamente possível e desejável, desde que os abusos sejam coibidos.

¹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do direito da concorrência. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 538. (destaque do autor).

Nesse contexto é que o direito da concorrência deve destinar-se à garantia de uma concorrência efetiva e real entre os agentes econômicos atuantes de um dado mercado, a fim de que nenhum desses operadores possa atuar com independência e indiferença em relação aos demais *players*. Não se destina, pois, à proteção de uma concorrência absolutamente livre, inviável no atual estágio da ordem econômica mundial.

Com efeito, a temática das concentrações empresariais assume relevância na medida em que é possível, através delas, viabilizar a reprodução de uma posição monopolística (ainda que num mercado oligopolizado por definição), acarretando sérios problemas ao mercado e à economia em geral, sobretudo com a eliminação da concorrência, impondo, de maneira unilateral, normas mercadológicas.

Tal cenário reforça a necessidade de que a regulação das concentrações empresariais deve ser realizada por intermédio de normas específicas, compondo um microsistema dentro da disciplina da defesa da concorrência, uma categoria autônoma.

Em tal contexto, a defesa da concorrência é, pois, a única forma de se manter a higidez das economias e o bem-estar dos consumidores frente à nova realidade global, que impõe a formação de grandes empresas por meio da concentração do poder econômico. Nesse sentido, é a lição do pioneiro Benjamim Shieber, que já na década de 60 salientava:

Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa aos interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa aos interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida quotidiana.¹⁸

Contudo, conceituar o direito da concorrência e definir sua taxionomia não são tarefas fáceis, sobretudo diante dos embates havidos entre economistas e juristas motivados pela inegável interdisciplinaridade do tema.

Além disso, o conceito de defesa da concorrência deve atender aos aspectos regionais e particularidades de cada Estado ou ordenamento jurídico e econômico. Nesse

¹⁸ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966. p. 64.

sentido, impossível se traçar um conceito unívoco e absoluto do que vem a ser o direito da concorrência. A análise há de ser efetivada caso a caso. Contudo, algumas premissas básicas podem e devem ser lançadas.

Por ora, preocupamo-nos com a defesa da concorrência realizada no Brasil, tão somente como marco inicial à discussão de tão importante temática. Sem embargo, em momento posterior, será efetuada a abordagem e delimitação do alcance e significado do direito da concorrência no direito comparado, em especial nos modelos norte-americano e europeu. Isso porque, de acordo com a ideologia dominante, com o grau de inserção e ingerência da teoria econômica sobre a legislação e com os interesses primordialmente tutelados, alteram-se os conceitos e o alcance do que vem a ser o direito da concorrência em cada ordenamento jurídico analisado.

Antes, porém, de se buscar conceituar o direito da concorrência, mister se faz, por exigência lógica, atingir o significado da concorrência em si. Valemo-nos, para tanto, da lição proferida por Isabel Vaz, que assim afirma:

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir de modo permanente ou duradouro no preço dos bens ou serviços.¹⁹

Adentrando-se no campo específico da Economia, via de regra, os doutrinadores buscam conceituar a concorrência através do embate ideológico entre as visões de Marx, de Schumpeter e de uma base normativa neoclássica.

Segundo o paradigma neoclássico, a concorrência consistiria num pré-ajustamento de condições econômicas – atomismo de mercado, homogeneidade de produtos, simetria das informações, racionalidade maximizadora dos agentes – que assegurariam um equilíbrio, com eliminação de lucros anormais. Não há, portanto, espaço para diversidade e para distintas estratégias competitivas, de modo que concorrência passa a ser sinônimo de ausência de rivalidade.

Com o advento da teoria da concorrência praticável (*workable competition*), de John Maurice Clark²⁰, cai por terra o ideal de concorrência perfeita e, com esta, o paradigma neoclássico.

¹⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 27.

²⁰ CLARK, John Maurice. **Instituições econômicas e bem-estar social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

No paradigma de Marx²¹, o postulado neoclássico da concorrência também é desnudado diante da inegável presença do poder econômico no mercado. Segundo ele, diante da ausência de uma regra pré-definida, a distribuição da riqueza é determinada pela concorrência, que seria a relação social mais característica do capitalismo. Na visão marxista, a coordenação da atividade econômica privada se dá por meio da interação dos agentes em concorrência no mercado.

O paradigma neo-schumpeteriano²², por sua vez, é bem mais adequado à realidade atual. Segundo ele, a concorrência seria um processo dinâmico de constante interação entre agentes econômicos, voltado à obtenção de lucros, valorização do capital e apropriação dos meios de produção. Caracterizariam a concorrência os constantes esforços no sentido de criação e diferenciação das vantagens competitivas por parte das empresas, com o escopo de maximizar lucros e se obter posição monopolística no mercado. A inovação das vantagens competitivas aparece, portanto, como a palavra de ordem ao paradigma neo-schumpeteriano de concorrência.

Dos conceitos supra-elencados, depreende-se que a concorrência não pode e nem deve ser entendida como algo abstrato e dissociado da realidade concreta. Se o mercado é essencialmente dinâmico; se as empresas atuais têm por necessidade serem dinâmicas, inovando em suas vantagens competitivas, a fim de se manterem ativas no mercado; o conceito de concorrência não pode ser inflexível e estático.

A concorrência é, sobretudo, um fato econômico, derivado de uma economia de mercado, em que atua o poder econômico. A sua aproximação com o Direito ocorre na medida em que o mercado, por si só, não é capaz de apresentar as soluções ideais para os conflitos surgidos da relação estabelecida não só entre as empresas, mas também entre estas e os consumidores, entre estas e o Estado, etc.. Sem uma mínima regulação, impossível se aventar a geração de eficiências econômicas e sua equitativa distribuição, criando um estado de bem-estar social. Daí porque a necessidade de se fundir o jurídico e o concorrencial, ou, num enfoque mais elástico, o Direito e a Economia.

²¹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

²² SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. London: Unwin Hyman, 1987.

Na visão de Hoekman e Mavroidis, o direito da concorrência seria “conjunto de regras e de disciplinas mantidas pelos governos que buscam neutralizar as tentativas de monopolização dos mercados”.²³

Trazendo à baila novamente o aspecto ideológico na conceituação do instituto, Sidnei Turczyn assim afirma:

O Direito, através da disciplina da concorrência, passará a coordenar estas duas realidades – necessidades ilimitadas e recursos escassos -, uma vez que este ramo do conhecimento jurídico destina-se a estipular as formas pelas quais os agentes econômicos devem atuar no mercado, dentro de uma determinada orientação política.²⁴

Já Klaus Tiedemann, afirma ser o direito da concorrência uma “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”.²⁵

José Inácio Gonzaga Franceschini conceitua o direito da concorrência da seguinte forma:

Ramo do direito [...] que disciplina as relações de mercado entre agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.²⁶

Ana Maria de Oliveira Nusdeo, por sua vez, traz uma interessante conceituação acerca do direito concorrencial, adiante transcrita:

[...] as regras antitruste, como outros instrumentos de que se serve o Estado para a mitigação de falhas de mercado – os impostos, tarifas, instrumentos monetários e creditícios, entre tantos outros -, passam a ser concebidas e aplicadas num contexto de implementação de políticas econômicas destinadas à consecução de objetivos predefinidos. De fato, nenhum instrumento de intervenção estatal no domínio econômico pode ser compreendido sem a consideração de sua maleabilidade aos objetivos e métodos das políticas públicas dentro das quais são aplicados. Porém, no caso das normas antitruste, por se tratar de regulamentação de um dos princípios fundamentais de uma ordem econômica de mercado, essa inter-relação ganha contornos próprios.

²³ HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS Petors C. **Economic, competition policy and the World Trade Organization**. Washington DC: Banco Mundial, 2002. p. 4. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2002/11/22/000094946_02111404425138/Rendered/PDF/multi0page.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2006.

²⁴ TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 201.

²⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Leciones de derecho penal econômico**. Barcelona: PPV, 1993, p.36 apud OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29.

²⁶ FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 8.

Com efeito, dentro de uma perspectiva normativo-constitucional, o direito de proteção à concorrência é entendido como legislação que dá concretude aos princípios jurídicos da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios de base da ordem econômica constitucional brasileira.²⁷

Como se observa, no que tange à sua conceituação, o direito da concorrência não atingiu consenso entre os diversos doutrinadores que se debruçaram no estudo do tema. Tal se deve, principalmente, pelo fato de o direito da concorrência ser campo relativamente novo, seja no ordenamento jurídico alienígena, seja no brasileiro.

Outrossim, extrai-se das conceituações supra-mencionadas e das observações realizadas na presente pesquisa que o direito da concorrência é sim um instrumento de implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas, estas entendidas como meios de que dispõe o Estado para influir, de maneira sistemática, sobre a economia, visando garantir o bem-estar social. Atualmente, portanto, o antitruste não é visto apenas como meio de eliminar os efeitos autodestrutíveis de mercado, ou utilizado de forma tópica como nos primórdios, mas assume nova roupagem e passa a ser concebido como um dos instrumentos de que dispõe o Estado para conduzir todo o sistema econômico.

Como já foi observado, tal conclusão, contudo, não afasta as particularidades de cada um dos ordenamentos jurídicos existentes; ordenamentos estes que, uma vez contaminados pelo inevitável colorido político e ideológico, irão sofrer as respectivas influências na definição dos objetivos e dos interesses que serão objeto da tutela legal.

2.3 “Direito da Concorrência” e “Política da Concorrência”

Não obstante o dissenso havido entre os doutrinadores quanto à conceituação do que vem a ser o direito da concorrência, há ainda quem utilize a expressão “política da concorrência” (*competition policy*) como se seu sinônimo fosse. Ou seja, indistintamente, as expressões “política da concorrência” e “direito da concorrência” passam a ser utilizadas com idêntica conotação, qual seja a de congregar instrumentos destinados à repressão e prevenção à ocorrência das chamadas falhas de mercado.

²⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63.

Contudo, em que pese a similitude existente, a boa técnica sugere a distinção entre os institutos referidos.

Inicialmente, há de se observar que o direito da concorrência, apesar de imprescindível para a proteção da concorrência e manutenção de um mercado saudável, não representa, por si só, garantia à liberdade de iniciativa e livre concorrência, assim entendidas em seu conceito mais amplo. Sinteticamente, a existência de um conjunto de normas positivadas com conteúdo concorrencial nem sempre é suficiente para defender o processo competitivo.

Ademais, a experiência tem demonstrado que mesmo após a entrada em vigor de um sistema legislativo que contemple a defesa da concorrência como seu objetivo, é necessário cerca de uma década para que a implementação das normas concorrenciais seja realmente efetivada.

Portanto, faz-se necessária a presença de outras iniciativas a fim de complementar e efetivar a defesa da concorrência em determinada economia.

Enquanto o termo “direito da concorrência” carrega consigo uma conotação de íntima relação com o comportamento das empresas, a “política da concorrência” tem espectro mais abrangente e sistêmico.

Assim, a “política da concorrência” corresponde ao conjunto de políticas de regulação e de monitoramento de condutas que caracterizam as regras de competição. É o conjunto de medidas de que se valem os governos no intuito de maximizar, intensificar e valorizar o desafio dos mercados, inibindo a atuação dos entes privados, bem como dos entes governamentais. A política econômica orienta-se, portanto, no sentido de direcionar os benefícios da competição em um sistema econômico para os objetivos de um certo padrão de desenvolvimento.

Segundo Elizabeth Farina²⁸, a política de defesa da concorrência pode ser definida como congregante daquelas ações e parâmetros regulatórios do Estado voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, a fim de preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.

²⁸ FARINA, Elizabeth. Política Industrial e Política Antitruste: uma proposta de conciliação. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 35-51, 1996.

Portanto, fazem parte da política da concorrência a privatização de empresas pertencentes ao Estado e desregulamentação de mercados, a redução de subsídios específicos para empresa, as medidas de comércio exterior, de entrada e saída de mercados, de definição de preços, de compras governamentais, de restrição ao investimento estrangeiro e regras antitrustes e de defesa do consumidor.

Sob esta ótica, a política da concorrência assume dupla finalidade: *(a)* uma finalidade econômica, ou seja, assegurar a liberdade de comerciar, proteger o processo competitivo, estimular as eficiências econômicas, etc.; e, *(b)* uma finalidade não econômica, que contempla ações preocupadas com a equidade e a justiça social.

Nesse contexto, o direito da concorrência, apesar de fundamental, é apenas um dos muitos mecanismos da política da concorrência. Pode-se afirmar que o direito da concorrência é espécie integrante do gênero “política da concorrência”.

Com efeito, é possível haver, em determinado país, política de concorrência, mesmo não possuindo normas com conteúdo concorrencial positivadas²⁹. Como já visto, a política da concorrência não se identifica exclusivamente com o direito concorrencial, existindo, além deste último, uma vasta gama de medidas disponibilizadas aos Estados e capazes de influir no domínio econômico.

De fato, é desejável que, antes de se implementar uma legislação concorrencial, os países tenham sedimentado o relacionamento entre a sua política da concorrência e as demais políticas governamentais, além de disponibilizar todo o amparo e condições para uma efetiva aplicação da lei por parte das instituições.

Ademais, é na política da concorrência que residem os aspectos ideológicos e conveniências de cada Estado. Não por maior razão, é ela que influencia a criação, desenvolvimento e interpretação das leis de concorrência, delimitando seu sentido e alcance. Como em toda a política, a eleição dos beneficiários da tutela estatal surge a partir da síntese de disputa e do jogo de interesses. Por conta disso, as condições de concorrência no mercado nacional acabam sendo determinadas através do incremento da política da concorrência.

Portanto, concluímos que as expressões “política da concorrência” e “direito da concorrência” não são idênticas e/ou sinônimos. A “política da concorrência” congrega mecanismos outros que vão muito além do direito concorrencial propriamente dito, de

²⁹ Hong Kong e China são exemplos deste modelo.

aplicação e efeitos sobre o domínio econômico e repercussão tanto no mercado interno, como no mercado externo.

Conforme já sobredito, a adoção de um sistema legislativo concorrencial requer o estabelecimento, *a priori*, de uma infra-estrutura adequada, notadamente com a instauração de uma série de medidas econômicas. No Brasil, este fato foi sensivelmente notado através da implementação das medidas econômicas tendentes à estabilização da moeda, a ausência de câmbio fixo, o controle inflacionário e as medidas de desregulamentação e privatização de setores públicos específicos. Sem tais mudanças, não haveria como se estabelecer um regime de livre concorrência.

Tais medidas, assim como o abandono da política de substituição de importações, a abertura da economia, a captação de novos investimentos, entre outras, integram o rol das indispensáveis medidas de “política industrial” e de fortalecimento da economia nacional.

Igualmente necessária nos dias atuais, em que a arena internacional tornou-se um grande mercado global, é a proteção da economia interna e das empresas nacionais em face da concorrência estrangeira.

A possibilidade de a concorrência externa afetar de maneira negativa o mercado nacional, fulminando com o ambiente concorrencial e, via de conseqüência, com as empresas nacionais, clama pela chamada “defesa comercial” ao patamar de imprescindível política pública governamental.

Portanto, diante da concorrência externa predatória, urge a aplicação rápida e eficaz de normas proibitivas, geralmente disciplinadas nas leis *antidumping*, por parte do país ofendido.

Em tempos em que a substitutividade de políticas de concorrência por políticas de livre comércio é por demais restrita, a experiência exige a aplicação de instrumentos sancionatórios por parte dos países, visando a defesa da sua economia, das suas empresas e do seu mercado.³⁰

³⁰ Não se deve esquecer, contudo, que as medidas de “defesa comercial” devem ser utilizadas com parcimônia, nos estritos limites da lei e com obediência aos princípios que regem o comércio internacional, sob pena de serem criadas novas distorções no mercado local, tais como a eliminação da concorrência externa através da imposição de injustas barreiras à entrada, discriminação ilegítima do investimento estrangeiro, concessão de subsídios ilegais às empresas nacionais, impedimento de participação de empresas estrangeiras em processos licitatórios, etc.

Assim, por entender que todos esses elementos encontram-se diretamente implicados, optamos por classificar, de maneira sintética, a “política da concorrência” (*competition policy*) como a conjugação estabelecida entre o direito da concorrência, a política industrial e a defesa comercial, representada através do seguinte organograma:

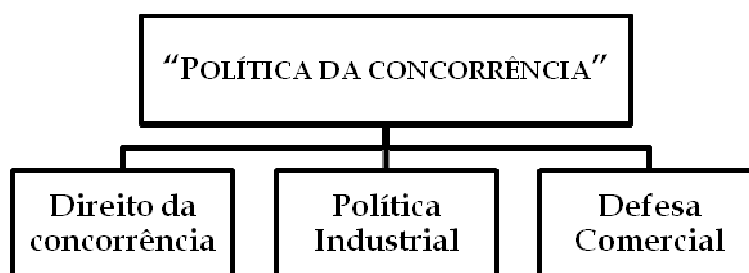


Gráfico 1 – Classificação da política da concorrência

Faz sentido tal classificação, na medida em que a concorrência só será plenamente efetiva em determinado mercado desde que haja o perfeito funcionamento e sintonia entre tais elementos, supra elencados.

A harmonização do direito da concorrência com as medidas de política industrial e de defesa comercial cria um ambiente profícuo para o desenvolvimento da economia nacional, sem comprometer de maneira negativa o funcionamento dos mercados e do comércio internacional.

Da análise da classificação supra-proposta, surge uma nova conclusão aparentemente contraditória. Em que pese a desejada harmonia entre o “direito da concorrência” e a “política da concorrência”, esta última poderá ser atuada em dois planos distintos, a saber: (a) pela aplicação da Lei Antitruste; e, também, (b) pela não aplicação da Lei Antitruste. Explica-se.

Com o escopo de formatar o funcionamento do mercado, o Estado pode afastar a aplicação da Lei Antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, o controle sobre o processo de concentração econômica.

Mais uma vez, tudo dependerá da ideologia dominante e da política pública eleita pelo respectivo Estado.

2.4 “Concorrência-instrumento” e “concorrência-condição”

Evidenciando a flagrante implicação havida entre as políticas econômicas e a aplicação das regras antitrustes, formulou-se, na doutrina, a classificação entre “concorrência-instrumento” e “concorrência-condição” (também conhecida como “concorrência-fim”).

Como se viu anteriormente, a criação e interpretação das leis antitrustes não escapam da orientação ideológica contida nas teorias econômicas que dominam o pensamento presente em um certo Estado, em determinado período histórico.

Da mesma forma, a aplicação das normas concorrenciais não escapa dos objetivos previamente definidos pela política econômica do Estado, que, por sua vez, são considerados na elaboração da Lei Antitruste e definem as peculiaridades do Direito da Concorrência local.

O extrato destas elementares é capaz de definir, em determinado ordenamento jurídico, a classificação entre “concorrência-instrumento” e “concorrência-condição”.

Nos sistemas que adotam a teoria da “concorrência-condição” (comumente também chamada de “concorrência-fim”), a defesa da concorrência aparece como um fim em si mesmo, um valor absoluto, que deve ser priorizado na tutela estatal. Neste sistema, a defesa da concorrência se apresenta como meio possível para realizar o progresso do mercado, os equilíbrios dos poderes dos agentes econômicos e o desenvolvimento da economia.

O controle da concorrência é exercido através do ajustamento de uma proibição genérica de todas as práticas e condutas que possam vir a provocar abalo na estrutura concorrencial dos mercados. Portanto, proíbe-se a ocorrência de danos potenciais.

Na que tange à repressão de práticas restritivas da concorrência, esta se dá através do sistema denominado *per se condemnation*, através do qual, justamente, todas as condutas susceptíveis de provocarem um dano concorrencial (ainda que potencial), elencadas *a priori* pela Lei Antitruste, são consideradas ilícitas e, conseqüentemente, proibidas. Assim, a teoria da “concorrência-condição” opta pelo sistema de enumeração exemplificativa (conceituação de meio), privilegiando os meios jurídicos empregados e os elementos objetivos de interpretação da norma.

Por conta disso, as práticas previamente elencadas pela lei concorrencial são consideradas absolutamente ilegais, não se admitindo qualquer justificativa de percepção de outros benefícios econômicos a título de possível compensação ou, até mesmo, de alegação de não-lesividade à estrutura concorrencial. Trata-se de uma presunção *jure et de jure*, a qual, portanto, não admite prova em contrário.

Na lição de Ana Maria de Oliveira Nusdeo,

Trata-se de uma definição formalista tendente a reduzir a margem de interpretação das Cortes e a simplificar sua tarefa de estudo dos mercados e das práticas em questão, assim como sinalizar claramente aos agentes econômicos sua desaprovação a certas condutas, como os acordos de preço entre concorrentes.³¹

No que se refere ao controle das estruturas anticoncorrenciais, a teoria da “concorrência-condição” adota a técnica de se combater as concentrações empresariais indiretamente. Mais uma vez, o controle direto incide sobre as práticas anticoncorrenciais dos agentes econômicos, que podem conduzir à uma concentração econômica abusiva ou ilegal, sob a análise concorrencial. Ou seja, o controle não é realizado sobre o ato em si, mas, sobretudo, sobre as práticas que possibilitem uma desarrazoada concentração, capaz de falsear ou, de qualquer forma, limitar a concorrência em determinado mercado.

A rigidez imposta pelo sistema da “concorrência-condição” foi mitigada pela utilização da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), de criação jurisprudencial.

Visa a “regra da razão” abrandar o rigorismo formal da teoria da ilicitude *per se*, possibilitando uma análise *vis-a-vis* dos potenciais impactos anticoncorrenciais, considerando não apenas os custos decorrentes do impacto da conduta sobre o mercado, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes, de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor. Condutas, pois, que refletem positivamente sobre o mercado são consideradas razoáveis, enquanto que aquelas em que predominam os efeitos negativos são tidas como ilegais.

Não obstante originalmente a “regra da razão” tenha sido empregada na avaliação das práticas de acordos entre empresas, com a evolução da jurisprudência, sua utilização se espalhou, invadindo também a seara do controle de atos de concentração. Inseriu-se então, no controle das estruturas de mercado, a avaliação dos efeitos pró-competitivos

³¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 69.

(eficiências econômicas, por exemplo), flexibilizando as condições para a aprovação dos atos de concentração ou a leniência em relação a certas práticas.

No caso dos Estados Unidos especificamente, em que vigora a teoria da “concorrência-condição”, a adoção da “regra da razão” acabou por determinar verdadeira alteração implícita no texto do artigo 1º do *Shermann Act*³², que regula o controle das concentrações empresariais. Desde então, apenas as concentrações capazes de criar “desarrazoadas” restrições à estrutura concorrencial passaram a ser alvo de coibição por parte da autoridade antitruste, distinguindo-se os *good trusts* dos *bad trusts*.

Neste mesmo sentido é o ensinamento de Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

Nos Estados Unidos essa necessidade de flexibilização [da teoria da ilicitude *per se*], combinada à história do desenvolvimento da proteção à livre concorrência, levou à criação de um conceito que se tornou bastante peculiar em matéria antitruste: a *regra da razão*.

[...] Gradualmente, a Suprema Corte Federal afastou-se da interpretação literal da Seção 1 [do *Shermann Act*], passando a reconhecer que o objeto da punição eram as restrições *desarrazoadas* ao comércio interestadual ou internacional. A evolução interpretativa desse dispositivo levou-o a ser aplicado como se contivesse a expressão, ainda que não escrita, “desarrazoada” logo após o termo “restrição”.³³

Permanece, entretanto, a indeterminação conceitual da expressão “desarrazoada”, de fundamental relevância à aplicação da lei concorrencial estadunidense. Com inegável brilhantismo, Calixto Salomão Filho esclarece a questão com o seguinte ensinamento:

A expressão “desarrazoada” envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a concorrência seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras para ela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra.³⁴

O doutrinador salienta ainda que, atualmente, a “regra da razão” encontra-se substancialmente modificada. Motivada pela influência das teorias econômicas dominantes nos Estados Unidos da América (EUA), bem como pelas preocupações com as eficiências

³² Eis a redação do referido art. 1º: “Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei.”

³³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66-67. (destaque do autor)

³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 142. (destaque do autor)

econômicas, a “regra da razão”, que antes já havia acrescido o termo “desarrazoada” à Seção 1 do *Shermann Act*, com a evolução posterior, inseriu também o termo “injustificada”.³⁵

Portanto, contrário ao direito concorrencial norte-americano passou a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência.

Apesar de também utilizar a “regra da razão”, o Brasil o faz de forma diversa da que ocorre nos Estados Unidos da América (EUA). Como visto, no sistema norte-americano, a “regra da razão” impõe uma análise dos fatos para se verificar a ocorrência de efeitos pró-competitivos, coibindo-se apenas os atos que restringirem a estrutura concorrencial de forma desarrazoada.

Já no Brasil, a “regra da razão” é aplicada como mecanismo de justificação de atos anticompetitivos, verdadeira defesa na tentativa de aprovação dos atos de concentração, a qual é dada mediante a exploração da interpretação dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, que têm como exemplos expressões do tipo “aumento arbitrário dos lucros”, “domínio de mercado”, “eficiência”, “abuso da posição dominante”, “bem comum” e “motivo preponderante da economia nacional”.³⁶

A diferença básica reside no fato de que, não fosse a aplicação da regra da razão nos Estados Unidos da América (EUA), atos anticompetitivos na *aparência* e elencados na Lei Antitruste sequer passariam pela verificação por parte da autoridade antitruste e seriam considerados absolutamente ilícitos, mesmo que, na *essência* e na prática, sejam incapazes de promover qualquer dano à estrutura concorrencial.³⁷ Em síntese, a aplicação da “regra da razão” nos Estados Unidos da América (EUA) tornou viável a aplicação do direito concorrencial, até então impedida pela rigidez da literal interpretação da Seção 1 do *Shermann Act*.

No Brasil, por sua vez, a “regra da razão” representa verdadeira escusa à presença de ato anticompetitivo. Ou seja, se apesar de anticompetitivo, na avaliação dos

³⁵ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 143 et seq.

³⁶ Todas as expressões, utilizadas como exemplo, constam da redação do art. 20 ou do art. 54 da Lei 8.884/94.

³⁷ Por exemplo, a compra de uma empresa por outra do mesmo ramo, o compromisso de não concorrência assumido pelo vendedor de uma empresa, etc., poderiam ser considerados contratos em restrição ao tráfico ou comércio entre Estados, ainda que tais contratos fossem efetivamente lícitos e não tivessem qualquer finalidade de falsear ou restringir a concorrência.

efeitos decorrentes da concentração, prevalecerem os benefícios por esta gerados (eficiências, desenvolvimento tecnológico, etc.), a aprovação do ato será possível.³⁸

Já nos sistemas que adotam a teoria da “concorrência-instrumento”, a defesa da concorrência não aparece como um fim em si mesmo, mas um instrumento privilegiado para se atingir um fim maior eleito pelo Estado. Isso significa dizer que a concorrência só será defendida na medida em que propiciar a realização de outros objetivos, além da própria tutela da estrutura concorrencial.

Decorre também desta conceituação que, nos sistemas que optaram pela teoria da “concorrência-instrumento”, a concorrência pode ser sacrificada em prol de um fim maior, assim determinado pelo Estado. Ao contrário do que ocorre na “concorrência-condição”, no modelo de “concorrência-instrumento” não há combate, em abstrato, às práticas que possam resultar em concentrações econômicas. Tal sistema privilegia os comportamentos efetivos dos agentes econômicos.

Por conta de tais características, a “concorrência-instrumento” tem íntima relação com a utilização da defesa da concorrência como técnica de direção sobre os mercados, a qual é utilizada pelo Estado em função de implementação de uma política pública. Assim, a concorrência é entendida apenas como um valor informador, fundamental, contudo, na viabilização das políticas públicas estatais, especialmente as de conteúdo econômico.

Da interpretação sistemática da Lei nº 8.884/94, conclui-se que o Brasil adota como modelo a “concorrência-instrumento”, conforme bem salienta Nuno T. P. de Carvalho:

Também no Brasil a definição constitucional da ordem econômica é de sentido distributiva, o que impõe a conclusão de que a livre concorrência não se protege por si mesma, mas só na medida em que servir para “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A fórmula é por demais vaga para ser esclarecedora, é verdade, mas deixa inequívoco que a concorrência é, na ordem econômica brasileira, um valor apenas orientador, informador, suscetível de ceder o passo quando, na consecução de iniciativas para dar uma vida mais digna ao cidadão brasileiro, se imponha a obediência a outros valores, por vezes com ela incompatíveis.³⁹

Vê-se, portanto, que a conceituação de “concorrência-instrumento” se coaduna à classificação proposta na presente pesquisa, no sentido de que direito da

³⁸ Cf. §§ 1º e 2º do art. 54, da Lei 8.884/94.

³⁹ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995. p. 86. (destaque do autor)

concorrência, a defesa comercial e a política industrial se complementam, formalizando o que chamamos de “política da concorrência”. Isso porque, na lição de Eros Grau, a “concorrência-instrumento” cumpre uma dupla instrumentalidade, a saber:

Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando à sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-a em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê.⁴⁰

Mais do que uma divisão teórica, a classificação entre “concorrência-condição” e “concorrência-instrumento” define modelos paradigmáticos de defesa da concorrência no globo.

É muito comum na doutrina colocar-se a “concorrência-condição”, modelo adotado pelos Estados Unidos da América (EUA), em contraposição à “concorrência-instrumento”, modelo aplicado pela União Européia. Mais do que demonstrar uma distinção meramente técnica, a escolha entre um ou outro modelo evidencia a divergência entre as políticas econômicas de ambas potências globais, bem como das teorias econômicas e dos objetivos da Lei Antitruste que imperam em cada um destes sistemas, servindo de referência aos demais países. Tal questão, contudo, será abordada com maior profundidade em capítulo próprio.

2.5 Pressupostos econômicos da análise concorrencial

Imprescindível ao bom desempenho da pesquisa ora realizada é a abordagem, ainda que superficial (e nem poderia ser diferente em virtude da natureza acadêmica do presente trabalho, que impossibilita uma análise pormenorizada), do papel desempenhado e das contribuições fornecidas pela ciência da Economia na análise concorrencial.

Atualmente, muito se discute acerca das divergências havidas entre Direito e Economia, ou, melhor ainda, entre juristas e economistas, notadamente quanto aos conteúdos, ingerências e objetivos de cada uma destas disciplinas no fenômeno da concorrência e concentração empresarial.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

De fato, Direito e Economia possuem distinções que são inerentes às suas respectivas naturezas. O Direito cuida do “dever ser”, de forma que as normas jurídicas, prescrições abstratas que são, buscam balizar determinados comportamentos.

A Economia, por sua vez, surge da observação da realidade concreta, de onde derivam leis econômicas, as quais possuem conteúdo meramente prescritivo.

As leis jurídicas prevêem mandamentos hipotéticos regidos por sanção específica; as leis econômicas, de outro lado, exteriorizam tendências obtidas mediante a observação da realidade, verdadeiros prognósticos que nem sempre se concretizam.

Enfim, podemos dizer que a Economia se ocupa do estudo da administração da escassez de recursos naturais e materiais diante das necessidades humanas que são ilimitadas. Já o Direito busca estabelecer normas para reger o comportamento humano, visando a harmonia e bem-estar social.

Com efeito, as diferenças entre Direito e Economia acabam se ressaltando quando do estudo do Direito da Concorrência. A par disso, as disciplinas estabelecem uma relação de complementaridade, diria, uma relação quase que “simbiótica”.

Neste contexto, inegável é a importância do papel desempenhado pela Economia na esmerada análise do fenômeno antitruste. Os cálculos econômicos são fundamentais para a análise dos mercados, especialmente dos níveis de concentração. Da mesma forma, a denominada “teoria dos jogos” com aplicação econômica é importante ferramenta para fornecer subsídios sobre o comportamento dos agentes em determinados mercados. Além disso, os conceitos e os institutos econômicos cumprem outra importante função, qual seja a de flexibilização do rigorismo formal da norma positivada. Aí talvez o maior ponto de embate entre o Direito e a Economia.

Adiante, serão examinados tão somente os institutos e modelos econômicos com maior proximidade ao tema tratado na presente dissertação, notadamente diante da impossibilidade de se estudar todas as contribuições econômicas ao Direito neste despretensioso trabalho.

2.5.1 As “eficiências econômicas”

Importante pressuposto para a análise concorrencial das estruturas de mercado é o estudo das chamadas eficiências econômicas.

O conceito de eficiência econômica surgiu a partir da evolução da teoria desenvolvida pelo italiano Vilfredo Pareto, conhecida como “Ótimo de Pareto”. Essa situação hipotética - “Ótimo de Pareto” – sugere que uma determinada alteração econômica será considerada eficiente se promover o agente econômico à uma situação mais vantajosa sem degradar a situação de outro, que ficaria numa situação desvantajosa. A dificuldade de aplicação prática da referida doutrina, consubstanciada na reduzida possibilidade de se encontrar situações que possam provocar ganhos a determinado agente econômico, sem que, necessariamente, promovam-se perdas a outro, ensejou a reformulação do conceito de Pareto.

Surgiu então o conceito do “Pareto Potencial”, segundo o qual considera-se eficiente a situação econômica capaz de gerar benefícios superiores às perdas decorrentes, a ponto de ser possível se asseverar ter havido, pelo menos em tese, uma compensação entre ambos.

Assim é que a idéia de eficiência sempre esteve vinculada à noção de mercado competitivo. A concepção clássica formulada por Adam Smith já defendia o entendimento de que os preços sugerem a orientação necessária à estratégia empresarial dos produtores no sentido de indicar os bens mais valorizados pelos consumidores em detrimento de outros bens, nem sempre valorizados. Além disso, o produtor acaba sendo estimulado a reduzir seus custos de produção, o que lhe obriga a desenvolver técnicas mais eficientes de produção, promovendo, por conseguinte, uma melhor alocação dos recursos disponíveis. Em síntese, trata-se da idéia da “mão invisível” na alocação dos recursos produtivos.

Porém, é por influência do movimento doutrinário conhecido como “Análise Econômica do Direito”, surgido nos Estados Unidos na década de 60, que a eficiência econômica ingressa no ramo do Direito, contudo, ainda de forma bastante restrita⁴¹. Agora sob uma nova perspectiva, a eficiência econômica passa a ser representada pela ausência dos chamados custos de transação (*transaction costs*), que permitiria aos agentes econômicos individualmente envolvidos uma atuação livre sobre a alocação dos recursos e,

⁴¹ O movimento doutrinário da “Análise Econômica do Direito” tem como marco inicial o estudo de Ronald H. Coase, publicado em 1960, sob o título “The problem of social costs”.

fundamentalmente, racional. Nesse cenário, acredita-se que o resultado mais eficiente é alcançado, obtendo-se também uma maximização do bem-estar social.

Até então, a concepção dominante orientava-se no sentido de se forçar as partes envolvidas a atuarem de forma a buscar a maximização do bem-estar social sempre que o mercado apresentasse falhas. Com efeito, relegou-se o papel do Estado à atividade de minimização dos custos de transação. É, portanto, por ingerência do movimento doutrinário da “Análise Econômica do Direito” que a eficiência assume lugar de destaque dentre os objetivos do Direito, notadamente com a implantação de políticas públicas tendentes à maximização do bem-estar social.

Outrossim, a análise da problemática e do conceito de eficiência econômica jamais foi tão amplamente estudada e debatida quanto pela corrente doutrinária neoclássica comumente denominada “Escola de Chicago”, formada nos Estados Unidos, a partir da década de 50 e que vigora até os dias atuais.⁴²

A par de apresentar posicionamentos bem radicais em determinadas questões, a Escola de Chicago trouxe (e ainda traz) contribuições bastante significativas ao estudo do antitruste. Seus doutrinadores defendem que a eficiência econômica deve ser objetivo primordial das leis antitrustes. Além deste, os doutrinadores seguidores da Escola de Chicago defendem também os seguintes postulados: (a) via de regra, os mercados são competitivos, haja vista que a manutenção de comportamento anticompetitivo visando eliminar a concorrência é extremamente custosa; (b) os monopólios tendem a se autocorrigir com a entrada de novos agentes econômicos; (c) inexistem barreiras à entrada nos mercados; e, por fim, (d) deve haver leniência para com as concentrações horizontais geradoras de economias de escala, bem como para com as integrações verticais, posto que as empresas maximizam seus lucros quando os mercados envolvidos em sua cadeia de produção são competitivos.

Portanto, é a Escola de Chicago que introduz no estudo do antitruste a concepção de eficiência econômica, enquanto objetivo fundamental das leis antitrustes. Basicamente, os ideais defendidos pelos doutrinadores de Chicago cingem-se na aplicação das leis antitrustes exclusivamente como mecanismo de estímulo às condutas eficientes e penalização das condutas ineficientes, bem como na crença de que a intervenção estatal junto

⁴² A doutrina da Escola de Chicago tomou corpo no início dos anos 70, tendo raízes nos postulados da Análise Econômica do Direito. O movimento surgiu com a publicação de trabalho do economista Aaron Director e outros professores de Direito Antitruste da Universidade de Chicago, inovando nas teorias econômicas relativas aos mercados e controle das concentrações.

aos mercados deve ser mínima e só aceitável quando produzir resultados superiores aos obtidos em um modelo de livre atuação dos agentes econômicos.

Além disso, é também a Escola de Chicago que divide o conceito de eficiência em duas modalidades, desenvolvendo o conceito de “eficiência produtiva”, que se integrou ao conceito de “eficiência alocativa” (ótimo de Pareto).

Ressaltando a referida contribuição dos neoclássicos, Calixto Salomão Filho, assim leciona:

A teoria neoclássica distingue entre dois tipos de eficiência: a eficiência alocativa e a eficiência produtiva.

A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza, que para os neoclássicos nada tem a ver com o direito antitruste. Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.

[...] Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista do mercado, a eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, representando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem. Assim, enquanto a eficiência alocativa se traduz na curva de demanda pelo produto, a eficiência produtiva é representada pela curva dos custos.⁴³

Essa divisão traz uma importante consequência para os neoclássicos, qual seja a de que a avaliação do poder de mercado passa a se resumir na determinação de qual posição deve se sobrepôr: a eficiência alocativa ou a eficiência produtiva.

Contudo, tal tarefa não é nada fácil. Isso porque, na análise do caso concreto, a avaliação acerca de qual modalidade de eficiência (alocativa ou produtiva) deve prevalecer encerra um conflito de difícil adequação. Sob esse aspecto, a consagração do conceito de eficiência produtiva, desenvolvido pelos neoclássicos, foi problemática para o direito antitruste. Se por um lado a eficiência alocativa pressupõe a existência de concorrência nos mercados, caracterizada pela livre atuação dos agentes e atomização das unidades produtivas, a eficiência produtiva, por sua vez, pressupõe a geração de economias de escala, especialização da produção, integração das fases produtivas, etc., que, por sua vez, estão intimamente ligadas ao acúmulo do poder de mercado, em geral, obtido por meio das concentrações.

⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 167-168.

Nesse contexto, a eficiência produtiva, pelo menos em tese, tende a promover ineficiências alocativas, consubstanciadas na redução da produção e aumento dos preços, com reflexos diretos ao bem-estar dos consumidores e da sociedade como um todo.

Um claro exemplo da hipótese descrita refere-se ao monopólio. A empresa monopolista ou detentora de posição equiparada tende, na razão capitalista, a reduzir sua produção e aumentar o preço dos produtos, excluindo da faixa de consumo uma parcela significativa de pessoas, não dispostas ou não capacitadas a pagar pelo novo preço, inviabilizando, por conseguinte, a transferência desses recursos aos produtores. Tal fenômeno é conhecido como “*dead weight loss*” (“peso morto”) e representa uma perda social.

Contudo, é na avaliação e controle dos atos de concentração que a questão do conflito entre eficiência alocativa e eficiência produtiva é tema recorrente e imprescindível à obtenção de resultados positivos. A dualidade de valores incutida nesse conflito corresponde ao questionamento central das discussões acerca do controle das estruturas de mercado: como equilibrar os riscos promovidos à estrutura concorrencial (ineficiência alocativa) e os benefícios decorrentes das economias de escala, especialização da produção, aumento da capacidade de investimentos (eficiência produtiva)?

Para os neoclássicos de Chicago, a eficiência produtiva deve prevalecer sobre a possível ineficiência alocativa; decisão esta que vai de encontro à ideologia não-intervencionista da Escola, sedimentada na crença de que a política antitruste estatal é, muitas vezes, custosa e ineficiente.

Essa passagem da teoria neoclássica nos parece ser um tanto quanto artificial, na medida em que se encontra sedimentado na doutrina o entendimento segundo o qual é impossível se determinar, *ex ante* e com precisão, os efeitos decorrentes da relação entre eficiência alocativa e eficiência produtiva.

Por todo o exposto, vê-se que a discussão acerca da eficiência econômica e suas modalidades não reflete apenas divergências quanto à introdução de institutos econômicos na análise de negócios jurídicos. A avaliação acerca do papel desempenhado pelo instituto da eficiência econômica frente ao Direito evidencia, ainda que implicitamente, a discussão sobre os objetivos da lei antitruste, as ideologias dominantes e a política pública eleita pelo Estado. Elencar a tutela da eficiência como objetivo exclusivo da lei antitruste é o mesmo que pugnar pela intervenção estatal mínima na ordem econômica, por uma ideologia de cunho liberal e uma política pública de maximização do bem-estar social.

Ao nosso ver, atribuir à eficiência econômica o status de objetivo exclusivo das leis antitrustes, conforme defendido pelos neoclássicos radicais de Chicago, representa uma aplicação acrítica de tal instituto, capaz de produzir resultados economicamente indesejáveis e juridicamente insatisfatórios. Seria um grande desperdício reduzir à aplicação e tutela das normas antitrustes a um único objetivo. Trata-se de uma visão minimalista e restritiva, que não se coaduna à concepção de defesa da concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas estatais. Entendemos, assim, que, juntamente com a eficiência econômica, outros objetivos e valores devem ser perseguidos na aplicação das normas antitrustes, independentemente de o montante das perdas incorridas no processo ser superior aos ganhos produzidos.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a eficiência tem papel instrumental bastante útil não na definição dos fins, mas dos meios a serem utilizados na consecução da política de defesa da concorrência, permitindo conhecer e avaliar os custos e benefícios de uma determinada medida jurídica.

Conforme já narrado anteriormente, a globalização econômica produziu alterações significativas nos mercados, notadamente no que tange à concorrência. Tais mudanças reclamaram dos agentes econômicos uma reestruturação de modo a minimizar custos e expandir produção, impondo a inclusão da eficiência produtiva como tema constante a ser considerado no controle concorrencial das estruturas de mercado.

Sob esta ótica, a introdução da concepção de eficiência econômica promoveu também a importante função de flexibilização na aplicação das leis antitrustes, de modo a adaptá-las à dinâmica dos mercados inseridos na atual economia globalizada. Sem a introdução do conceito de eficiência na análise concorrencial, certamente a reestruturação das empresas por meio das concentrações seria atingida pela aplicação literal e fria, derivada do rigorismo formal das normas antitrustes de controle das estruturas, impedindo a adequação daquelas aos novos padrões de concorrência.

Por outro turno, a aplicação da eficiência não deve ser efetuada de forma desmedida, desarrazoada. Há de ser realizada com obediência a certos limites. E é justamente para impor tais limites que as leis antitrustes mostram sua eficácia.

Num primeiro momento, as leis antitrustes se mostram eficazes na regulação dos conflitos entre eficiência alocativa e eficiência produtiva. Garante-se assim a viabilidade das operações que autorizem a reestruturação das empresas frente ao novo contexto dos

mercados e da concorrência no mundo globalizado, buscando-se o equilíbrio entre os valores envolvidos.

Particularmente no Brasil, a eficiência econômica ora aparece como excludente absoluta de ilicitude (art. 20, § 1º, da Lei 8.884/94), ora apresenta-se como fundamento de defesa à aprovação dos atos de concentração submetidos ao controle das autoridades antitrustes (art. 54, § 1º, inciso I, alíneas “a” e “c”, da Lei 8.884/94).

Num segundo momento, as leis antitrustes se prestam a assegurar efetiva repartição dos benefícios decorrentes das eficiências produzidas nas operações de concentração aos consumidores. Este, aliás, é um dos temas mais complexos na avaliação dos atos de concentração.

Ora, sendo os consumidores destinatários diretos e primários das normas antitrustes (porém, não exclusivos), as leis antitrustes estabelecem exigências objetivas para a aprovação dos atos de concentração que encerrem o conflito entre eficiência produtiva e eficiência alocativa, tais como a necessidade de provas efetivas dos benefícios gerados, a necessidade de repartição dos ganhos com os consumidores, a não-existência de meios menos lesivos capazes de produzir os mesmos resultados e a não-eliminação total da concorrência.

Certo é que a eficiência, mais do que um objetivo, é verdadeiro atributo do mercado concorrencial enquanto mecanismo alocador de recursos, de papel fundamental na avaliação dos atos de concentração econômica.

2.5.2 Os padrões de concorrência: perfeita, imperfeita e praticável

Como se sabe, a ciência econômica surge da observação da realidade, sendo este o seu campo de atuação, ao contrário do Direito que cuida do mundo do “dever-ser”. Com efeito, a ciência econômica parte da análise do comportamento humano, na tentativa de prever certas formas de conduta.

Não obstante tenha como campo de atuação a realidade concreta, a Economia se vale de modelos analíticos para explicar a atuação das empresas e o funcionamento dos mercados em regime de competição. Cria-se, portanto, uma abstração teórica com a finalidade de se prever o comportamento dos agentes econômicos e dos

mercados, prevenindo-se a ocorrência de distorções. Tais abstrações visam demonstrar a presença de distorções a partir da criação de modelos analíticos ideais ou perfeitos.

De fato, a proposição econômica se mostra bastante válida, eis que toda impureza só adquire sentido se pensada a partir do estado de pureza. Assim, só é possível se afirmar que algo é impuro se, previamente, tem-se sedimentado o conceito de pureza, posto que toda alteração (sentido lato) deriva, em maior ou menor grau, de um estado natural, inato.

É justamente para identificar as disfunções nos mercados que a teoria econômica criou o modelo de “mercado perfeitamente competitivo”. Basicamente, tal modelo indica um mercado desprovido de poder econômico, no qual inexistente concorrência direta entre os agentes econômicos envolvidos.

Para tanto, a teoria econômica estabelece diversos pressupostos para a configuração deste modelo ideal.

O primeiro e principal pressuposto diz respeito à atomicidade do mercado. Em um “mercado perfeitamente competitivo” há um número muito grande de agentes econômicos (compradores e produtores), de modo que nenhum deles pode, isoladamente, influenciar as condições de concorrência, tais como preço da mercadoria ou do serviço e a conduta do concorrente, haja vista que são pequenos em relação ao todo.

Com efeito, se um agente econômico reduzir seu preço, sofrerá prejuízos diante de seu custo de produção. Por outro lado, se aumentar o preço do produto, perderá espaço para os demais concorrentes, ofertantes do mesmo produto por um valor inferior. Da mesma forma, não pode reduzir unilateralmente sua oferta, já que a parcela não produzida será facilmente suprida pelos outros concorrentes presentes no mercado.

Discorrendo sobre a pulverização do mercado enquanto pressuposto para a configuração do modelo analítico de mercado ideal, Fábio Nusdeo assim leciona:

Dentro dos pressupostos de uma economia puramente concorrencial, não teria muito sentido falar-se em poder econômico pois o mais fundamental daqueles pressupostos era justamente o da chamada *atomicidade dos mercados* segundo o qual o número de operadores deveria ser tão grande e a participação individual de cada um deles tão pequena, que a nenhum seria dado exercer qual tipo de influência, quer na fixação dos preços, quer nas demais condições de funcionamento dos mercados. Assim seria pura e simplesmente a interação das forças da oferta e da procura a determinar, objetiva e impessoalmente, um preço único para cada bem, em função do qual compradores e vendedores tomariam as suas decisões sobre o quanto adquirir e o quanto a oferecer.⁴⁴

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 122. (destaque do autor)

Em tal perspectiva e considerando que nenhum agente econômico é capaz de alterar isoladamente as condições do mercado, o preço passa a ser considerado como um dado, não passível de alteração.

E sendo o preço um dado, não passível de sofrer influências, a fórmula para a maximização dos lucros por parte das empresas consiste em igualar o custo marginal ao próprio preço do produto, que, repita-se, é um dado resultante da interação entre oferta e procura⁴⁵. Por custo marginal se deve entender o custo adicional para produzir uma unidade adicional do produto.

Ora, quando o ofertante é capaz de igualar o seu custo marginal ao preço do produto significa que ele conseguiu atingir sua maior receita total e, via de consequência, sua maior lucratividade. Isso porque, até atingir esse ponto de equilíbrio, a produção do bem se mostra rentável, já que o custo adicional para produzi-lo ainda não superou seu preço. Qualquer unidade produzida a partir deste ponto de equilíbrio implicará em receita total decrescente, haja vista que o custo marginal para produzi-la passará a ser superior ao preço da mesma.

Além da atonicidade do mercado, outros pressupostos são exigidos para a configuração de um modelo de “mercado de concorrência perfeita”.

Um segundo elemento imprescindível à caracterização do modelo ideal refere-se à homogeneidade dos produtos ou serviços disponibilizados no mercado. Com efeito, não poderão existir marcas, padrões diferenciados de produtos, etc.; tudo isso para não afetar a escolha dos consumidores no ato da compra. Garante-se, assim, a escolha racional por parte do consumidor, num ambiente de igualdade das condições de concorrência.

Embora não haja consenso na doutrina quanto à referida enumeração, podem ser apontados ainda os seguintes elementos para a caracterização do modelo ideal, ora analisado: (a) ausência de barreiras à entrada e à saída dos agentes, garantindo a livre mobilidade dos mesmos junto ao mercado; (b) a simetria das informações, capaz de fornecer aos agentes econômicos atuantes o completo e perfeito conhecimento dos fatos econômicos que se desenvolvem no mercado; e, (c) ausência de economias de escala e de externalidades, assim considerados os custos ou as receitas não internalizados no preço do produto.

⁴⁵ Importante salientar que em um modelo de mercado perfeitamente competitivo inexistente lucro. A remuneração do produtor se dá por meio de valor já embutido nos custos da produção.

Assim é que, presentes todos esses elementos, estar-se-á diante de mercado com condições perfeitas e ideais de concorrência, caracterizado por um número indefinidamente grande de firmas atuando no mesmo segmento, lucro econômico zero por firma e equilíbrio em longo prazo. Em verdade, conforme já dito, a concorrência direta sequer existe em tal perspectiva. É que a empresa, em concorrência perfeita, possui tantos rivais no mercado que a concorrência se torna impessoal.

Pela própria análise dos pressupostos necessários à configuração do modelo de concorrência perfeita, vê-se que, na prática, a existência de um mercado com tais características é absolutamente infactível.

Nesse sentido, preciosa a lição de Fábio Nusdeo:

Nessas condições, pode-se afirmar que a concorrência ideal é uma questão de grau e que o seu grau mais alto – concorrência absolutamente perfeita – corresponde a um estado utópico do sistema econômico, muito pouco encontrado na realidade ou, melhor falando, encontrado apenas excepcionalmente.

Por conseguinte, sempre se verificarão, na prática, situações concretas de poder econômico o qual, longe de ser algo excepcional, representa um dado virtualmente constante das relações econômicas, quer dentro de uma comunidade, quer no intercâmbio entre comunidades diversas.

Isso equivale a se afirmar que nos vários mercados, sobretudo os do mundo moderno, sempre haverá alguma forma de concentração, entendida esta como situação na qual cada operador, ao adotar uma dada decisão, não pode deixar de levar em linha de conta as possíveis decisões de seus concorrentes – atuais ou potenciais. Em consequência, o mercado perde a sua característica de impessoalidade e objetividade e passa, muitas vezes, a corresponder a um jogo no qual inclusive os parceiros podem recorrer ao *bluff* ou então a acordos, visando suspender uma partida de resultados duvidosos para todos.⁴⁶

A realidade, portanto, contraria o princípio da atonicidade dos mercados e revela que as concentrações econômicas representam um fenômeno inexorável, que, por sua vez, pressupõe a criação ou acréscimo de poder de mercado.

Atinando para essa tendência, surgem a partir da década de trinta reações contra a utilização do modelo analítico de concorrência perfeita na análise do comportamento dos mercados. Os economistas passam a vislumbrar que entre o modelo de concorrência perfeita e o mercado no qual exista a atuação de um único agente econômico como comprador (monopsônio) ou vendedor (monopólio), há uma infinidade de outras situações intermediárias.

⁴⁶ NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 123. (destaque do autor)

É então que se desenvolvem os modelos econômicos analíticos de concorrência monopolista de Edward Hastings Chamberlin e de concorrência praticável de J. M. Clark.⁴⁷

Clark defendeu que as imperfeições existentes nos mercados não são tão danosas a longo prazo, de modo que uma política voltada à eliminação de todas as referidas imperfeições poderiam provocar outras distorções tão ou mais danosas quanto as primeiras. Daí o porquê de se defender uma “concorrência praticável” (*workable competition*), muito mais adequada à realidade concreta.

Já Chamberlin elaborou o seu estudo a partir do modelo analítico de concorrência perfeita, inserindo como uma de suas características a diferenciação entre os produtos disponibilizados num mesmo mercado.

A diferenciação de produtos sugerida por Chamberlin traz como conseqüência a criação de uma rede de consumidores cativos, atraídos pela marca, pela publicidade e demais técnicas comerciais. Tais consumidores passam a atribuir um valor diferenciado ao mencionado produto, de modo que este passa a desfrutar de posição de destaque em relação aos produtos fabricados pelos concorrentes. Surge daí o poder de mercado, tendência típica dos mercados imperfeitos, especialmente com a cobrança de preços superiores ao custo marginal e redução da produtividade.

Com efeito, a diferenciação do produto faz com que o mercado se segmente em vários compartimentos, dentro dos quais cada vendedor passa a exercer seu poder econômico, não raras as vezes, praticamente um poder monopolístico, sobretudo ocasionado pela baixa elasticidade da procura em cada um dos referidos segmentos. Daí a razão para o modelo defendido por Chamberlin ser conhecido como “concorrência imperfeita ou monopolística”.

Outrossim, em que pese todos os modelos analíticos debatidos apresentem suas restrições e limitações, eles fornecem elementos importantíssimos para a análise dos comportamentos dos mercados e aplicação do direito antitruste. O maior exemplo é encontrado no modelo de concorrência perfeita que, a par de representar um ideal utópico e, portanto, de inexistente verificação concreta, é de grande valia ao estudo dos oligopólios e dos monopólios.

⁴⁷ Cf. FERGUSON, Charles E. **Micro-economia**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 165, 351.

Certo é, portanto, que a realidade reforça a utopia da maioria dos modelos analíticos estudados, porém, não os tira a validade. Reforça ainda que o fenômeno concentracionista e o acúmulo do poder econômico são tendências irreversíveis, inerentes aos mercados atuais. Mais uma vez, ressalta-se a necessidade de proteger a concorrência e, conseqüentemente, o bem-estar de toda a coletividade.

CAPÍTULO 3 AS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E O TRATAMENTO LEGISLATIVO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A ampla divulgação conferida pelos mais variados meios de comunicação, tanto em nível nacional como em nível mundial, acerca da formação de grandes estruturas empresariais e atuação das empresas transnacionais no novo mercado global surgido, não deixa dúvida de que o fenômeno da concentração econômica é uma realidade inexorável.

Não por outra razão é que Fábio Konder Comparato leciona que “a evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial”⁴⁸.

Neste cenário, não é mais possível se relegar a necessidade e a importância da defesa da concorrência no controle desse fenômeno concentracionista, sobretudo ao se considerar que a atual razão capitalista impõe aos agentes econômicos o desejo de limitar o sistema competitivo no escopo de desenvolver suas atividades de maneira independente e indiferente em relação aos concorrentes, obtendo, com isso, uma maior percepção de lucros.

Assim é que podem decorrer das concentrações empresariais o surgimento de monopólios indesejados, reforços de posição dominante passíveis de facilitar o cometimento de práticas anticoncorrenciais, além de inúmeros outros exercícios abusivos do poder econômico.

Por outro lado, fazendo frente a esses processos agressivos de acúmulo do poder econômico, temos as chamadas concentrações defensivas, vinculadas à proteção industrial de certas economias fragilizadas no mercado global, sobretudo em relação às políticas econômicas dos países desenvolvidos.

Nessas hipóteses, as eficiências econômicas atingidas com a operação, tais como a maximização e racionalidade da produção, as inovações tecnológicas decorrentes, a geração de economias de escala, a redução dos custos de transação, a facilitação ao crédito financeiro, a redução da sensibilidade às flutuações conjunturais da economia, etc., fazem crer que a concentração do poder econômico representa verdadeiro mecanismo de defesa,

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. v. 3. p. 4.

assegurando a sobrevivência da empresa e controle do próprio mercado nacional pelo Estado em detrimento das empresas multinacionais estrangeiras.

É justamente a tutela do mercado competitivo que segue inserta na ordem econômica constitucional como princípio que expressa a respectiva ideologia reinante do Estado.

A exposição desses fatores ideológicos verifica-se na prática através da avaliação e controle dos atos de concentração econômica, em que intervêm muitas outras elementares, como a conjuntura econômica, a atomicidade do mercado, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, a existência de concorrência potencial, as carências do setor industrial analisado, as pressões da concorrência internacional, a expectativa de consumidores e empregados, etc.

O presente capítulo se propõe a analisar essas e outras questões relativas ao controle dos atos de concentração no ordenamento jurídico brasileiro. Como não poderia deixar de ser, inicia-se a abordagem a partir da definição dos conceitos e fundamentos das concentrações econômicas, bem como da delimitação do sentido e alcance dos princípios constitucionais que orientam a interpretação e a aplicação de todo o sistema normativo concorrencial.

3.1 Conceito de concentrações econômicas

Conforme já ressaltado, o maior desafio da empresa atual é se manter competitiva, posto que, com a globalização, os mercados passaram a ser acirradamente disputados, além de ter havido uma significativa expansão das áreas de consumo, possibilitada pela liberalização econômica.

Portanto, a empresa, que até então possuía uma atuação cindida ao nível nacional ou regional, foi, com o decorrer da globalização, inserida num mercado também global, onde a guerra comercial é praticada de forma intensa e, por vezes, até mesmo desleal.

Nesta nova ordem econômica internacional, o mercado mundial tornou-se um ambiente acessível a todos, porém, freqüentado por poucos, haja vista que os ineficientes são automaticamente excluídos do contexto pela própria auto-regulação existente, numa verdadeira espécie de “seleção natural”. Da mesma forma, no novo mercado global deixam de

existir as chamadas “áreas de vácuo comercial”, representadas por mercados inexplorados. Extingue-se, também, espaço para a atuação de “aventureiros”, eis que o desempenho profissional e especializado passam a ser de rigor.

Portanto, a *ratio* capitalista então se altera significativamente, fazendo-se inserir no vocabulário das estratégias empresariais modernas um novo sinônimo para sobrevivência econômica: crescimento.

Com efeito, o crescimento das empresas geralmente promove eficiências econômicas, diversificação de produção, além de inovações tecnológicas. Em suma, o crescimento torna-se a garantia de manutenção da competitividade das empresas, assegurando-se, por conseguinte, a permanência das mesmas nesta nova arena internacional.

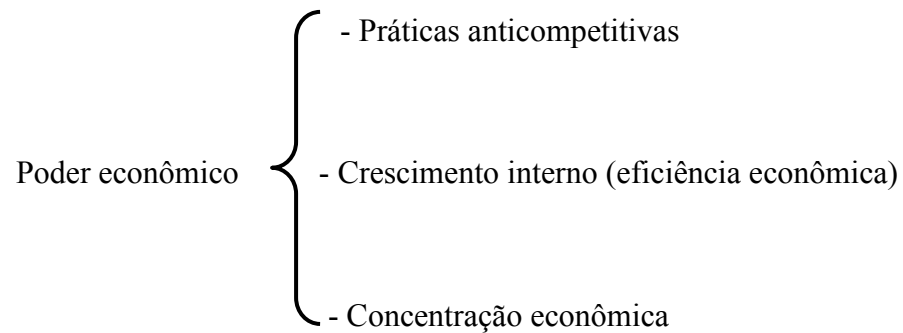
A esse passo, surge o questionamento: como é possível viabilizar o crescimento das empresas no mercado globalizado?

Certamente, a resposta dessa questão vai de encontro à idéia de poder econômico. E neste ponto, interessante dissociar a falsa identificação de poder econômico com poder financeiro. Como bem assinala Calixto Salomão Filho⁴⁹, o poder financeiro em si não garante ao seu detentor o poder econômico. A obtenção do poder econômico dependerá, em verdade, da aplicação estratégica do poder financeiro, que poderá conferir ao agente econômico uma atuação mais vantajosa junto ao mercado e, possivelmente, junto aos seus concorrentes também.⁵⁰

O poder econômico é, portanto, o elemento determinante para o crescimento da empresa. Trata-se de uma conclusão aparentemente bastante óbvia: se uma determinada empresa acresce poder econômico, pode-se afirmar que a mesma percebeu um crescimento. O poder econômico, por sua vez, pode ser alcançado, basicamente, através de três formas:

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 287 et seq.

⁵⁰ Para ilustrar o exposto, tomemos como exemplo a fusão de duas empresas que tinham como acionista controlador a mesma pessoa. Nesta hipótese, ocorrerá aumento do poder financeiro comandado por uma única empresa. Contudo, o poder econômico seguirá inalterado, haja vista que já se encontrava sob o domínio da mesma pessoa, antes mesmo da operação de concentração.



Primeiramente, o poder econômico pode ser acrescido pela eliminação dos concorrentes. Referimo-nos à eliminação auferida não pela superação eficiente da empresa em relação aos demais concorrentes, atingida por uma determinada inovação tecnológica, um melhor desempenho da produção, uma redução de custos, etc., mas sim através das denominadas práticas anticompetitivas.

Nesse caso, há clara presença de comportamentos ilícitos, caracterizadores de concorrência desleal ou de atuação tendente à dominação de mercado, razão pela qual representam uma ineficiência econômica, promovendo atrasos para o mercado e para a economia como um todo. Por conseguinte, são reprováveis sob a ótica antitruste.

Ante a tais atributos, as práticas anticompetitivas devem ser objeto de repressão por parte das autoridades antitrustes, sob pena de se colocar em risco o funcionamento saudável dos mercados.

Dentre todas as possibilidades supra-elencadas, o poder econômico obtido através do crescimento interno e natural da empresa é certamente o mais festejado. Isso porque o crescimento interno produz um efeito econômico positivo, representado pela criação de nova capacidade de produção. Em síntese, pode-se dizer que o crescimento interno da empresa possibilita o incremento do poder econômico através da geração natural de eficiências produtivas. Torna-se possível, assim, que os resultados dessa soma positiva sejam efetivamente repartidos na sociedade, especialmente com os consumidores.

Por tais motivos, do ponto de vista concorrencial, o crescimento interno da empresa é acontecimento muito positivo, posto que, na quase totalidade dos casos, aprimora a concorrência e beneficia o desenvolvimento econômico.

Entretanto, o crescimento interno nem sempre é viável e preferível. Se, por exemplo, a demanda de certo mercado particular for estável ou decrescente, o crescimento interno não se mostra como uma alternativa viável, sobretudo, porque provavelmente implicaria na saída de mercado de uma outra empresa.

Também não se mostra viável o crescimento interno quando for excessivo o aumento de escala necessário para atingir um nível eficiente e competitivo de produção, sobretudo por conta dos custos financeiros e do elevado tempo requerido para implementação não serem compensadores.

Nessas e em tantas outras hipóteses, as concentrações empresariais se mostram como uma eficiente solução. Atingimos assim, a terceira modalidade de incremento do poder econômico, que é a que possui maior afetação ao objeto da presente pesquisa.

Inicialmente, é importante ressaltar que o conceito de concentração, para fins de análise antitruste, é, antes de tudo, um conceito econômico, e não um conceito técnico-jurídico. Por este motivo, a sua conceituação deve sempre ser obtida à luz dos aspectos econômicos da operação.

Por essa mesma razão é que não se mostra adequado conceituar as concentrações empresariais a partir dos modelos jurídicos disponíveis, elencando-os taxativamente. Independentemente das inúmeras formas jurídicas existentes, o que interessa a identificar uma concentração empresarial reside no aspecto econômico, qual seja o referido acúmulo de poder econômico.

Neste sentido é a lição de Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

É extremamente ampla a gama das possíveis formas jurídicas – de caráter societário ou contratual – de que podem se revestir as operações de concentração de empresas. Por isso, não parece conveniente sejam elas enumeradas taxativamente pelas normas de defesa da concorrência. Ao contrário, o controle dos atos de concentração exige o uso de conceitos amplos e abrangentes, definindo antes o caráter econômico das operações do que seu aspecto societário.⁵¹

Essa, inclusive, é a justificativa para que uma boa parte das legislações antitrustes nacionais utilize “válvulas de escape”, estabelecendo critérios bastante genéricos para a caracterização dos atos de concentração, de forma a abranger todos os modelos jurídicos (societários ou contratuais) aptos a proporcionar acúmulo de poder econômico.

Ademais, como bem ilustra José Júlio Borges da Fonseca, estudioso do tema concorrencial, “O direito antitruste encampa os tipos de concentração disciplinados no direito

⁵¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

comercial, mas não consegue alcançar hipóteses novas criadas pelos empresários no âmbito da autonomia privada que lhe é garantida”.⁵²

Daí também a dificuldade de se uniformizar um conceito acerca do tema, dada a ausência de elementos concretos, a subjetividade na apreciação da finalidade da operação e do embate doutrinário travado por juristas e economistas.

Já na década de 60, Benjamin M. Shieber atentava para esse problema ao lecionar que

A concentração de empresas pode tomar muitas formas. Desde a compra e venda de todo o acervo ou todas as ações de uma empresa por outra, até a entrega a uma pessoa, da gerência de algumas empresas que continuam sob o controle acionário de seus antigos proprietários.

[...] Os sinais característicos do truste [aqui utilizado para se referir à concentração empresarial] e de seus sinônimos são: a extensão do grupo econômico, a ligação financeira ou administrativa entre suas diferentes partes, sua tendência à expansão. É a união de empresas industriais e comerciais que visam obter, pela formação de unidades mais importantes financeiras ou administrativas, lucros mais altos e uma posição mais poderosa na vida econômica.⁵³ [sic]

Ressaltando o conflito conceitual entre juristas e economistas, temos a lição de José Marcelo Martins Proença, para o qual

A concentração de empresas é uma realidade econômica, descrita de diversas maneiras pelos economistas, mas que deve também ser definida pelos juristas. Entretanto, o conceito jurídico de concentração, que terá como ponto de partida a realidade econômica subjacente, deverá restringir-se aos acordos que tiverem relevância jurídica à vista dos fins concretos perseguidos pela norma. Por isso, a noção jurídica, além de ser diferente da noção econômica, também pode divergir dos outros ramos do direito que abordam sua regulação. Para o direito de defesa da concorrência, o que interessa é definir eficazmente a concentração como uma das formas de restrição da concorrência de mercado.⁵⁴

Para Nuno T. P. de Carvalho

Concentração empresarial é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial.⁵⁵

⁵² FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 83.

⁵³ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966. p. 161.

⁵⁴ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19.

⁵⁵ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995. p. 91.(destaque do autor)

Em linhas gerais e, sem maiores pretensões de esgotar a questão, poderíamos conceituar os atos de concentração empresarial como sendo uma realidade econômica, viabilizada pela realização de negócios jurídicos, através da qual duas ou mais empresas integram o poder econômico e a autonomia decisória, passando a atuar em todo o conjunto de suas atividades como se fossem um único agente, de forma não eventual ou esporádica, objetivando, via de regra, a promoção de eficiências econômicas.

Depreende-se, portanto, serem quatro os elementos caracterizadores de um ato de concentração empresarial: (a) primeiramente, a existência, antes da operação, de, pelo menos, dois agentes econômicos dotados de autonomia decisória; (b) em segundo lugar, que esse ato importe em uma unificação desses agentes, do ponto de vista econômico; (c) em terceiro lugar, que a mencionada unificação se tenha produzido não somente no comportamento das empresas afetadas, mas também mediante uma modificação estrutural delas, quer das estruturas de propriedade, quer das estruturas de gestão; e, finalmente, (d) que esta unificação seja permanente.

Diferenciam-se, assim, os atos de concentração dos acordos restritivos de concorrência, na medida em que estes últimos vinculam as empresas apenas temporariamente e somente no tocante ao objeto do acordo. Também, a autonomia das empresas se mantém independente naqueles aspectos não sujeitos ao acordo, afetando seu comportamento no mercado, mas não a sua estrutura.

Não obstante, a existência de uma concentração empresarial não exclui, por completo, a caracterização de práticas restritivas à livre concorrência.

Especificamente no que tange à legislação antitruste brasileira, a conceituação dos atos de concentração seguiu o sistema da caracterização a partir dos efeitos, contemplando os aspectos econômicos próprios da operação empresarial, independentemente do procedimento jurídico adotado para a obtenção do resultado.

Diverge, portanto, de sistemas antitrustes mais antigos, tais como o norte-americano e o alemão. Esses optaram pelo sistema de enumeração exemplificativa (conceituação de meio), privilegiando os meios jurídicos empregados e os elementos objetivos de interpretação da norma (arts. 1º da *Shermann Act*, 7º da *Clayton Act* e parágrafo 23 da *GWB*, respectivamente).

Depreende-se, portanto, que tais legislações adotam o sistema da ilicitude *per se*.

Assim dispõe o art. 54, da Lei 8.884/94:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Verifica-se ainda, que o método de conceituação pelo resultado é ratificado pelo § 3º do mesmo artigo, *in verbis*:

Art. 54. [...]

§ 3º - Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedades para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário acionário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Definidos os atos de concentração, resta agora tratar da clássica divisão elaborada pela doutrina, não sem antes abordar as razões e motivações para a realização das operações de concentração econômica.

3.2 Razões das concentrações empresariais

As razões para a ocorrência do fenômeno concentracionista são muitas e de natureza variada. Não se pode negar que uma conjugação de elementos e circunstâncias ao longo das últimas décadas influenciaram sobremaneira a expansão das concentrações empresariais. Inserem-se nesse contexto tanto as motivações pessoais da classe dos empresários, como também mudanças do sistema capitalista, da economia dos Estados e da própria organização dos mercados.

Já vimos que no Brasil, por exemplo, o abandono da política de substituição de importações, a abertura da economia, o aumento no volume de novos investimentos, muitos em associação com empresas nacionais, outros mediante aquisição e controle acionário, impulsionaram o fenômeno das concentrações empresariais.

Com efeito, muitas das motivações para se explicar o processo de concentrações econômicas são efêmeras, alterando-se no decorrer da história, de acordo com as forças sociais propulsoras em determinado período analisado. Tudo isso porque o

fenômeno concentracionista está intimamente implicado ao próprio desenvolvimento do sistema capitalista.

Uma rápida regressão do fenômeno das concentrações econômicas é bastante útil para ratificar tal entendimento. Senão vejamos.

O movimento concentracionista, nos moldes em que conhecemos, teve início na segunda metade do século XIX e foi motivado pela ascensão do proletariado urbano, que alterou o cenário industrial, implementando as grandes indústrias em lugar das unidades de produção de caráter familiar.

Já no início do século XX, os fatores determinantes para as concentrações empresariais foram o desenvolvimento de novas técnicas de produção em escala, o progresso com a estrutura de transportes e a expansão da dimensão dos mercados.

Finalmente, nos dias atuais, as concentrações são impulsionadas pelo processo de internacionalização da economia, que, por sua vez, é motivado pela liberalização econômica e globalização.

Vê-se, pois, quão diferentes são os elementos determinantes para a ocorrência do fenômeno concentracionista no decorrer dos anos.

Por ora, contudo, interessa-nos examinar as razões para a ocorrência das concentrações empresariais à luz do direito concorrencial, visando contribuir na análise da licitude das operações.

Com efeito, não se mostra relevante o exame da intenção do agente econômica na sua união com outros, mas sim de possíveis efeitos obtidos a partir da concentração. Esta, aliás, é a proposta dos reconhecidos economistas Louis Kaplow e Phillip Areeda⁵⁶, com a qual nos filiamos.

Antes, porém, importa ressaltar que a avaliação dos eventuais benefícios ou prejuízos provocados pelos atos de concentração não são identificáveis ou apuráveis *a priori* em nenhuma das hipóteses adiante relacionadas.

Tal ocorre porque, no momento da operação, os efeitos são simplesmente potenciais, de modo que a possibilidade e probabilidade de sua efetivação é justamente o objeto de avaliação por parte das autoridades antitrustes.

⁵⁶ KAPLOW, Louis; AREEDA, Phillip. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4th. ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 800 et seq.

Louis Kaplow e Phillip Areeda ressaltam que

*The important point is that neither social harm nor social benefit will be precisely identifiable or quantifiable in every case. Yet, the lawmaker or interpreter must take care to remember the general benefits of a free market in capital assets.*⁵⁷

Na gama das razões para as concentrações empresariais, com efeitos potencialmente nocivos à concorrência, encontra-se a busca pela dominação dos mercados, através da eliminação dos concorrentes. Conforme já visto, a concorrência é benéfica aos mercados e à economia, contudo, não o é para os agentes econômicos inseridos nesta competição comercial. É razoável e lógico, portanto, que eles busquem a eliminação da concorrência, visando atingir uma atuação independente e indiferente no mercado. Ou seja, busquem atingir ou reforçar uma posição monopolística, a qual possibilitaria aumento de preços, criação de barreiras à entrada de novos *players*, maximização de lucros, enfim, ineficiências econômicas.

Em determinados mercados, principalmente naqueles em que o número de concorrentes é diminuto e as barreiras à entrada de novos competidores são altas, a concentração entre empresas pode trazer consigo uma motivação prejudicial à estrutura competitiva, em especial a eliminação de concorrente e a formação de cartéis.

Todavia, há também efeitos benéficos à concorrência, que se inserem no rol de razões para a ocorrência das concentrações empresarias. A viabilização de economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis são algumas dessas.

Como bem leciona Fábio Nusdeo, “o fenômeno das economias de escala consiste na progressiva redução do custo unitário da produção de um bem, à medida que o volume produzido aumenta”.⁵⁸ É inegável que as concentrações empresariais possuem o condão de promover economias de escala, além de possibilitar uma melhor racionalização dos recursos produtivos e a alocação correta dos investimentos, fundamentais para a sobrevivência das empresas nos mercados altamente competitivos.

Por causa das inovações de produto, desenvolvimento de novas tecnologias, maximização da capacidade produtiva, etc., a formação de economias de escala e a correta

⁵⁷ Tradução livre: “O ponto importante é que nem os prejuízos sociais nem os benefícios sociais serão precisamente identificados ou quantificados em todos os casos. Ainda, o legislador ou intérprete deverá se recordar dos benefícios gerais de um mercado livre em recursos financeiros (ou ativos financeiros)”. KAPLOW, Louis; AREEDA, Phillip. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 805.

⁵⁸ NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 125.

alocação de recursos são tidos como efeitos benéficos à concorrência e causas determinantes para as concentrações empresariais.

Outro efeito positivo diz respeito à redução de custos para o ingresso em determinado mercado. Ocorre é que, como geralmente os custos de aquisição de um agente já instalado no mercado são inferiores aos da entrada autônoma, a concentração econômica formalizada pela empresa entrante com a empresa já instalada apresenta-se vantajosa. Via de regra, tais operações ocorrem quando a empresa já instalada no mercado encontra-se sucateada, com dificuldades de se manter competitiva. Nestes casos, a chegada de novos investimentos traz também um novo ânimo à concorrência no mercado, beneficiando consumidores e a própria economia. Por isso, é vista com bons olhos sobre o aspecto concorrencial.

Há ainda operações de concentração em que o interesse primordial pela realização do ato não reside na união dos agentes econômicos em si, mas sim na aquisição de pessoal especializado, patentes e demais privilégios. Como visam o aprimoramento e também a redução de custos, tais operações são tidas como positivas na avaliação antitruste.

Outro exemplo trazido por Kaplow e Areeda⁵⁹ retrata a hipótese em que a venda da empresa se torna o meio mais eficiente e garantido para a continuação das atividades da mesma. Apesar de ser paradoxal e aparentemente contraditório, há ocasiões em que o empresário que está por encerrar sua vida profissional e que não possui expectativa de legar a alguém a continuidade das atividades de sua empresa, faz a opção de vendê-la a um outro agente econômico. Evita-se, com isso, a bancarrota, extinção ou declínio das atividades da empresa, promovendo benefícios aos acionistas, fornecedores, clientes e funcionários.

Por último, porém não menos importante, as concentrações podem ter como motivação a expectativa de ganhos de natureza tributária. Cite-se como exemplo a hipótese de concessão de benefícios tributários por parte de determinado estado às empresas que nele se instalarem (a chamada “guerra fiscal”). A fim de participar destes ganhos oferecidos, uma empresa sediada em localidade diversa pode, por exemplo, incorporar uma outra empresa já estabelecida no estado outorgante da referida benesse. Pelo menos em tese, à luz da estratégia empresarial, tal concentração aparenta promover eficiências, razão pela qual tende a ser aprovada sob a análise concorrencial.

⁵⁹ KAPLOW, Louis; AREEDA, Phillip. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 800 et seq.

Viu-se, portanto, que as concentrações empresariais são modalidades de acúmulo do poder econômico, quiçá, a mais interessante delas. Numa visão elastecida, as operações de concentração são a representação prática do exercício do direito de livre iniciativa, possibilitando o fluxo de recursos econômicos e sua melhor alocação, requisitos fundamentais para a organização do sistema de mercado, para a maximização do sistema produtivo e para a estabilidade da ordem econômica.

E se é verdade que a realização das concentrações podem promover resultados nocivos à estrutura concorrencial, não se pode esquecer que o oposto também é verdadeiro. Ou seja, freqüentemente são observados efeitos altamente positivos advindo das concentrações empresarias, tais como geração de eficiências, promoção de economias de escala, aumento de produtividade, inovações tecnológicas, etc.

De fato, se em todas as operações de concentração empresarial predominassem os efeitos negativos à ordem econômica, teriam os legisladores previsto uma proibição genérica e absoluta à realização das mesmas. Contudo, diante da imprescindibilidade de sua realização e da sua relevância para a economia e para o sistema capitalista como um todo, a avaliação da licitude, caso a caso, a partir dos efeitos provocados nos parece ser a escolha mais acertada.

Esse, aliás, é o elemento que instiga e torna tão interessante o estudo da temática das concentrações econômicas.

A seguir, abordaremos as modalidades de concentração econômica a partir da clássica divisão sugerida pela doutrina. Usualmente, as concentrações econômicas são classificadas em três categorias: concentrações horizontais, integrações verticais e conglomerados.

3.3 Classificação das concentrações empresariais

Consagrada classificação da doutrina acabou por dividir as concentrações econômicas em três categorias distintas: concentrações horizontais, integrações verticais e conglomerados.

As concentrações horizontais situam-se no topo da escala de preocupações de ordem concorrencial, notadamente por conta da elevada potencialidade de promoção de efeitos nocivos à estrutura econômica.

Em seguida, aparecem as integrações verticais, cuja potencialidade lesiva é existente, porém, reduzida se comparada às concentrações horizontais.

Por fim, surgem os conglomerados, cuja necessidade de controle concorrencial é até mesmo objeto de discussões na doutrina especializada.

Certo é, contudo, que antes de se apurar a efetiva necessidade de controle desses modelos estruturais, mister o estudo das suas características, peculiaridades e aplicação. É o que passamos a fazer em seguida.

3.3.1 Concentrações horizontais

A concentração horizontal é, certamente, a que promove maiores ameaças à estrutura competitiva, sobretudo porque implica na diminuição do número de agentes econômicos atuantes em um determinado mercado.

Segundo Fábio Nusdeo, ocorre concentração horizontal quando

[...] a concentração se verifica num mesmo estágio de processo produtivo. Exemplo: quando vários produtores de matérias-primas se reúnem, apresentando-se no mercado como um único bloco, ou pura e simplesmente quando algumas unidades são compradas por outras.⁶⁰

Apesar de bastante ilustrativa, a definição supra não se mostra plenamente completa. Segundo a melhor doutrina, as concentrações horizontais ocorrem com a integração de empresas atuantes num mesmo mercado, sendo, pois, concorrentes entre si. Como bem lembra Calixto Salomão Filho,

Firmas no mesmo mercado são consideradas todas aquelas que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que em caso de aumentos de preços passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado.⁶¹

⁶⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 314.

⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 267.

Aliás, conforme será observado no próximo capítulo, a substitutividade do produto, na visão dos consumidores, é elemento preponderante para a definição do mercado relevante, incluindo-se neste todos os produtos substitutos.

A concentração horizontal implica, necessariamente, num aumento do grau de concentração no mercado em questão, haja vista que ela resulta na retirada de um *player* da competição. É justamente neste aumento do grau de concentração que residem os riscos ao ambiente concorrencial.

De fato, ao contrário do que ocorre em mercados atomizados, nos quais o poder econômico encontra-se disperso nas mãos dos agentes econômicos, num mercado concentrado, a possibilidade das empresas atuantes se reunirem para o cometimento de práticas nocivas à concorrência é muito maior. O estudo dos cartéis, por exemplo, é farto em fornecer indicação de tais ocorrências.

Outro aspecto possibilitado pela alta concentração do mercado seria o abuso da posição dominante por parte da empresa líder, capaz de inibir a atuação dos demais concorrentes em um nível tal a ponto de lhes retirar a autonomia e independência de atuação.

Enfim, de uma concentração horizontal podem advir inúmeros efeitos nocivos à concorrência provocados pela ineficiência alocativa, tais como aumento de preços dos produtos, diminuição de ofertas aos consumidores, facilitação de ocorrência de práticas anticompetitivas, etc.

Portanto, o problema que se coloca é o de se determinar em qual nível de concentração o controle concorrencial se faz necessário.

Por outro lado, as concentrações horizontais são fontes primárias de eficiências econômicas, em especial com a formação de economias de escala produtiva e economias decorrentes da especialização das empresas. Tais benefícios, se compartilhados com os consumidores, podem compensar os efeitos negativos promovidos pela ineficiência alocativa produzida pela operação. E se as empresas participantes da operação conseguirem comprovar que tais resultados só poderiam ser produzidos por meio da concentração, o ato tem totais condições de não sofrer qualquer restrição ou óbice por parte da autoridade antitruste.

Atentas para esta possibilidade, principalmente pelos possíveis benefícios gerados, as empresas se integram por meio das concentrações horizontais. Em estudo realizado após quatro anos de vigência da atual Lei Antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94),

observou-se que as concentrações horizontais respondiam pela quase totalidade das operações informadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em análise realizada por este órgão, verificou-se que, no ano de 1998, foram realizados 102 atos de concentração horizontal, o que representou pouco mais de 70% de todas as operações concentracionistas do período.⁶²

Já os índices mais recentes demonstram um aumento significativo em relação aos mencionados, principalmente pelo advento das alterações econômicas sentidas pelo nosso país e já relatadas anteriormente, sem falar do maior conhecimento adquirido por parte do empresariado brasileiro acerca da necessidade de apresentação das operações desta natureza. Enfim, houve a difusão dos termos da Lei 8.884/94, de modo que hoje, seu conhecimento atinge parcela significativa da sociedade.⁶³

Para ilustrar tal assertiva, basta uma simples percepção das operações realizadas envolvendo, algumas vezes, grandes empresas nacionais e internacionais. Ultimamente, a imprensa nacional tem divulgado várias operações de grande impacto econômico e que foram submetidas ao CADE. A aquisição da empresa de chocolates Garoto S.A. pela subsidiária brasileira da multinacional Nestlé, a aquisição do grupo Sé Supermercados pelo grupo Pão de Açúcar, a fusão das duas maiores lojas de vendas *online* do Brasil, ou seja, Lojas Americanas e Submarino, são apenas alguns exemplos.

Todavia, certamente nenhum outro ato de concentração horizontal teve tanto enfoque quanto ao que originou na criação da chamada Ambev, resultante da fusão das cervejarias Antarctica e Brahma⁶⁴.

O ato foi aprovado com restrições, criando a maior cervejaria da América Latina e a quinta maior do mundo, detentora de cerca de 69% (sessenta e nove por cento) do *market share* de cervejas do Brasil⁶⁵. Contrária à aprovação do ato encontrava-se a cervejaria Kaiser, controlada pelo grupo Coca-Cola, potência mundial no comércio de bebidas; talvez também por esse motivo tenha sido dado tamanha divulgação à operação, atualmente considerada um marco no sistema antitruste brasileiro.

⁶² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Relatório anual:** 1998/1999. Brasília, DF: CADE, 1988.

⁶³ Conta-se que, nos primórdios da vigência da Lei 8.884/94, existiam no CADE funcionários encarregados de lerem os jornais e revistas especializadas e, ao se depararem com notícias relativas à concentração de empresas, enviavam cartas informando da necessidade da apresentação da operação, sob pena de multa diária, tamanho era o desconhecimento da lei antitruste.

⁶⁴ Ato de concentração nº 08012.005846/99-12.

⁶⁵ COMPANHIA Brasileira de Bebidas. Disponível em: <http://www.ambev.com.br/emp_04.htm>. Acesso em: 18 jan. 2007.

3.3.2 Integrações verticais

As integrações verticais são concentrações ocorridas entre empresas que atuam em mercados relevantes distintos, porém, vinculados e complementares entre si, seja pelo processo produtivo ou de distribuição do produto. Por isso mesmo, é muito comum se afirmar que as integrações verticais são concentrações ocorridas entre empresas que atuam em mercados relevantes “a jusante” (*before market*) e “a montante” (*after market*). Por exemplo, a incorporação de determinado fornecedor de matéria-prima por parte de uma indústria consumidora, a aquisição de uma distribuidora pela empresa fabricante de um dado produto, etc.

Para o economista Fábio Nusdeo, a integração vertical ocorre

Quando vários estágios de produção de um bem são aglutinados por uma mesma empresa ou grupo. Assim, uma empresa que extraia o minério, o refine, produza a folha de aço, exerça a manufatura de objetos de metal extraído desse minério e finalmente os venda no mercado de produtos acabados será um caso de concentração vertical.⁶⁶

Segundo o entendimento de Calixto Salomão Filho, as integrações verticais são “as que se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágio da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço”⁶⁷.

Basicamente, as integrações verticais ocorrem de duas maneiras. A primeira modalidade de integração vertical ocorre com a aquisição direta de uma empresa fabricante do produto, fornecedora de matéria-prima ou prestadora de serviço complementar, já atuante no mercado de interesse.

A segunda opção ocorre quando a empresa decide atuar diretamente no mercado de seu interesse como um novo concorrente, aumentando o número de *players* e, conseqüentemente, as opções de consumo. Não deixa de representar uma expansão de atividades por parte da empresa, vez que esta abre seu próprio negócio, passando a estabelecer concorrência com seus antigos fornecedores, distribuidores ou prestadores de serviços.

⁶⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 314.

⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 266-267.

Parte da doutrina⁶⁸ ainda identifica uma terceira e última possível modalidade de integração vertical, qual seja a hipótese de contratação exclusiva de uma outra empresa para fornecimento de bens ou serviços.

Salvo melhor juízo, tal modalidade não possui qualquer vinculação com aspectos estruturais das empresas, razão pela qual seu controle, se necessário, dar-se-á no campo da repressão às práticas anticompetitivas ou colusivas da concorrência, ou seja, no controle de comportamentos (controle repressivo). Ademais, observa-se que, neste caso, não ocorre concentração econômica nos moldes já explicitados, haja vista que a independência e autonomia de ambas as empresas restam inalteradas.

Certo é, contudo, que, independentemente da adoção de uma ou de outra modalidade de integração vertical, os fins perseguidos pelos agentes econômicos se mantêm constantes e podem ser resumidos no binômio eficiência e racionalização. E neste aspecto, as integrações verticais se mostram muito competentes.

A prática demonstra que as integrações verticais podem viabilizar uma eficaz racionalização da produção e/ou distribuição do bem produzido, possibilitando uma independência tecnológica, bem como a internalização de atividades tidas como prioritárias e o controle efetivo acerca da qualidade de insumos e da produção (*before market*) ou dos meios de distribuição e prestação de serviços (*after market*). Em síntese, pode-se afirmar que as integrações verticais simplificam as fases produtivas, o que, em tese, resulta na maximização de lucros.

Contudo, inegavelmente, a maior eficiência promovida por intermédio da integração vertical corresponde à redução dos chamados “custos de transação” (*transaction costs*).

Os “custos de transação” foram definidos e descritos pelo economista inglês e professor na Universidade de Chicago Ronald Coase, na obra intitulada “*The firm, the market and the law*”, ganhadora do prêmio Nobel de Economia no ano de 1991.⁶⁹ São, por assim dizer, os custos de se realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa. Segundo o autor, tais custos consistem basicamente na incerteza que caracteriza as relações de mercado, que permeiam desde a determinação do preço até a natureza e características do produto a ser fornecido.

⁶⁸ Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

⁶⁹ COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

As integrações verticais, por seu turno, possibilitam à empresa reduzir tais incertezas, na medida em que ela mesma passa a gerenciar o fornecimento dos insumos ou o mecanismo de distribuição do produto. Esse pleno conhecimento dos estágios produtivos se reverte, portanto, em redução dos custos para a empresa.

A possibilidade dos benefícios gerados pelas integrações verticais serem repartidos junto aos consumidores faz com que o controle dessas estruturas por parte das autoridades antitrustes seja motivo de contínuas discussões doutrinárias. O embate é tamanho que não existe sequer consenso quanto a utilidade e necessidade do controle das concentrações verticais.

Para os economistas neoclássicos da Escola de Chicago, as integrações verticais não apresentam qualquer interferência autônoma no mercado horizontalmente considerado. Assim, só existiria problema na concentração ocorrida entre fornecedor e comprador acaso um deles já detivesse poder no seu mercado horizontalmente considerado.

Segundo os neoclássicos, o controle das integrações verticais representaria uma distorção, na medida em que induz o intérprete a visualizar o foco errado da questão. Senão vejamos a lição do expoente defensor dos postulados neoclássicos da Escola de Chicago Robert Bork, autor de obra paradigmática no estudo do antitruste, que, comentando um caso concreto, assim afirma:

Foreclosure theory is like a conjuring trick: it causes you to look the wrong level of the industry, in the case the refining level. The problem just stated is not vertical but horizontal, the evil is not the foreclosure of rival refiners but the establishment of a retail monopoly.⁷⁰

Assim, o controle das integrações verticais culminaria sempre numa análise do mercado horizontal. Isso porque, se um dos agentes participantes da integração vertical já possuir poder no mercado horizontalmente considerado, poderá transferi-lo a outro mercado de interesse. Em decorrência, poderia o comprador atribuir um tratamento preferencial a determinado fornecedor de matérias-primas filiado, por exemplo, mantendo-se os demais concorrentes marginalizados e obrigando-os a migrarem para outros fornecedores existentes ou potenciais, desde que não existam barreiras à entrada. Para os neoclássicos, esta seria, portanto, a maior implicação possível promovida pelas integrações verticais.

⁷⁰ Tradução livre: “A teoria do fechamento [nas integrações verticais] é como um truque de mágica: faz com que você olhe o nível errado da indústria, no caso o estágio de refino. O problema indicado não é vertical, mas horizontal, o mal não é o fechamento (ou exclusão) dos refinadores rivais mas o estabelecimento de um monopólio varejista.”. BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. 2nd. ed. New York: The Free Press, 1993.

Para o ilustre jurista Calixto Salomão Filho, a questão do controle das estruturas verticais escapa da seara teórica, pois,

Apesar de na teoria serem consideradas danosas para a ordem antitruste, seu controle é na prática freqüentemente influenciado por fatores políticos. Assim, em épocas em que os ventos liberais tendem a favorecer as concentrações, seu controle é um dos primeiros a ser suprimidos.⁷¹

Inobstante os posicionamentos esboçados, *data venia*, parece-nos que não representam o entendimento mais adequado aos fins perseguidos pela norma antitruste.

As integrações verticais, muito embora não apresentem riscos imediatos e evidentes à concorrência, devem, por isso mesmo, ser objeto de minuciosa avaliação por parte dos órgãos de defesa antitruste.

Em princípio, as integrações verticais não promovem muitas ameaças ao ambiente concorrencial, haja vista não haver redução do número de *players* e aumento da concentração nos mercados considerados, diferentemente do que ocorre nas concentrações horizontais, onde a redução do número de concorrentes é inerente ao ato e os efeitos potencialmente danosos à concorrência são perceptíveis de pronto.

Pelo contrário, fazendo uma análise imediata, observará que as integrações verticais promovem ganhos de eficiência empresarial e a possibilidade do repasse da redução dos custos aos consumidores, beneficiários da tutela concorrencial.

Este é, em nossa análise, o principal risco das integrações verticais e o maior desafio para a avaliação das autoridades antitrustes: a constante aparência de licitude das operações.

Desnudando-se a aparência de licitude do ato, provocada pelas eficiências econômicas produzidas, pode-se verificar, numa análise mediata e a longo prazo, a criação de fortes barreiras à entrada de potenciais concorrentes em ambos os mercados da integração, possibilitando, em consequente, altas concentrações.

No mercado a jusante (*before market*), a barreira consiste na imposição de tratamento desigual, representado na negativa do fornecedor em entregar produto aos distribuidores concorrentes ou impor-lhes preços por demais abusivos. Da mesma forma, no mercado montante (*after market*), o tratamento desigual decorre da vantagem assumida pelo

⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 267.

fornecedor que detém o acesso direto aos canais de distribuição, desencorajando a entrada de novos *players*.

Daí o porquê da preocupação por parte dos órgãos de defesa da concorrência na análise das estruturas verticais de mercado. Mais uma vez, valemo-nos da lição de Calixto Salomão Filho:

A doutrina identifica várias conseqüências específicas das concentrações verticais que causam preocupação concorrencial. Em primeiro lugar, a própria teoria da exclusão potencial dos concorrentes pode ser revisitada, agora levando em conta a crítica neoclássica. O que dela se pode concluir é que as integrações verticais, quando realizadas entre agentes econômicos que atuam em mercados já horizontalmente concentrados, são causa efetiva de preocupação para o direito antitruste. E isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para respectivamente vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer. É por esse motivo que uma das principais objeções de natureza concorrencial está exatamente no aumento substancial de barreiras à entrada no mercado por elas proporcionado.⁷²

E continua o ilustre jurista acrescentando novas razões para o controle das integrações verticais:

Como visto, a concentração vertical traz consigo preocupações concorrenciais específicas (em especial a potencial exclusão de concorrentes e as barreiras à entrada), que não podem ser descuidadas. Existe, ainda, uma outra razão a desaconselhar tal equiparação. Sobretudo tratando-se de mercados oligopolizados, é muito comum que a uma primeira integração vertical se sigam outras, por parte de outros concorrentes, que, descrentes da lógica neoclássica, não querem se colocar em situação concorrencialmente inferior. [...] Essa perspectiva constitui uma ameaça real aos pequenos produtores independentes para os quais, ao final desse processo, restarão poucas alternativas para fornecimento e/ou distribuição em condições concorrenciais.

[...] A concentração vertical em estruturas olipolizadas causa ainda um outro tipo de preocupação, diretamente ligada ao interesse do consumidor. Ainda que a concentração não leve a um processo generalizado de integração, e, talvez possa-se dizer, sobretudo se isso não ocorrer, é muito provável que essa concentração represente uma forma de eliminar uma barreira à cartelização do mercado.⁷³

Ante todo o exposto, a conclusão só pode ser, portanto, pela necessidade de controle das integrações verticais por parte dos órgãos de defesa da concorrência. No caso brasileiro, em particular, a questão foi pacificada pelo legislador, que, corretamente, fez incluir a regra do faturamento para sujeitar os atos de concentração à análise antitruste (art. 54, § 3º da Lei 8.884/94).

⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 275.

⁷³ *Ibid.*, p. 275-277. (destaque do autor)

3.3.3 Os conglomerados

O conceito de concentrações conglomeradas é residual. Ou seja, consideram-se conglomeradas todas as concentrações que não se inserem no conceito de concentração horizontal ou de integração vertical.

Referem-se às hipóteses de integração entre agentes econômicos situados em mercados relevantes distintos, que podem produzir bens de certa forma relacionados entre si ou, até mesmo, sem relação alguma (conglomerados puros).

Conceitualmente, os conglomerados foram subdivididos em três categorias, conforme demonstra a lição de Paula A. Forgioni:

As concentrações conglomeradas dizem respeito, por sua vez, a empresas que atuam em mercados relevantes completamente apartados, sendo subdivididas, conforme seu escopo ou efeito, em (i) de expansão de mercado (*market extension*); (ii) de expansão de produto (*product extension*); e (iii) de diversificação (ou *pura*). De forma residual, são entendidas como conglomeradas as concentrações que não são verticais ou horizontais.⁷⁴ [sic]

Segundo a autora, seriam consideradas expansões de mercado aquelas operações de concentração que impliquem na aquisição de uma empresa por outra que, embora produzindo o mesmo tipo de produto, atue em diferente mercado relevante geográfico. Expansões de produto, por sua vez, seriam as concentrações de empresas produtoras de bens complementares por natureza. Finalmente, as concentrações conglomeradas puras são aquelas em que as empresas se unem, porém, os produtos por elas produzidos não guardam qualquer relação de complementariedade ou concorrência.

Em todas as hipóteses descritas, os objetivos da concentração conglomerada podem ser os mais variados, tais como aumentar o âmbito de atuação da empresa, expandir a carteira de produtos, investir em atividade mais lucrativa para compensar prejuízos adquiridos em outra linha de produção, pulverização dos investimentos, etc. Em suma, pode-se afirmar que a eficiência econômica obtida nos conglomerados situa-se na diversificação, tendo em vista a redução dos custos, fator preponderante para a realização de uma operação dessa natureza.

⁷⁴ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 467-478. (destaque do autor)

A exemplo do que ocorre nas integrações verticais, o controle concorrencial das concentrações conglomeradas é alvo de intenso debate na doutrina especializada. Argumenta-se que, considerando-se a ausência de redução de *players* no mercado, o não aumento ou criação de poder econômico nos mercados em questão e o fato das empresas não operarem no mesmo mercado relevante, inexistente a possibilidade de ameaça à concorrência. Sendo assim, sugere-se a desconsideração das operações de formação de conglomerados da seara de controle por parte das autoridades antitrustes.

Contudo, sustenta parte da doutrina que, num exame mais aprofundado, é possível se verificar uma pequena potencialidade lesiva à concorrência promovida pelas concentrações conglomeradas. Isso porque, ao menos em tese, há sim a possibilidade de formação de conglomerados com poder no mercado capaz de ilidir a concorrência potencial.

A concorrência potencial diz respeito à perspectiva (objetiva ou subjetiva) de uma empresa de que determinadas empresas concorrentes, alocadas em mercado distinto, possam a vir integrar formalmente o seu mercado relevante.

Se o conglomerado envolver empresas potencialmente concorrentes entre si ou fabricante de produtos potencialmente substitutos é possível que a concorrência saia lesada com a referida operação. Para tanto, mister que a entrada dos concorrentes possa implicar numa real melhoria das condições de concorrência, haja vista que a eliminação de um concorrente potencial em mercado já competitivo não promove efeitos relevantes do ponto de vista concorrencial. Além disso, necessário também que existam barreiras à entrada de modo tal que a eliminação do concorrente potencial signifique também a impossibilidade de ingresso de novos *players* no mercado em quantidade suficiente para garantir um estado de competitividade.

Outro aspecto resultante das concentrações conglomeradas, cuja preocupação é ressaltada na doutrina, trata da hipótese da chamada reciprocidade de operações (*reciprocal dealing*).

Basicamente, a reciprocidade consiste no fato das empresas concentradas adotarem conduta discriminatória em face dos demais atuantes no mercado, sobretudo por ter seu centro decisório unificado. No caso das empresas concentradas possuírem poder de mercado, poderão exigir dos seus fornecedores ou clientes o favorecimento das empresas integrantes do grupo, em detrimento de terceiros, criando-se dificuldade de atuação para estes últimos.

Um último exemplo de reciprocidade em conglomerado diz respeito à hipótese de um determinado agente econômico se integrar com produtor de insumos necessário a seu fornecedor direto. Trata-se de uma espécie de integração vertical, na qual as empresas concentradas não se encontram em estágios sucessivos de produção; existindo um nível intermediário entre elas, que é preenchido pela atuação de um fornecedor. Nesse caso, o fabricante pode exercer pressão junto ao seu fornecedor de matéria-prima a fim de que este último venha a adquirir insumos da empresa integrante do conglomerado.

Relativamente à reciprocidade, apesar dos exemplos ilustrados na doutrina, entendemos que não se pode presumir a má-fé do agente econômico. Não há embasamento teórico para se presumir tais comportamentos por parte do conglomerado.

Com efeito, não há como se justificar o controle estrutural dos conglomerados exclusivamente com base em tais assertivas. Muito mais adequado se mostra a repressão de tais condutas a partir do controle de comportamentos, e não a partir do controle estrutural.

Portanto, no que tange ao controle concorrencial dos conglomerados, conclui-se que deve ser exercido de forma parcimoniosa, afinal, o exercício do poder econômico não é um ilícito *per se*.

Neste tocante, importante a contribuição dos economistas da Escola de Chicago. O objeto de atuação da legislação antitruste é de repressão ao abuso do poder econômico, ou seja, o exercício desarrazoado e injustificado do poder econômico.

3.4 Princípios constitucionais norteadores da atividade econômica

A Constituição Federal de 1988 tornou inconteste o fato de que, entre nós, vige o Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que o Estado possui, como sua característica básica, a submissão ao império da lei, sem prejuízo de outros fundamentos. Tal concepção é de influência tipicamente liberal, que se encontra disseminada por todo o corpo da nossa Carta Magna.

Como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, o legislador constituinte de 1988 cuidou de disciplinar a chamada “ordem econômica”, insculpindo-a no

Título VII da Constituição Federal, com o objetivo de orientar e regular o exercício da atividade econômica em todo o território nacional.

É certo, contudo, que as bases constitucionais instituídas pela ordem econômica não determinam a estrutura de um dado sistema econômico. Isso implicaria em admitir que a constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (infra-estrutura).

Por outro lado, não se pode conceber que a realidade seja afirmada por um determinismo econômico mecânico e automático. A realidade jurídica, forma que é, recebe da realidade econômica fundamentos de seu conteúdo. Mas como forma, também influi na modelagem da matéria.

Em suma, a ordem econômica, apesar de não determinar o conteúdo do sistema econômico, dá forma ao mesmo, através da imposição de regras e princípios jurídicos.

Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a ordem econômica corresponde ao “conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela atividade”⁷⁵.

É, portanto, na ordem econômica que se encontram expressas as ideologias dominantes, previamente eleitas para serem atuadas no sistema econômico, com dupla função: (a) de um lado, para determinar a postura de ingerência ou não do Estado frente ao domínio econômico, ou seja, de que forma se dará ou não a atuação estatal na atividade econômica; e, (b) de outra parte, para instituir as balizas e diretrizes aos agentes econômicos a fim de orientar e regular o exercício da atividade econômica por parte destes.

Relativamente ao Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs ser a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica, já evidenciando a alta influência liberal presente em sua concepção, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (grifo nosso)

A redação do art. 170 do texto constitucional deixa evidente ainda o caráter instrumental das normas e princípios estabelecidos na ordem econômica, que nada mais são

⁷⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 86.

do que um meio, um instrumento para a consecução de um fim ainda maior, qual seja o de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Eis, portanto, a verdadeira finalidade da ordem econômica constitucional.

Com efeito, objetivando atingir esta finalidade, a nossa ordem econômica constitucional instituiu como princípios a livre iniciativa e a livre concorrência. Além disso, o ordenamento jurídico vigente ainda consagrou a repressão ao abuso do poder econômico e o combate ao aumento arbitrário dos lucros como importantes ferramentas para a persecução dos fins almejados pelo já transcrito art. 170. Justifica-se a inserção desses últimos elementos, sobretudo considerando-se que há inúmeras outras disposições relativas à ordem econômica espalhadas por toda a Constituição Federal de 1988 e até mesmo fora desta, as quais, em conjunto, dão concreção às normas constitucionais⁷⁶. Ademais, consagra-se a interpretação sistemática do Direito defendida inclusive por Eros Roberto Grau⁷⁷.

Desta feita, encontram-se sedimentados alguns dos essenciais princípios jurídicos a conformar a ordem econômica constitucional e, por conseguinte, a atuação do Estado e dos agentes econômicos privados; princípios estes que serão abordados isoladamente adiante, começando com a livre iniciativa.

A livre iniciativa, enquanto princípio jurídico, adotou concepções diversas ao longo da história, influenciada pelas condicionantes políticas presentes em cada período.

Na primeira fase do conteúdo jurídico do princípio da livre iniciativa, evidenciava-se inegável postulado liberal inspirado no ideal do “laissez-faire”. Com efeito, o princípio da livre iniciativa consagrava a garantia de legalidade da atuação do particular frente à ingerência do Estado no domínio econômico, delimitando-se um verdadeiro campo de vedação à atuação estatal na seara privada. Assegurava-se, assim, a liberdade de exercício da atividade econômica por parte do particular.

Tal concepção, contudo, não perdurou por muito tempo. Com a derrocada dos postulados liberais e o incremento do Capitalismo, impulsionado pelas concentrações econômicas, o princípio da livre iniciativa começou a assumir novos contornos.

⁷⁶ Os princípios devem ser ponderados e interpretados na sua globalidade, levando-se em conta todo o sistema. Não se pode falar em aplicação de uma norma jurídica isolada, pois é sempre o Direito que se aplica. O mesmo ocorre com a Constituição, cuja interpretação há de ser sistemática, e não se reduzindo ao nível das normas isoladamente consideradas.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 189.

A própria ascensão do Estado intervencionista modificou o conteúdo do princípio da livre iniciativa. A atuação estatal, antes vista como um malefício, passou a ser aceita e até mesmo desejada pelo ordenamento jurídico. As normas jurídicas, por sua vez, passaram a orientar e disciplinar as ingerências estatais no domínio econômico.

É nesse contexto que o princípio da livre iniciativa assumiu também a representação da necessidade de proteção de um ambiente concorrencial saudável. E, certamente, isso se dá por meio do controle e repressão dos atos e condutas que visam à eliminação dos concorrentes ou criação de obstáculos ao acesso e permanência das empresas nos mercados.

Analisando tal concepção do conteúdo jurídico do princípio da livre iniciativa com aquela adotada no Estado Liberal, vê-se que não se tratam de conceitos excludentes, mas sim harmônicos e complementares.

Conjugam-se, portanto, as duas facetas do conteúdo jurídico do princípio da livre iniciativa, enquanto liberdade pública e liberdade privada: a garantia e o direito de acessar, permanecer e retirar-se dos mercados, mas também, a garantia de disciplina e repressão de atos e comportamentos que resultem em prejuízo ao ambiente concorrencial.

Entre nós, o conceito atribuído ao princípio da livre iniciativa assumiu tamanha importância que evoluiu ao status de valor social. Assim é que, a teor do disposto no art. 1º da Constituição Federal, a livre iniciativa, antes de ser um dos fundamentos da ordem econômica constitucional, é também um dos pilares da República:

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;

Atualmente, portanto, predomina a concepção da livre iniciativa enquanto valor social, aliada ao trabalho. A Constituição Federal não restringe a livre iniciativa à noção individualista. Ela expande tal concepção, de modo que a livre iniciativa reflete a opção pelo Capitalismo e por uma economia descentralizada, caracterizada pela presença de mercados onde o jogo da concorrência pode atuar livremente.

Ademais, o tratamento adotado na Constituição Federal empresta ao princípio da livre iniciativa uma concepção de caráter social, na medida em que se choca à noção de liberdade econômica como liberdade pública oponível ao ente estatal. Portanto, o

Estado só estará legitimado a atuar no domínio econômico de forma excepcional, em hipóteses constitucionalmente delimitadas, especialmente para assegurar a ordem pública⁷⁸.

Chamando atenção ao valor social da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988, leciona Eros Roberto Grau:

São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o *valor social do trabalho* e o *valor social da livre iniciativa*. A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* – a Constituição consagra, aí, note-se, *valorização do trabalho humano* e *livre iniciativa*, simplesmente. A *livre iniciativa*, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica*, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do Capitalismo. Assim, a *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.⁷⁹

Não se pode, contudo, atribuir à livre iniciativa o status de valor absoluto e intangível. O princípio da livre iniciativa encontra limitação, a qual lhe é dada pelo princípio da função social da propriedade, bem como pelo princípio da justiça social. Tais valores impedem o exercício irrestrito de qualquer liberdade de conteúdo econômico.

Os limites ao exercício da livre iniciativa vêm até mesmo implícitos na própria redação da parte final do parágrafo único, do art. 170, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 170. [...]

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Neste diapasão, incumbe ao Estado, na qualidade de agente normativo, zelar pela regulação da atividade econômica, exercendo, nos limites da lei, a função de fiscalização, incentivo e planejamento. Apesar de aparentemente contraditório, ao impor limites ao exercício desmedido da livre iniciativa, o Estado acaba por assegurar a liberdade de iniciativa de todos. Este é o enfoque dado pelo Estado atual à livre iniciativa, que passa, enquanto liberdade econômica que é, a condicionar-se sob moldura social.

Outra limitação à livre iniciativa corresponde à própria natureza do instituto e finalidade expressa pelo legislador constituinte no art. 170, já transcrito. Com efeito, o

⁷⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.(destaque do autor)

exercício da livre iniciativa só se faz legítimo na medida em que se busca, por intermédio da mesma, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Fora desta baliza, estará caracterizado o desvio da finalidade e, conseqüentemente, o exercício abusivo da livre iniciativa, que deixa de ser considerada fundamento da ordem econômica e pilastra da República.

Neste contexto de observância dos limites legais, Ana Maria Nusdeo de Oliveira ainda ressalta a relevância de atuação do princípio constitucional da livre iniciativa na viabilização do exercício da atividade econômica por parte dos agentes econômicos de pequeno porte:

[...] as leis de proteção à concorrência muitas vezes voltam-se ao objetivo de reprimir a tendência dos agentes mais fortes de abusarem de seu poder, tentando dominar os mercados ou impondo condições restritivas àqueles mais fracos. Mantêm, assim, a possibilidade de os pequenos empreendedores ocuparem determinados nichos na atividade econômica e exercerem a liberdade de escolha entre a livre iniciativa própria e a locação de sua força de trabalho.⁸⁰

Justifica-se, pois, a criação de leis de defesa da concorrência, na exata medida em que se busca assegurar a manutenção de mercados saudáveis e competitivos, que, por sua vez, propiciam o exercício da livre iniciativa enquanto meio de assegurar a todos uma existência digna.

Conjuntamente com o princípio da livre iniciativa, a livre concorrência exerce papel de destaque na consecução dos objetivos previstos na ordem econômica constitucional. Essa é a exegese que se extrai do art. 170, inc. IV, da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

IV – livre concorrência; [grifo nosso]

Em consonância com o regramento constitucional coloca-se o art. 20, inciso I da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), ao dispor que:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

⁸⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

Pelo princípio da livre concorrência, impõe-se ao Estado o dever de assegurar a existência de mercado saudável, em que as condições de competição entre os agentes atuantes impostas em lei observem noções de lealdade e uso razoável do poder econômico, sob pena de sanção, a fim de que os *players* possam desempenhar o exercício da atividade econômica.

Com efeito, é em decorrência do mandamento constitucional de tutela da livre concorrência que se impõe, na legislação ordinária, a repressão ao abuso do poder econômico, enquanto abuso de liberdade de iniciativa, ao rezar no § 4º do art. 173 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”.

Da mesma forma, é com vista na efetivação do princípio da livre concorrência que se dá a atividade preventiva de controle das estruturas de mercado, exercida pela autoridade antitruste com o objetivo de prevenir a criação de estruturas concentradas que confirmem, aumentem ou de qualquer forma facilitem o exercício do poder de mercado de uma empresa ou grupo de empresas, em prejuízo da concorrência.

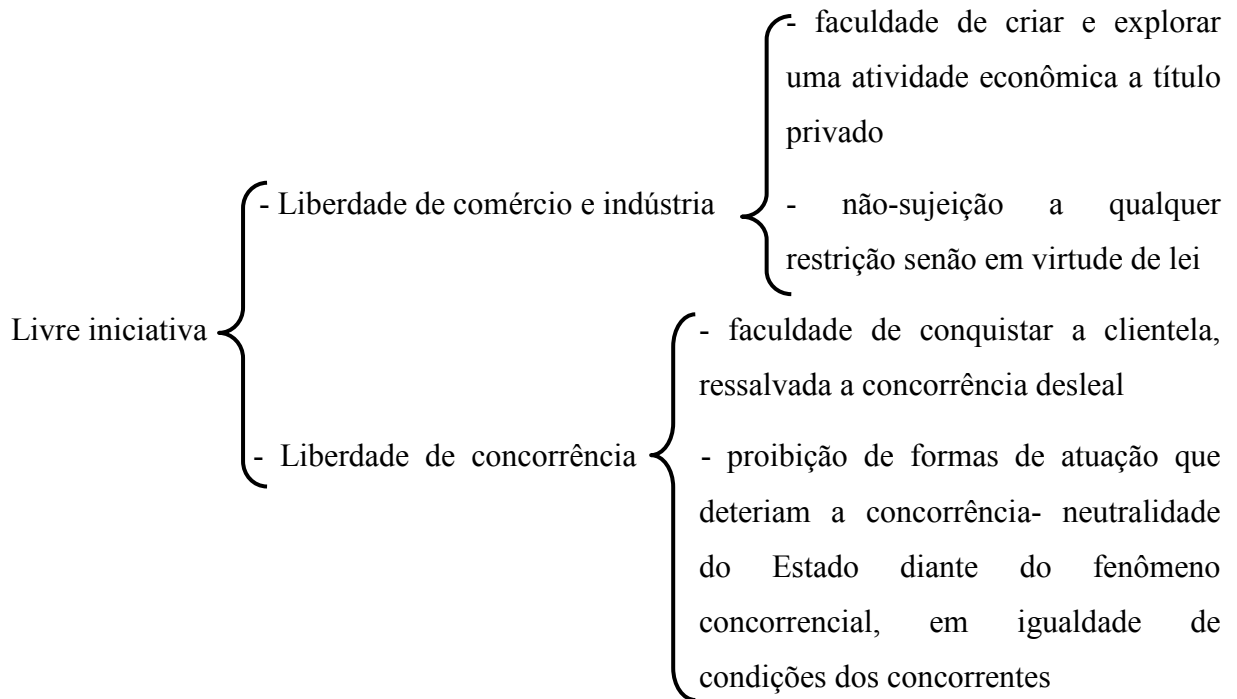
Considerando a estreita vinculação entre a livre iniciativa e a livre concorrência, parte da doutrina defende a idéia da impropriedade de se tratar distintamente tais princípios. Eros Roberto Grau⁸¹, por exemplo, ressalta o equívoco na referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, defendendo a relação de decorrência havida entre ambos os institutos.

Segundo o aludido doutrinador, que é acompanhado por Paula A. Forgioni⁸², a livre iniciativa compreende a liberdade de comércio e indústria e, também, a liberdade de concorrência. Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica na liberdade de concorrência, e vice-versa. Portanto, de acordo com Grau, é desnecessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando o da livre iniciativa.

Segundo o eminente doutrinador, Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, compõe-se, assim, os dois sentidos do princípio da livre iniciativa, com a distinção entre liberdade pública e liberdade privada. O entendimento do eminente doutrinador pode ser sintetizado através do seguinte quadro classificatório:

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 240.

⁸² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 271-272.



Com a devida vênia, ousamos discordar parcialmente do posicionamento do ilustre jurista e daqueles que o acompanham. Relegar a livre concorrência à posição de mera consequência da livre iniciativa é subestimar a relevância e o destaque daquela primeira; entendimento este que decorre de uma concepção restritiva, dissociada de toda a sistemática de defesa da concorrência. Vale dizer, a livre concorrência não representa mera decorrência lógica e natural ou simples desdobramento do princípio da livre iniciativa, conforme sustentado por respeitável parcela da doutrina.

Posicionamo-nos no sentido de que os princípios em questão enfocam objetivos distintos na tutela, porém, estreitamente ligados e complementares: o da livre iniciativa abrange *(a)* a liberdade de atuação do agente na atividade econômica, *(b)* a garantia da faculdade de exercício de qualquer atividade econômica lícita, e *(c)* o acesso e a cessação da atividade, nos termos estabelecidos em lei; o princípio da livre concorrência, por sua vez, diz respeito à forma e aos limites de como a atuação do agente econômico, no uso da livre iniciativa que lhe é conferida, será efetivada, garantindo a repressão ao abuso do poder econômico.

Portanto, a livre concorrência apresenta-se como instrumental à livre iniciativa, na medida em que esta última pressupõe a existência de um ambiente competitivo para seu perfeito exercício. Porém, isso, por si só, não autoriza a conclusão de que uma (livre concorrência) seria desdobramento da outra (livre iniciativa).

Tanto é assim que a doutrina fornece diferentes conceitos para os princípios ora tratados. José Marcelo Martins Proença esclarece que

[...] a Constituição estabelece uma distinção entre livre iniciativa e livre concorrência. Desse modo, a Constituição não considera a livre concorrência como uma consequência natural ou necessária da livre iniciativa, mas, sim, o que é consagrado, como atividade econômica legítima no contexto da ordem econômica constitucional; é a livre iniciativa concorrencial.

[...] Verifica-se, via de consequência, que o princípio da livre concorrência tem um significado próprio que o distingue do princípio de livre iniciativa. Aquele se apresenta como um elemento desejável, ou mesmo necessário, para possibilitar a presunção de que a livre iniciativa promove a realização do bem comum, o que é, a seu turno, um elemento favorável para que a livre iniciativa reencontre o seu valor social. A livre concorrência, assim, desempenha um papel fundamental para que a livre iniciativa possa gozar da presunção de beneficiar a coletividade. Trata-se de elemento importante para a valorização social da livre iniciativa. A livre ação dos agentes econômicos, o livre acesso ao mercado e a livre escolha dos consumidores e utilizadores são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, ou seja, um mercado onde a concorrência joga livremente, configurando essas liberdades o objetivo visado pelo princípio da livre concorrência, distinguindo-o, portanto, da livre iniciativa, mas não os incompatibilizando, entretanto.⁸³

Quanto ao seu conteúdo, o princípio da livre concorrência abrange não só a garantia de os agentes econômicos atuarem junto ao mercado em que vigore regras precisas e claras de repressão e controle de condutas e atos contrários ao sistema competitivo, mas também a de se garantir o direito à liberdade de escolha por parte dos consumidores.

Livre iniciativa e livre concorrência representam, pois, conceitos correlatos que, apesar de possuírem enfoques distintos, ao atuarem em conjunto acabam por promover o desenvolvimento do mercado a partir do estímulo e aperfeiçoamento da atividade econômica e da manutenção adequada da concorrência. Ou seja, por meio da livre iniciativa e da livre concorrência assegura-se um regular funcionamento do mercado e, conseqüentemente, da economia como um todo, além de promover benefícios aos consumidores.

Nesse ponto, vale a lição da doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins:

É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.⁸⁴ [sic]

⁸³ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4-5.

⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7. p. 26.

Sintetizando todo o posicionamento acima defendido, colaciona-se a lição de Sérgio Varella Bruna:

Livre concorrência e livre iniciativa são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absolutos, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o *valor social da livre iniciativa*, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a *livre concorrência* é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo.⁸⁵

Feitos os devidos esclarecimentos, poder-se-ia dizer que na tutela da livre iniciativa e da livre concorrência encontra-se um dos principais parâmetros da nossa lei antitruste e a pauta de sua interpretação, sendo de suma importância para a análise dos atos de concentração, objeto do presente trabalho.

Dessa forma, o controle preventivo da concorrência, exercido pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) quando da análise das operações de concentração econômica, passa, obrigatoriamente, pelo exame dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Via de conseqüência, serão consideradas nocivas as operações de concentração econômica, nas quais a livre iniciativa ou a livre concorrência sejam prejudicadas, sendo, justamente, este o parâmetro de caracterização da ilicitude no domínio de parcela significativa do mercado e/ou no abuso da posição dominante. Destaque-se, então, a lição do Ministro Carlos Velloso, do Colendo Supremo Tribunal Federal:

[...] esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no §4º do art. 173, dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”⁸⁶

Portanto, a ofensa ao princípio da livre iniciativa ou ao princípio da livre concorrência é também a baliza de distinção entre o uso razoável (e, conseqüentemente, lícito) do poder econômico da sua forma abusiva, ou seja, evidentemente nociva ao ambiente competitivo.

⁸⁵ BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 136. (destaque do autor)

⁸⁶ Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.094-8-DF. (destaque do autor)

Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva. O mesmo ocorrerá em relação à tentativa de monopólio (*attempt to monopolize*) e ao abuso de posição dominante, conforme será estudado mais adiante.

Considerando-se que o domínio de mercado e a posição dominante, por si sós, não são, entre nós, vedados pela sistemática de defesa da concorrência vigente, o marco indicativo da ilicitude em tais situações corresponde à configuração do abuso do poder econômico. Contudo, a linha que separa o exercício abusivo do poder econômico do seu exercício regular (uso) é muito tênue, não havendo indicativos objetivos e precisos na lei antitruste.

Sendo assim, o parâmetro para a caracterização do abuso do poder econômico se dá a partir do momento em que se evidencia o desvio da finalidade, vale dizer, a utilização do poder econômico para fins contrários aos estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal. Na prática, tal configuração ocorre com a restrição ao princípio da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência.

Sendo assim, a importância da livre iniciativa e da livre concorrência é evidente e inegável. Como fundamentos da ordem econômica constitucional, os princípios em questão vinculam toda a aplicação do sistema de defesa da concorrência, atribuindo parâmetro à aplicação da lei antitruste. Principalmente, a livre iniciativa e a livre concorrência se prestam como mecanismos fundamentais à busca de uma existência digna a todos os cidadãos.

Contudo, o comando normativo-constitucional não tem o condão em si de alterar a realidade concreta. É na prática, ou seja, na garantia da livre iniciativa e da livre concorrência afirmada pelo sistema de defesa da concorrência, que se dá a efetivação da determinação de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse sentido é a advertência do festejado José Afonso da Silva, segundo o qual

Não nos enganemos, contudo, com a retórica constitucional. A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim⁸⁷.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 720.

3.5 A Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: Lei nº 8.884/1994

Antes de se aprofundar no exame dos principais fundamentos da Lei Antitruste brasileira (Lei nº 8.884/1994), cumpre realizar uma breve digressão acerca dos precedentes histórico-legislativos da defesa da concorrência em nosso país. Tal retrospecto é válido para se atingir o esboçado entendimento sobre o estágio atual da defesa da concorrência no Brasil, o grau de maturidade institucional atingido e os desafios que se encontram adiante, que ressemem por soluções adequadas.

A discussão acerca das origens da defesa da concorrência no Brasil é objeto de dissenso entre os doutrinadores. Certo é que, nos primeiros quatro séculos da história brasileira, não se encontram quaisquer registros do antitruste. As interferências estatais na economia encontravam óbices nos cânones da doutrina liberal, situação que acabou prevalecendo na Constituição Imperial de 1824 (art. 179) e na Constituição Federal republicana de 1891 (art. 72).

Somente após a derrocada dos postulados liberais e, inspirado nas Constituições o México de 1917 e de Weimar de 1919, é que surge no Brasil, pela primeira vez, com a Constituição Federal de 1934, a consagração da “ordem econômica”. Assim, abriam-se as portas para o intervencionismo do Estado no domínio econômico⁸⁸.

É nesse contexto que surge o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, o qual pode ser caracterizado como sendo o primeiro diploma legal brasileiro com previsões de caráter concorrencial. Nesse sentido, vale a transcrição da doutrina de Jete Jane Fiorati, no seguinte sentido:

No Brasil as regras de defesa da concorrência ingressaram em nosso direito pelo Decreto-lei 869/38 durante o Estado Novo, sendo a Lei n. 4137/62 a primeira lei brasileira sobre defesa de concorrência e contra práticas anticompetitivas consoante as regras internacionais⁸⁹.

O Decreto-lei nº 869/38 definia “os crimes contra a economia popular” e, apesar de ter como objetivo principal a repressão penal às práticas que, de alguma forma, prejudicassem a economia popular (e, portanto, precipuamente os consumidores), previu

⁸⁸ Para Luiz Olavo Baptista, a Constituição Federal de 1934 seria o marco inicial da defesa da concorrência entre nós. (Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 535-557)

⁸⁹ FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 292.

ainda alguns dispositivos acerca das concentrações econômicas, as quais por serem identificadas com os monopólios eram consideradas abusivas em si.

Posteriormente, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenom Magalhães, considerado o pioneiro do antitruste nacional, foi aprovado o Decreto-lei nº 7.666 de 1945.

Também conhecido como “Lei Malaia”, o Decreto-lei nº 7.666/45, apesar de sua curta vigência (apenas três meses), sistematizou a matéria da defesa da concorrência, inserindo-a no campo administrativo e retirando-a da seara penal. Ademais, destacou-se por introduzir o conceito de abuso do poder econômico, além de utilizar, de forma inovadora, a sigla “CADE” para designar a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão autônomo, porém subordinado ao Presidente da República, criado para dar cumprimento às disposições que acabavam de ser implementadas.

A defesa da concorrência só ganhou contornos constitucionais na Constituição Federal de 1946, iniciando a sua terceira fase no Brasil. A Constituição de 1946 adotou a expressão “abuso do poder econômico”, erigindo sua repressão ao plano de princípio constitucional. A tônica das normas antitrustes deixou, portanto, de ser a simples defesa da economia popular, passando à repressão ao abuso do poder econômico. Um fato curioso a ser ressaltado é o de que, diferentemente do previsto na “Lei Malaia”, o diploma legal em comento passou a condenar atos abusivos por sua finalidade e não pelos efeitos.

Estavam, assim, sedimentadas as bases para a promulgação de uma lei antitruste, desta feita sistematizada e abrangente o suficiente para encampar as condutas nocivas à ordem econômica concorrencial. Sob calorosos debates, foi promulgada, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137, o primeiro diploma legal específico a regulamentar o combate ao abuso do poder econômico.

Instituído da competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos do poder econômico, foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, apesar disso, demorou em apresentar uma atuação incisiva.

Sucederam-se as Constituições Federais de 1967 e 1969, mantendo-se a repressão ao abuso do poder econômico como princípio constitucional da ordem econômica. Em que pese algumas alterações, a Lei nº 4.137/62 também continuou a manter sua vigência, garantindo-se o substrato normativo ordinário para o combate às práticas nocivas à concorrência.

Sobreveio então a Constituição Federal de 1988, a qual, conforme já observado em tópico anterior, elencou a livre concorrência como princípio da ordem econômica, tendo determinado que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (art. 173, § 4º).

O anacronismo da Lei 4.137/62 frente às mudanças ocorridas junto aos mercados reafirmou a necessidade de readequação da sistemática de defesa da concorrência no Brasil. Visando atender esse reclame, é promulgada a Lei 8.158, em 08 de fevereiro de 1991.

A explosão no número de privatizações e a queda do regime econômico de controle de preços com a abertura da economia brasileira ao capital estrangeiro demandavam uma maior agilidade e celeridade nos procedimentos administrativos, enfoque principal da Lei 8.158. Com efeito, foi criada Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) do Ministério da Justiça, incumbida de promover a apuração e a proposição de medidas para a correção de comportamentos prejudiciais à concorrência.

Tal diploma, contudo, não atingiu efetividade material, principalmente porque, instalado o novo governo em 1992, iniciou-se a implementação da imagem de que a lei antitruste era um instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.

E é assim que, em 11 de junho de 1994, visando substituir esse emaranhado de normas esparsas de direito antitruste, surge a então vigente Lei 8.884. Além de contar com eficácia material na repressão ao abuso do poder econômico, a Lei nº 8.884/94 foi a responsável pela sistematização de toda a matéria relativa à defesa da concorrência, bem como pela transformação do CADE em autarquia federal, afirmando sua condição de órgão julgante e conferindo-lhe independência e autonomia de atuação.

Trata-se, por certo, do melhor diploma legal antitruste que o país já teve, reflexo da conscientização da importância da temática concorrencial por parte da sociedade. Contudo, embora em alguns aspectos nossa norma se encontre em sintonia e, em alguns pontos, até mesmo superando as legislações antitrustes alienígenas, por outros aspectos carece de uma clareza de interpretação e, até mesmo de segurança jurídica quanto à sua

aplicabilidade e inserção no ordenamento jurídico pátrio⁹⁰. Tais críticas culminaram na proposta de alteração da ainda recente Lei 8.884, cuja maior alteração inclui a criação da Agência Nacional de Defesa dos Consumidores e da Concorrência, transformando o CADE em um verdadeiro Tribunal da Concorrência.

Atingida esta etapa da pesquisa e fixados os precedentes histórico-legislativos da defesa da concorrência no Brasil, passamos ao exame dos principais aspectos da Lei nº 8.884/1994, posto que, em que pese os conhecimentos coletados, tratar de todos os pontos da legislação antitruste nacional consistiria na elaboração de nova dissertação, o que, contudo, foge aos objetivos traçados para a presente pesquisa.

Sendo assim, buscar-se-á analisar, de forma uniforme, a sistemática adotada pela lei de defesa da concorrência, seus objetivos e particularidades, com especial destaque para o sistema de controle das concentrações empresariais, este sim objeto do presente estudo.

3.6 Os escopos da Lei nº 8.884/1994

Como bem ensina Calixto Salomão Filho⁹¹, a afirmação da natureza constitucional econômica das normas concorrenciais não é bastante para a compreensão do seu significado e definição do seu alcance. Isso porque, afirma o doutrinador, se é verdade que as normas concorrenciais são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, é necessário que, em seguida, se questione em que sentido eles indicam.

A resposta à esta ponderação resume a temática dos objetivos tutelados pelas normas antitrustes, a qual é alvo de calorosa divergência entre teorias econômicas em sede de antitruste.

Em que pese tais divergências sejam mais detidamente analisadas em momento posterior deste trabalho, quando do estudo dos sistemas de defesa da concorrência alienígenas, não é possível delimitar os objetivos de tutela da Lei nº 8.884/1994 sem antes realizar uma breve abordagem das premissas em que se apóiam as referidas teorias econômicas.

⁹⁰ Como exemplo, pode ser citada a temática das concentrações empresariais e processos administrativos envolvendo instituições financeiras. Naquele que ficou conhecido como sendo o “caso Finasa” (A.C. nº 08012.006762/2000-09), CADE e Banco Central discutiram acerca da competência para apreciar o referido ato de concentração, resultante da obscuridade das leis em questão (leis 8.884/94 e 4.595/64). Embora no caso concreto o CADE tenha reafirmado sua competência e julgado o referido ato de concentração, a questão só veio a ser pacificada bom tempo depois.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

As teorias econômicas em destaque, além de elegerem objetivos distintos para a tutela das normas antitrustes, carregam consigo o embate ideológico de culturas concorrenciais distintas, num determinado momento histórico. Afinal de contas, se o direito é o interesse juridicamente protegido (conforme a lição de Jhering) e os textos normativos dispõem de uma multiplicidade de interesses que reclamam proteção jurídica, a eleição de um (ou alguns) destes representa inegável opção política do Estado⁹².

Basicamente, são três as teorias econômicas dominantes, que buscam explicar os objetivos das normas concorrenciais: (a) a teoria marginalista ou neoclássica da Escola de Chicago; (b) a teoria estruturalista da Escola de Harvard; e, (c) a teoria ordo-liberal da Escola de Freiburg.

Conforme já salientado em oportunidades anteriores da presente pesquisa, a teoria neoclássica dos doutrinadores de Chicago encontra na eficiência produtiva o principal objetivo de tutela da lei antitruste. Segundo os teóricos neoclássicos, até mesmo a concorrência, em si considerada, pode ser sacrificada em prol da eficiência produtiva, assim considerada como sendo a capacidade de se produzir mais a custos menores.

Sustentam os marginalistas que a eficiência econômica representaria garantia de redução dos preços aos consumidores, haja vista que, na visão de tais teóricos, a distribuição equitativa dos benefícios resultantes de determinada operação econômica é presumida, derivando, necessariamente, da *ratio* monopolista.

Neste diapasão, concluem os doutrinadores de Chicago que a co-existência de outros objetivos dignos de tutela pela lei concorrencial criaria situação paradoxal na aplicação de suas normas, sobretudo na análise das concentrações econômicas. Na obra mais festejada dos estudiosos da Escola de Chicago, escrita por Robert Bork e intitulada “The antitrust paradox: a policy at war with itself”⁹³, o autor levanta este aparente paradoxo, lançando profundos questionamentos sobre toda a disciplina antitruste resumidos na seguinte afirmação: ao mesmo tempo em que o antitruste preserva a concorrência, combate-a, de sorte que se trata de uma política em guerra consigo mesma.

⁹² Muito pertinente a lição de Paula A. Forgioni (Cf. FORGIONI, Paula A.. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 162-167), para a qual a discussão acerca dos objetivos das normas concorrenciais, dissociada do momento histórico e da lei em questão, são, de certa maneira, estéreis, sobretudo por conta da dinâmica dos fatores ideológicos. Na visão da autora, equivocada também é a tentativa de subsumir a lei antitruste a um único objetivo, o que não prejudica serem delimitadas as linhas gerais sobre as funções desempenhadas pela mesma.

⁹³ BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. 2nd. ed. New York: The Free Press, 1993.

Tomando como exemplo as concentrações econômicas, defendem os teóricos que a proteção exclusiva da competição e do mercado tende a culminar com a reprovação de uma determinada operação, que, diante das eficiências promovidas, poderia ser ainda mais benéfica aos consumidores. Daí porque os neoclássicos sustentem pela impossibilidade de co-existência da tutela do bem-estar dos consumidores e a tutela da concorrência, como objetivos de tutela da lei antitruste.

A teoria marginalista encontra forte oposição dos teóricos da Escola de Harvard, também conhecida como escola estruturalista. Seus defensores postulam pela ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais, sustentando o combate às excessivas concentrações do poder de mercado e estimulando níveis de concorrência praticáveis (*workable competition*).

Contudo, com a adesão das cortes americanas aos postulados neoclássicos, a Escola de Harvard perde sua força e praticamente deixa de existir no final dos anos 70 e 80.

Por fim, resta ainda analisar os ideais da Escola de Freiburg e sua teoria ordo-liberal. A referida teoria surge na Alemanha dos anos 30, fazendo ferrenha crítica à concepção nazista, que encontrava na ascensão dos monopólios e dos cartéis uma ferramenta de afirmação.

Os adeptos da teoria ordo-liberal encontram na possibilidade de escolha, em si considerada, um valor principal para a tutela da norma concorrencial. Assim é que defendem a garantia de competição nos mercados, não necessariamente a concorrência efetiva, bastando a concorrência potencial. Justamente por isso, na análise das posições de poder de mercado, os ordo-liberais preocupam-se sobremaneira com a criação ou reforço de barreiras à entrada.

Calixto Salomão Filho sintetiza o posicionamento da Escola de Freiburg, no seguinte comentário:

Para os representantes da Escola de Freiburg não é possível atribuir ao direito concorrencial qualquer tipo de objeto predeterminado, como a eficiência, por exemplo. Isso porque o sistema concorrencial não é um sistema cujos efeitos, todos eles, podem ser previstos e aqueles desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e aplicação da lei.

[...] Para os ordo-liberais, a grande vantagem do sistema concorrencial, está, exatamente, no fato de que, através da transmissão de informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar⁹⁴.

⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22 et seq. (destaque do autor)

Assentados os postulados das teorias econômicas que buscam definir os objetivos das normas antitruste, cumpre resgatar o exame da questão ao plano da Lei nº 8.884/1994.

Nesse tocante, é de se observar que, no Brasil, tanto o legislador constituinte como o legislador ordinário, reconheceram como objetivos de tutela das normas concorrenciais uma pluralidade de interesses, não restringindo o alcance do direito antitruste a uma só finalidade.

A exegese do art. 173, §4º cumulada com o art. 170, todas da Constituição Federal de 1988, não deixa dúvidas de que a Lei nº 8.884/1994 é, entre nós, uma lei que objetiva a repressão ao abuso do poder econômico, visando assegurar a todos uma existência digna, por meio da tutela da livre iniciativa, da tutela livre concorrência e do combate ao aumento arbitrário dos lucros.

De um lado, ressaltam-se os postulados da teoria ordo-liberal, na medida em que a livre concorrência e livre iniciativa invocam consigo a idéia de possibilidade de escolhas, além da liberdade de acesso e permanência no mercado, combatendo-se as estruturas que possam prejudicar o sistema competitivo.

De outro lado, a eleição dos consumidores como destinatários finais (tutela imediata) da norma do art. 20, inc. III, da Lei nº 8.884/1994, através da repressão ao aumento arbitrário dos lucros por parte dos agentes econômicos, reforça a influência da concepção neoclássica de primazia do bem-estar dos consumidores.

Diante desta conclusão, ressalta-se, em mais esta oportunidade, o caráter instrumental da Lei Antitruste brasileira, possibilitando a conciliação dos interesses dos concorrentes (agentes econômicos) e, também, dos consumidores. A pluralidade de interesses tutelados dá a exata compreensão de que as normas concorrenciais são importantes ferramentas para a implementação de políticas públicas por parte do Estado, visando atingir a efetividade do mandamento constitucional de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

3.7 Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A defesa da concorrência no Brasil é efetuada por intermédio de três órgãos, cujo conjunto convencionou-se chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

(SBDC). São eles: (a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (b) Secretaria de Direito Econômico (SDE); e, (c) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) parece ser, indubitavelmente, o mais influente dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No ato de sua criação muito se questionou acerca da natureza jurídica do CADE. O fato de o referido órgão ter sido inicialmente criado sem personalidade jurídica própria (embora autônomo), como um mero desdobramento da Administração Pública direta, atribuía-lhe a natureza jurídica de simples órgão administrativo.

Foi somente com o advento da Lei nº 8.884/1994 que o CADE assumiu natureza jurídica de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, colocando, assim, “pá-de-cal” na questão. Com tal alteração, tornou-se inequívoca a autonomia e competência do órgão para pleitear em juízo a efetivação das decisões adotadas pelo seu Plenário.

Hoje, portanto, segundo redação do art. 3º da Lei nº 8.884/1994 entende-se o CADE como órgão julgante, com jurisdição administrativa em todo o território nacional, sendo composto por um Presidente, seis Conselheiros, com mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles, o CADE integra o Poder Executivo na qualidade de órgão com caráter administrativo de função “quase-judicial”⁹⁵. A expressão pode até parecer imprópria, porém, exprime a força e a importância dos atos emanados pela referida autarquia.

Discorrendo sobre a função “quase-judicial”, expressão esta utilizada por Hely Lopes Meirelles, Fábio Ulhoa Coelho assim argumenta:

[...] aos órgãos administrativos “quase-judiciais” correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário. Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos⁹⁶. (sic)

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de direito público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. v. 4. p. 129.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 12.

Por representar a última instância decisória na esfera administrativa em matéria concorrencial, incumbe ao CADE, basicamente, o desempenho das atividades repressivas, preventivas e educacionais. Ou seja, segundo disposição contida no art. 7º da Lei nº 8.884/94, compete ao CADE, dentre outras atribuições, julgar os processos administrativos em que se dão o controle de condutas e analisar os atos de concentração econômica. Em suma, compete ao CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, bem como julgar os processos em que são analisados os atos e contratos sujeitos à aprovação, nos termos do art. 54 da Lei Antitruste.

Incumbe ao CADE ainda a promoção da cultura da concorrência no país, o que é conhecido como “função educacional” e consiste na difusão junto à sociedade da importância de se manter um mercado saudável, livre de abusos do poder econômico.

As decisões do referido Conselho serão tomadas em maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros (art. 49), não comportando revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50)⁹⁷. Os julgamentos contarão com a participação de membro do Ministério Público Federal, que atuará nas sessões plenárias com direito a voto.

A secretaria de Direito Econômico (SDE), por sua vez, é órgão também vinculado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Secretário, indicado pelo Ministro e nomeado pelo Presidente da República.

A competência da SDE está disciplinada no art. 14 da Lei nº 8.884/1994 e prevê, dentre outras atribuições, a instrução dos processos em que se apuram infrações contrárias à ordem econômica, bem como a participação da instrução dos processos, emitindo parecer, em que se analisam atos de concentração econômica que possam prejudicar a concorrência.

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) é órgão do Ministério da Fazenda, de importante indicação dos aspectos econômicos na defesa da concorrência.

Com o advento das Medidas Provisórias 2.055 e 2.056, a SEAE passou a ter maior poder instrutório, nos mesmos moldes da SDE.

Em sede de controle de condutas, a SEAE é informada da instauração de processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual.

⁹⁷ Ressalte-se, contudo, que face ao sistema de jurisdição única adotado no Brasil, o controle do Poder Judiciário será sempre inafastável, para a apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Já em sede e controle estrutural, o parecer da SEAE integra a instrução processual, donde sua ausência importa em nulidade do processo administrativo.

O CADE, a SDE e a SEAE, como entidades e órgãos da Administração Pública, para o registro de seus atos, para a apuração de condutas contrárias à ordem econômica, e para o controle de estruturas de mercado, utilizam-se do processo como instrumento indispensável ao exercício de sua função administrativa.

Com efeito, para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o processo administrativo:

[...] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração⁹⁸.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em boa hora estabeleceu as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, ressalvando, contudo, em seu art. 69, que os processos administrativos específicos (que é o caso do processo administrativo em que a autoridade antitruste atua repressiva e preventivamente) continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos da referida lei. A autoridade antitruste, portanto, na condução dos processos administrativos sob sua competência, há que aplicar as normas relativas a esses processos previstas na Lei nº 8.884/1994, devendo, subsidiariamente, aplicar-se-lhes as disposições da Lei nº 9.784/99.

Por fim, cumpre salientar que o CADE, a SDE e a SEAE, na qualidade de órgãos da Administração Pública, devem conduzir suas atividades com observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal).

Estes princípios vêm reafirmados na Lei nº 9.784/99. Com efeito, estabelece o art. 2º desse diploma legal que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Superada tal análise, passamos ao exame da sistemática adotada pela Lei de Defesa da Concorrência Brasileira.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 407.

3.8 Lei nº 8.884/1994: a sistemática adotada

No tocante à legislação antitruste, o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94 rechaça toda e qualquer dúvida acerca da titularidade dos direitos ali regulados: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Expressamente evidenciado pela Lei Antitruste, portanto, que o mercado é um bem coletivo, ou seja, todas as pessoas são titulares do seu direito de proteção, tratando-se de um direito difuso, dada a sua trans-individualidade. É, pois, um direito de natureza indivisível, sendo titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, sem relação jurídica-base no aspecto subjetivo.

Para corroborar o entendimento acima mencionado, mister a transcrição do art. 219 da Constituição Federal de 1988: “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

Ainda mais, o art. 88 da Lei Antitruste alterou o dispositivo da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a fim de incluir no rol de possibilidades da propositura da ação civil pública questões que envolvam danos causados por infração da ordem econômica.

Em razão do exposto, conclui-se que a tutela de defesa da ordem econômica configura um direito difuso, relativo a um mercado concorrencial de lucros não arbitrários, o que é conseguido mediante à atuação da autoridade antitruste sob duas vertentes: vertente preventiva e vertente repressiva.

3.8.1 A vertente repressiva

Pela vertente repressiva, dá-se o controle dos comportamentos dos agentes econômicos atuantes nos mercados, visando coibir os abusos do poder econômico, em suas mais variadas formas. Na prática concorrencial, a atuação repressiva é reconhecida simplesmente como “controle de condutas”.

O controle de condutas tem por finalidade a repressão de práticas comerciais que têm a sua ilicitude definida a partir de seus efeitos, sejam efetivos ou potenciais, sobre o mercado, prejudicando, dessa forma, direitos meta-individuais.

Segundo o art. 20 da Lei nº 8.884/94, constitui infração à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e, (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

A Lei, em seu art. 21, tratou de elencar exemplos desses atos, os quais devem ser entendidos como indícios – condutas indiciárias ou meio – de infração à ordem econômica. Para a caracterização dessa infração, entretanto, deve haver uma conjugação entre a conduta meio tida como indiciária e um dos resultados ou efeitos defesos pela Lei.

Uma conduta terá por objeto um efeito anticoncorrencial na medida em que seja apta a prejudicar o mercado, ou seja, na medida em que traga em seu conteúdo a potencialidade de causar efeitos adversos à concorrência, de onde se configure uma relação de reciprocidade entre o objeto da conduta e os efeitos que dela possam advir.

A aptidão de uma conduta afetar a concorrência reside no poder de mercado que detém o agente econômico que a adota. A infração à ordem econômica, conforme já visto anteriormente, constitui-se no exercício abusivo desse poder, porquanto a Lei não reprime o poder de mercado em si, mas o seu desvio, o qual gera efeitos danosos sobre o ambiente competitivo. Uma conduta adotada por um agente econômico que não detenha poder de mercado é um comportamento que não tem qualquer potencialidade lesiva ao mercado.

Neste contexto, conforme também já salientado, nem todo exercício do poder de mercado será considerado ilícito, haja vista que o Brasil não adota a *per se condemnation*. A Lei 8.884/94 consagrou, por sua vez, o sistema do abuso do poder econômico, devendo a ilegalidade da conduta ser examinada a partir da regra da razão (*rule of reason*), ou seja, considerando não apenas os custos decorrentes do impacto da conduta sobre o mercado, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor. Condutas, pois, que refletem positivamente sobre o mercado são consideradas razoáveis, enquanto que aquelas em que predominam os efeitos negativos são tidas como ilegais.

Os atos restritivos à concorrência consubstanciam-se, segundo a relação entre os agentes envolvidos, em práticas horizontais e verticais.

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de promover entraves à concorrência em determinado mercado, ao nível de um mesmo mercado relevante, seja através da realização de acordos entre concorrentes, seja praticando preços predatórios, a fim de aumentar poder de mercado por meio da eliminação do ambiente competitivo.

Via de regra, a configuração das práticas restritivas horizontais exige a prévia existência de poder econômico sobre o mercado relevante considerado. Ocasionalmente, tais condutas podem também gerar eficiências econômicas, razão pela qual sugere-se a aplicação do princípio da razoabilidade, mediante a análise caso a caso.

São exemplos mais comuns dessa modalidade de condutas anticoncorrenciais os cartéis, os acordos genéricos entre concorrentes e os preços predatórios.

Já as práticas restritivas verticais referem-se às condutas promovidas na tentativa de se restringir a concorrência em mercados verticalmente considerados – a jusante ou a montante.

A ilicitude das práticas restritivas verticais configura-se quando verificada a potencialidade de eliminação de concorrentes através da imposição de barreiras à entrada, ou quando incrementada a potencialidade de atuação concertada entre produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores (exercício coordenado de poder de mercado).

A exemplo do que ocorre com as práticas restritivas horizontais, as restrições verticais também exigem, via de regra, a prévia existência do poder econômico sobre o mercado relevante de origem para sua configuração. Da mesma forma, também podem promover efeitos líquidos positivos (eficiências econômicas), especialmente a economia de custos de transação para os produtores/ofertantes.

Os exemplos mais comuns das práticas restritivas verticais são a fixação de preço de revenda, a venda casada e os acordos de exclusividade.

3.8.2 A vertente preventiva

Pela vertente preventiva, desenvolve-se a avaliação dos atos de concentração econômica no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que se identifica com o objeto imediato da pesquisa, ora realizada.

A vertente preventiva da Lei nº 8.884/94 estabelece o controle dos atos de concentração econômica e dos acordos entre empresas que possam resultar em formação de estruturas concentradas, capazes de possibilitar uma atuação com independência e indiferença em relação aos concorrentes e ao próprio Estado, enquanto ente regulador. Trata-se de atividade de regulação de estruturas econômicas que confirmem, aumentem ou de qualquer forma facilitem o exercício do poder de mercado de uma empresa ou grupo de empresas, em prejuízo da concorrência.

Por essa singela razão, na prática concorrencial, a vertente preventiva da Lei Antitruste é conhecida simplesmente como “controle de estruturas” ou “controle de atos de concentração”.

O controle de estruturas encontra fundamento no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que assim determina: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

Trata-se, portanto, de uma norma de polícia administrativa, em que o legislador ordinário, de forma a garantir a existência de um mercado competitivo, condiciona a eficácia da atividade econômica pretendida pelos agentes econômicos à autorização do CADE, que, para expedi-la, deverá tomar em conta a consonância do empreendimento, com o bem jurídico que a lei em questão se propõe a resguardar liminarmente.

In casu, tal consonância se verificará a partir do atendimento, pelo ato submetido ao CADE, das condições elencadas nos §§ 1º e 2º, do referido art. 54, a saber:

§ 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Um ato submetido ao controle antitruste, portanto, que venha a ser entendido pela autoridade antitruste como potencialmente prejudicial à livre concorrência, só poderá ser aprovado ou autorizado uma vez atendidas as condições legais; caso tais condições não se façam presentes, impõe-se a não aprovação do ato.

Adiante, será realizada uma análise mais aprofundada da metodologia de controle dos atos de concentração por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com ênfase no rito procedimental, na interpretação da legislação antitruste por parte das autoridades encarregadas da defesa da concorrência e conseqüente análise jurisprudencial.

CAPÍTULO 4 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL

Ao avaliar a defesa da concorrência desenvolvida através da atuação da vertente preventiva da Lei nº 8.884/94, imprescindível se verificar os aspectos práticos dessa atividade, vale dizer, como esse controle ocorre efetivamente. Tal entendimento auxiliará, sobremaneira, na análise e crítica do modelo institucional adotado pelo Brasil em sede de defesa da concorrência.

4.1 Os atos de concentração econômica sujeitos ao controle concorrencial: inteligência do art. 54 da Lei nº 8.884/1994

Um primeiro passo ao exame da atuação preventiva da Lei Antitruste diz respeito à sujeição dos atos de concentração ao controle concorrencial e à obrigatoriedade de informação dos mesmos à avaliação da autoridade antitruste.

Inicialmente, cumpre resgatar algumas premissas já assentadas na presente pesquisa em oportunidades anteriores. Assim é que, ao controle concorrencial, pouco interessa a forma ou os modelos societários adotados pelas empresas para agregarem o poder econômico. Independentemente da forma pela qual as firmas exercem a concentração econômica, o que interessa à análise concorrencial é a integração ou não do poder econômico. A preocupação concorrencial, portanto, dispensa a forma, privilegiando o efeito do ato sobre o mercado.

Nesse sentido, é clara a previsão contida no *caput* e no § 3º do art. 54, da Lei 8.884/94, *in verbis*:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (grifo nosso)

Todavia, ainda que um determinado ato acarrete o acúmulo do poder econômico e, portanto, seja caracterizado como concentração econômica, pode ser que o mesmo não esteja sujeito à avaliação concorrencial por parte das autoridades antitrustes nacionais. Ou seja, nem todos os atos de concentração, realizados segundo o exercício da autonomia da vontade dos agentes econômicos, são de interesse concorrencial.

O que então determinaria o interesse concorrencial e, por conseguinte, a obrigatoriedade de sujeição dos atos ao controle preventivo da autoridade antitruste?

A resposta encontra-se na própria Lei nº 8.884/1994 e orienta-se no sentido de se verificar os efeitos, atuais ou potenciais, adversos para o mercado, advindos dos atos, independentemente da forma que estes últimos assumam. Em suma, o elemento determinante do interesse concorrencial ao controle preventivo das estruturas reside nos efeitos decorrentes da operação.

Baseada nesse pressuposto, a Lei nº 8.884/94 institui dois critérios de determinação dos atos de relevância concorrencial. Uma vez ocorrida a subsunção da operação aos aludidos critérios, presume o legislador pela potencialidade lesiva do ato à concorrência, o que justifica a necessidade de apresentação do mesmo e sua posterior avaliação por parte da autoridade antitruste.

O primeiro deles refere-se ao critério subjetivo, que encontra sua previsão no *caput* do art. 54, da Lei Antitruste. Segundo ele, os atos, ainda que não caracterizados como concentrações econômicas, deverão ser submetidos ao exame da autoridade antitruste na medida em que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado. Em tal hipótese, compete ao agente econômico a avaliação da potencialidade lesiva do ato realizado, o que torna praticamente inócua a eficácia do dispositivo legal. O CADE, obviamente, tomando conhecimento do ato sempre pode entender de forma diversa e intimar as empresas envolvidas à apresentação da operação.

O segundo critério de determinação de obrigatoriedade de sujeição dos atos praticados pelos agentes econômicos ao controle estrutural da concorrência tem fundamento objetivo (critério objetivo), sendo subdividido em duas categorias, a saber: (a) critério da participação relativa; e, (b) critério do faturamento.

A instituição de tais critérios objetivos, como já dito, determina os parâmetros segundo os quais o legislador ordinário, baseado em suas regras de experiência, presumiu a potencialidade lesiva do ato à concorrência.

Pelo critério da participação relativa, devem ser submetidos ao controle concorrencial os atos de concentração que impliquem em participação superior ou igual a 20% (vinte por cento) de um determinado mercado relevante por parte de uma empresa ou grupo de empresas. Presumiu o legislador que uma participação de mercado dessa monta pode configurar a existência de posição dominante, potencialmente lesiva à concorrência, especialmente a teor do disposto no art. 20, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.884/94.

A submissão dos atos de concentração mediante a aplicação do critério da participação relativa abrange também os casos em que a empresa ou grupo de empresas, já detentora de 20% (vinte por cento) do *market share*, aumenta ainda mais o seu poder com novas aquisições. Admitir entendimento contrário seria prestigiar uma interpretação dissonante da *mens legis* do § 3º do art. 54, da Lei Antitruste.

Interessante observar que o CADE firmou entendimento no sentido de que devem ser consideradas não apenas a participação (*market share*) das empresas diretamente envolvidas na concentração, mas também a participação relativa das demais empresas que integram o grupo econômico das postulantes, as quais também atuam no mesmo mercado relevante. O fundamento de tal entendimento reside na aplicação da teoria da *unique economic entity*, segundo a qual consideram-se as empresas coligadas como um único ente econômico para fins de apuração da posição dominante⁹⁹.

Já pelo critério do faturamento, devem ser submetidas ao controle estrutural todas as operações nas quais qualquer um dos participantes tenha atingido, no último balanço verificável, faturamento anual bruto de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Como se vê, presumiu o legislador a potencialidade ofensiva à concorrência em tais operações considerando-se o poder financeiro dos agentes envolvidos, muito embora, conforme já assinalado, tal poder, por si só, não caracteriza posição dominante. Contudo,

⁹⁹ A *unique economic entity* foi utilizada no julgamento do paradigmático Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, tendo como representada a empresa White Martins Gases Industriais S/A. O processo administrativo foi originado da representação feita pela concorrente Messer Griseim do Brasil Ltda. perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, objetivando a apuração de existência ou não de limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência, dominação de mercado relevante e abuso de posição dominante, consistente na prática das seguintes condutas anticompetitivas: (a) criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente; (b) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo; (c) açambarcar matéria-prima. Conforme entendimento do CADE, restou comprovada nos autos a caracterização das condutas descritas no art. 21, incisos V, VI e XV, da Lei 8.884/94, de forma que os prejuízos sentidos na concorrência e, principalmente, em relação aos consumidores foram significativos, seja na análise quantitativa ou qualitativa. Isto porque a Representada White Martins detinha posição dominante (monopolista) no mercado relevante de CO₂. Assim, o açambarcamento do insumo permitiu o afastamento de concorrentes e a manutenção de sua política de preços de monopólio, ou seja, em evidente abuso da posição dominante.

inegável que o uso estratégico do poder financeiro tem o condão de traduzir-se em poder econômico e de mercado, capaz de promover entraves à concorrência. A problemática reside, pois, na averiguação do uso desmedido de tal poder, vale dizer, no abuso do poder econômico.

Há ainda que se ressaltar que a jurisprudência do CADE sedimentou a posição de que o faturamento a ser considerado é o de todo o grupo econômico (*unique economic entity*) a que pertencem os participantes e não apenas o faturamento das empresas diretamente envolvidas na operação, porquanto não seria razoável supor a inexistência de cooperação financeira entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

Da mesma forma, a jurisprudência do CADE firmou entendimento de que o faturamento considerado é aquele registrado exclusivamente em território nacional; posicionamento este que deu ensejo à edição da Súmula nº 01 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”.

Não obstante os critérios (subjetivo e objetivo) disciplinados pela Lei Antitruste nacional, há ainda determinadas categorias de operações mercantis nas quais pairam dúvidas acerca da obrigatoriedade de sujeição ao controle concorrencial por parte das autoridades encarregadas da defesa da concorrência. A questão é polêmica e decorre fundamentalmente da recente experiência nacional em sede antitruste.

Tome como exemplo do alegado o Ato de Concentração nº 08012.004467/2001-91, apreciado pelo CADE. Basicamente, tal operação relatava a desconcentração (cisão) da empresa Kodak Brasileira Comércio e Indústria Ltda., monopolista no mercado em questão, através da venda de firma integrante do seu grupo (Curt e Alex Associados Laboratório Cinematográfico Ltda.) para empresa argentina Audiovisuales Argentinas Ltda.

Mesmo diante das características da operação (desconcentração), o Colegiado posicionou-se no sentido de ser obrigatória a sujeição do ato ao controle concorrencial, aplicando às empresas envolvidas pesada multa pela intempestividade na apresentação ao SBDC¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Não concordamos, *data venia*, com o referido posicionamento, uma vez que não vislumbramos, no caso concreto, a possibilidade e, muito menos, a potencialidade de se ocorrer prejuízo ao ambiente concorrencial, à economia ou aos consumidores envolvidos, notadamente por se tratar de uma desconcentração. Acreditamos assim, *data maxima venia*, ser forçosa a interpretação dada ao art. 54 no sentido de se obrigar a apresentação de atos dessa natureza.

Depreende-se, portanto, que não cabe às empresas envolvidas (exceção feita ao critério subjetivo contido no *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94) a avaliação de obrigatoriedade ou não de apresentação das operações em que estiverem presentes os parâmetros objetivos previstos no § 3º, do já transcrito art. 54.

A jurisprudência do Conselho adota posição no sentido de que toda operação em que uma das partes atue no mercado nacional ofertando seu produto ou serviço, e, uma vez atingido um dos critérios de jurisdição estabelecidos pelo legislador, deve ser submetida a controle.

De fato, este sempre foi o entendimento do CADE, que tende a não dispensar a apresentação de qualquer categoria de ato de concentração econômica, como expressamente revela a decisão do Conselho em 04.11.98, no julgamento do Ato de Concentração nº 117/97. Nesta oportunidade, o voto condutor da decisão, da lavra do então Conselheiro Marcelo Calliari, foi contundente ao enfatizar a obrigatoriedade da apresentação de integrações conglomeradas, entendimento este que, segundo o Conselho nunca teria se apresentado de forma equivocada.

4.2 Momento da realização da operação: exegese do § 4º do art. 54, da Lei nº 8.884/1994

Tão importante quanto determinar quais operações estão sujeitas à aplicação do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência é a fixação do prazo para a apresentação das mesmas ao SBDC.

De fato, é através da imposição de prazos para apresentação e fixação de multas em casos de intempestividade (art. 54, § 5º da Lei 8.884/94) que se compelem os agentes econômicos ao controle estrutural da concorrência.

Justamente com esse objetivo é que se apresenta o § 4º do art. 54, da Lei nº 8.884/94, a saber:

§ 4º - Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

Da transcrição do dispositivo supra, conclui-se que a realização de uma operação se constitui no marco definidor da obrigatoriedade de apresentação de um ato de

concentração econômica; ou seja, aos agentes econômicos é facultada a apresentação da operação antes de realizada (*a priori*) ou após a sua realização (*a posteriori*), dentro do prazo de 15 (quinze) dias úteis.

Porém, uma vez fixados os prazos para a apresentação dos atos ao controle estrutural da concorrência, uma divergência de natureza terminológica assumiu relevância na interpretação do dispositivo mencionado, espraiando os seus efeitos no campo prático: qual o sentido e alcance da expressão “realização” apresentada no § 4º do art. 54, da Lei Antitruste?

A vagueza da expressão “realização” acabou por ensejar inegável insegurança jurídica junto aos agentes econômicos atuantes nos mercados, sobretudo por não conseguirem precisar o termo inicial para estabelecimento da contagem do prazo legal. Qual o conceito deveria prevalecer? O conceito jurídico-formal ou o conceito econômico da expressão “realização”?

A divergência foi parar no CADE e, não por menor razão, suscitou intensos debates entre juristas e economistas, sejam Conselheiros da autarquia ou representantes legais das empresas. Isso porque os negócios envolvendo atos de concentração não se concretizam num único momento. Operações dessa natureza envolvem, basicamente, um conjunto de três momentos para sua efetivação: (a) o primeiro momento é aquele em que as partes demonstram a sua disposição para a negociação, sendo, pois, uma fase preparatória do negócio e pode ser efetivado pela elaboração de “*due diligences*”, “memorando de entendimentos”, “carta de intenções”, “pré-contratos” ou “contratos preliminares”; (b) o segundo momento, no qual as partes efetivamente formalizam a negociação, geralmente em instrumento próprio, que pode ser desde um compromisso de venda e compra até uma promessa de transferência de ativos ou uma *joint venture*; e, (c) o terceiro momento, relativo ao fechamento do negócio, é também conhecido como *closing*, onde se opera a efetiva resolução da operação, geralmente, com a implementação das condições suspensivas, se estas existirem. Não obstante, há operações ainda mais complexas envolvendo um maior número de etapas e exigências a serem cumpridas, o que torna a análise de cada caso muito singular.

Logo após a entrada em vigência da Lei 8.884/94, o Plenário do CADE posicionou-se no sentido de que o momento da realização da operação seria aquele a partir do qual o ato negocial se consuma, se aperfeiçoa, ou seja, o momento do fechamento (*closing*). Tal posicionamento ficou demonstrado no julgamento do Ato de Concentração nº 119/97, através do voto condutor da lavra do então Conselheiro Renault de Freitas Castro, do qual se extrai o seguinte:

Recorrendo à lição do mestre San Tiago Dantas quando considera que “*o momento consumativo do contrato é aquele momento lógico, em virtude do qual o contrato se considera realizado e a partir do qual ele obriga as partes que o praticaram*”, é possível entender-se como “data da realização da operação” aquela a partir da qual **se efetivaram as obrigações** entre as partes contratantes¹⁰¹.

A orientação acima apresentada, muito embora seja razoável e tenha transmitido segurança ao mercado, perdurou por pouco tempo. Com o julgamento do Ato de Concentração nº 168/97, ocorrido em 18.03.1998, a discussão acerca do momento da realização da operação sujeita ao controle concorrencial se intensificou, promovendo incertezas no ambiente empresarial.

Modificando a orientação do Conselho, o voto do então Conselheiro Antonio Carlos Fonseca da Silva definiu o momento da realização da operação como sendo a data da assinatura da promessa de compra e venda, não obstante o fechamento do negócio tenha ocorrido em data posterior.

Contra a insurgência dos representantes legais das empresas envolvidas, os quais defendiam que a operação só teria se consumado com o fechamento do negócio, assim sustentou o Conselheiro Fonseca:

6. Vale considerar que a realização do negócio atende a um processo ou conjunto de atos. O ponto no tempo quando o ato se perfaz pode variar, conforme a natureza da obrigação administrativa ou privada. Em princípio, o negócio se perfaz quando as partes contratantes adquirem a posição de exigir o cumprimento de uma obrigação específica de uma das outras. [...]

9. O que importa, portanto, para efeito de contagem do prazo de apresentação, é o momento, efetivo ou presumido, a partir do qual o agente adquire a capacidade efetiva ou jurídica de influir no comportamento concorrencial, como um plus decorrente da operação submetida ao exame do CADE. Esse momento se deu a partir de 30 de junho de 1997.

10. Observe-se mais que as requerentes poderiam apresentar a operação logo após a assinatura da promessa de compra e venda, independentemente de a promessa vir ou não a se tornar contrato definitivo. Se o negócio não se consumasse, o ato de concentração perderia o seu objeto. A esse respeito, as empresas precisam ser mais diligentes e assumir uma atitude colaboradora com as autoridades antitrustes¹⁰².

A interpretação do ex-Conselheiro Fonseca ganhou força junto ao Conselho, sendo que o Plenário do CADE passou a adotar a mesma linha de raciocínio para fundamentar a interpretação do § 4º do aludido art. 54 no julgamento de outros atos de concentração. Tome como exemplo o julgamento do ato de concentração, ocorrido em 12.08.1998, envolvendo as

¹⁰¹ Voto proferido no Ato de Concentração nº 0119/1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t832007349113502.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2007. (destaques do autor)

¹⁰² Voto proferido no Ato de Concentração nº 0168/1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t8420071004090204.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2007.

empresas Companhia Fabricadora de Peças Ltda. (COFAP) e MAHLE Gmbh, no qual o Conselho decidiu, por unanimidade de votos, pela intempestividade na apresentação da operação¹⁰³.

Com a mudança do entendimento inicial do Conselho e ascensão de posicionamento fundamentado em critério subjetivo de análise, a questão acerca do momento da realização da operação tornou-se ponto de discussões intermináveis junto aos estudiosos e aplicadores, promovendo insegurança ao mercado.

Visando pacificar o entendimento do Conselho e dirimir as dúvidas do mercado, o Plenário do CADE decidiu disciplinar a questão via Resolução. Foi então que, em 19.08.1998, o CADE aprovou a Resolução nº 15, que regulamenta os procedimentos relativos aos atos de concentração econômica, disciplinando, em seu art. 2º, o momento da realização da operação, com a seguinte redação:

Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º da Lei n. 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ocorrer em momento diverso.

Longe de pacificar a questão, as imprecisões terminológicas da norma supratranscrita acabaram por gerar ainda mais dúvidas junto ao mercado e aos próprios conselheiros do CADE. Se antes o debate se cingia à definição da expressão “realização” contida no § 4º do art. 54, da Lei Antitruste, com a edição da Resolução nº 15, a divergência passava a incidir sobre o termo “primeiro documento vinculativo”.

Inegavelmente, a ausência de um critério claro e preciso para se determinar o momento da realização da operação e a indefinição do Conselho nas decisões que se seguiram criaram um ambiente de evidente insegurança jurídica.

Equivocadamente, como adiante se observará, a questão acerca do momento da realização da operação distanciou-se da interpretação do § 4º do art. 54, da Lei nº 8.884/94. A jurisprudência do CADE passou a oscilar entendimentos divergentes, conforme a mudança na composição do Conselho. O único ponto coincidente é que as teses apresentadas sempre se fundamentavam na interpretação da famigerada Resolução nº 15/98.

Assim é que o CADE passou a estabelecer o momento da realização da operação baseado na identificação do primeiro documento vinculativo: ora este era

¹⁰³ Cf. Ato de Concentração nº 0084/1996. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t8420071125503134.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2007.

identificado com o memorando de intenções, ora com a formalização do contrato, e assim sucessivamente. Implicava nesta conclusão a alteração, efetiva ou potencial, nas condições de concorrência.

Basicamente, dominou por bom período o entendimento segundo o qual a operação se considerava realizada na data da assinatura do contrato, mesmo que nele se apresentasse cláusula com condição suspensiva, posto que as condições de concorrência entre as empresas postulantes, bem como em relação ao mercado, já estariam afetadas. Ou seja, a mera promessa de venda e compra já seria apta a produzir alterações na concorrência, especialmente com a mudança do comportamento das empresas diretamente ligadas à operação de concentração¹⁰⁴.

Com o passar do tempo, contudo, a regra de se identificar o momento da realização da operação com o primeiro documento vinculativo, independentemente da existência de cláusula com condição suspensiva, começou a ser flexibilizada. Ainda que de forma tímida, alguns julgados passaram a sinalizar a mudança no entendimento do Conselho; mudança esta no sentido de se considerar que nem sempre os efeitos à concorrência são produzidos com a assinatura dos contratos, mas sim com a implementação das condições nestes estabelecidas¹⁰⁵.

Entretanto, a terceira “virada” no entendimento do CADE acerca do momento da realização da operação, para fins de aferição da tempestividade da apresentação ao SBDC, iniciou-se, de fato, com o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002191/2002-97¹⁰⁶.

Resgatando a interpretação da parte final do art. 2º da Resolução nº 15/98, até então aparentemente “esquecida” pelo CADE, assim se posicionou o voto condutor do ex-Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, decidindo pela tempestividade da operação, em que pese a existência de documento preliminar assinado entre as partes, anterior ao fechamento da operação:

¹⁰⁴ Apenas a título de mera amostragem, podem ser citadas as seguintes operações julgadas pelo CADE: Ato de Concentração nº 00168/97, Ato de Concentração nº 0084/96 e Ato de Concentração nº 134/97.

¹⁰⁵ Nesse sentido são os julgados pioneiros proferidos nos seguintes processos: Ato de Concentração nº 08012.000396/98-08, Ato de Concentração nº 08012.004804/98-56, Ato de Concentração nº 08012.003045/98-31 e Ato de Concentração nº 08012.005220/98-71.

¹⁰⁶ Antes, porém, alguns votos já sinalizavam a tendência de modificação na interpretação do Conselho. Citem-se os votos proferidos pelo ex-Conselheiro Cleveland Prates no Ato de Concentração nº 08012.000566/2002-84 (L-3 Communications Corp. e Raytheon Comp.) e pela ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, em voto vista proferido no Ato de Concentração nº 08012.002263/99-58 (Westflia Dairy Systems Inc. e Babson Brso Co.).

Considero, portanto, que não é todo e qualquer documento que poderá ser tomado como o termo inicial para a contagem do prazo de apresentação da operação. Somente é aquele que cria vínculos entre as partes **de forma a alterar suas relações concorrenciais**. Para tanto, é necessário que seja analisado qual o documento é capaz de estabelecer esses vínculos. É claro que não se pode desconsiderar o fato de que, em certas situações, o momento de realização da operação prescinde da formalização de documento entre as partes. Trata-se da segunda parte do dispositivo legal supra-referido. Nesse caso, o momento da realização da operação se estabelece quando ocorre alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro¹⁰⁷. (grifo nosso)

Não obstante a inovação na orientação do Conselho, motivada pelo julgado supramencionado, a Resolução nº 15/98 foi expressamente revogada pela Resolução nº 45/2007.

Esta, por sua vez, curiosamente suprimiu exatamente a parte final do art. 2º da Resolução nº 15/98, que estabelecia a ressalva à regra geral que considerava o momento da realização da operação como sendo o da celebração do primeiro documento vinculativo.

Dessa forma, o art. 98 da Resolução nº 45 restou assim redigido:

Art. 98. Considerar-se-á o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

Considerando a recente Resolução nº 45, editada em 28.03.2007, conclui-se que o CADE não logrou êxito em sedimentar posição firme acerca do momento da realização da operação, para fins de apresentação do ato aos órgãos que compõem o SBDC. A edição da Resolução nº 45 com a manutenção da famigerada expressão “primeiro documento vinculativo” reforça tal conclusão, sobretudo diante da existência de julgados conflitantes.

A consequência não poderia ser outra senão a também manutenção da insegurança jurídica que toma conta dos administrados já há longa data. A ausência de regras claras abala sobremaneira a confiança do empresariado no tocante ao controle desempenhado pela autoridade antitruste nacional.

Visando oferecer contribuição para a solução de tal controvérsia, entendemos que qualquer interpretação acerca do momento da realização da operação, para fins de aferição da tempestividade da apresentação, vinculada à Resolução nº 45/2007 e, até mesmo à Resolução nº 15/98, não tem como prevalecer.

¹⁰⁷ Voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.002191/2002-97. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t842007429381145.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2007.

Isso porque vigora em nosso ordenamento jurídico o sistema hierárquico-normativo, segundo o qual as normas de Direito encontram seu fundamento de validade em outras normas jurídicas. Assim, as normas obedecem à uma relação hierárquica, de modo que as normas inferiores necessariamente decorrem das normas superiores, pois encontram nestas o seu fundamento e substrato de validade. Trata-se da consagrada doutrina da pirâmide kelseniana.

In casu, a disciplina acerca do prazo de apresentação da operação foi determinada pelo § 4º do art. 54, da Lei 8.884/1994. Considerando que tal norma é hierarquicamente superior a qualquer Resolução editada pelo CADE, insta observar que esta última não poderia alterar o sentido e alcance da lei ordinária, como de fato ocorreu com a edição da Resolução nº 15/98 e ainda ocorre com a Resolução nº 45/2007.

Entendemos que a Resolução nº 15/98 e Resolução nº 45/2007 exorbitaram flagrantemente os poderes que lhes são conferidos. Como é cediço, as resoluções entendem-se como atos de autoridade, destinados a disciplinar ordem administrativa ou regulamentar determinado assunto. Segundo Maria Helena Diniz, a resolução possui as seguintes definições: “a) Determinação transitória emanada por secretário ou ministro de Estado; b) ato da Administração ou da Assembléia deliberando ou disciplinando determinado assunto; c) deliberação que estabelece uma medida”¹⁰⁸.

Dessa forma, não poderiam as resoluções mencionadas alterarem o conteúdo do § 4º do art. 54, da Lei 8.884/1994, atribuindo-lhe alcance elástico para se interpretar o momento da “realização” (texto da lei) da operação como sendo a da formalização do “primeiro documento vinculativo” (texto das resoluções). Inegável que a alteração do alcance do dispositivo legal implicou em usurpação do poder regulamentar atribuído às resoluções em geral.

Relativamente à Resolução nº 45/2007, que aprovou o regimento interno do CADE, a usurpação é ainda mais evidente. Isso porque o art. 7º, inciso XIX da Lei 8.884/94 deu poderes ao Plenário do CADE para elaborar e aprovar seu regimento interno dispendo, assim, sobre o seu funcionamento, forma de deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, sem qualquer menção à possibilidade de esmiuçar a contagem de prazos para os efeitos do § 4º do art. 54 da Lei Antitruste. Destarte, é patente que o órgão em questão extrapolou o conteúdo regulamentador que a lei lhe auferiria, uma vez

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. p. 197.

que dissecou o tema não alusivo ao seu funcionamento interno, mas, a toda prova, condizente à questão do próprio conteúdo material tratado pela lei econômica.

Desta feita, as interpretações acerca da tempestividade da apresentação das operações sujeitas ao controle estrutural fundamentas nas resoluções editadas pelo CADE não têm como prevalecer diante da flagrante usurpação de competência, conforme acima sustentado. Deverão, pois, segundo entendimento ora defendido, serem anuladas as multas aplicadas sob a égide de tal posicionamento do Conselho, seja através da provocação judicial ou, até mesmo, pela revisão administrativa do próprio Plenário do CADE.

Já há, aliás, questionamentos judiciais nesse sentido com decisões favoráveis às empresas, conforme demonstram as ementas de julgados dos precedentes emanados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, abaixo colacionados:

ADMINISTRATIVO. [CADE]. COMUNICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. LEI Nº 8.884/94, ART. 54, §4º. RESOLUÇÃO Nº 15/98-CADE (ART. 2º). PRAZO. ILEGALIDADE. MULTA.

I - Nos termos do § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o prazo para submissão dos atos de concentração do poder econômico ao Conselho de Defesa Econômica - CADE é de quinze dias úteis, contados a partir de sua realização.

II - Em razão do princípio da hierarquia das normas, o art. 2º da Resolução nº 15/1998-CADE não pode contrariar disposições da Lei nº 8.884/94, estabelecendo forma divergente de contagem de prazo previsto no § 4º do art. 54 da aludida Lei.

III - A anulação de multa imposta pelo CADE, fundada em suposta intempestividade, decorrente de interpretação equivocada da norma legal de regência, é medida que se impõe em face da manifesta ilegalidade contida na resolução em que se embasou (q.v., verbi gratia AMS 2001.34.00.014888-4/DF; DJ 25/10/2002).

IV - Apelação provida. (AC nº 2002.34.00.004517-6/DF – 8ª Turma - Rel. Des. Fed. Carlos Fernando Mathias - DJ II 28/07/2006)

ADMINISTRATIVO. [MS]. LEI Nº 8.884/94. ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO OCORRIDA NO ESTRANGEIRO. APRESENTAÇÃO DO ATO DE AQUISIÇÃO, TIDA POR INTEMPESTIVA. AFASTAMENTO. MULTA REPELIDA.

1. Estabelece o art. 54 da Lei nº 8.884/94 que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

2. De acordo com o parágrafo 4º do aludido preceptivo, os atos em questão deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à Secretaria de Direito Econômico que imediatamente enviará uma via ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e outra à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

3. A apresentação fora do prazo faz com que haja punição com multa pecuniária de valor não inferior a 60.000 UFIR nem superior a 6.000.000 de UFIR (parágrafo 5º do art. cit.).

4. No caso vertente, o negócio realizado ocorreu no estrangeiro e sem repercussão no Brasil para os fins do caput do art. 2º da Lei 8.884/94.

5. Ademais, por cautela, a empresa comunicou o ato de concentração ao CADE em momento posterior ao pré-contrato, onde existiriam cláusulas suspensivas, mas anterior à assinatura do contrato definitivo, atendendo, assim, ao § 4º do artigo 54 da Lei Antitruste.

6. Não se pode aplicar, no particular, o art. 2º da Resolução nº 15/1998, do CADE, que apregoa que o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, porquanto a regulamentação em destaque não se funda em autorização legal.

7. Sentença mantida. Apelo e remessa improcedentes. (AMS nº 2000.34.00.00.9970-9/DF – 5ª Turma - Rel. Des. Fed. João Batista Moreira - DJ II 30/06/2003)

Longe de ser uma afronta ao CADE, a mudança nas interpretações baseadas nas resoluções editadas por parte do Conselho importaria em redução de custos à máquina estatal, especialmente com a diminuição do pagamento de sucumbências judiciais às empresas litigantes. Isso sem falar na perda de arrecadação das multas que, apesar de legítimas, são anuladas por força da ilegalidade na fundamentação de sua imposição.

Com efeito, entendemos que a interpretação da tempestividade da apresentação das operações sujeitas ao controle concorrencial, na ausência de um comando legal mais claro, deve ater-se exclusivamente ao mencionado § 4º do art. 54. E neste sentido, incumbe ao intérprete e/ou aplicador a determinação e definição da expressão “realização”, especialmente sob o aspecto econômico.

Não que o aspecto jurídico seja relegado. Ocorre, porém, que no caso em apreço a interpretação meramente jurídica pouco pode auxiliar no deslinde da questão. Cumpre lembrar que o negócio jurídico obedece a um *iter*, que implica na avaliação de três planos: existência, validade e eficácia¹⁰⁹. Entre nós, considerando que não há obrigatoriedade de apresentação prévia do ato à autoridade antitruste nacional, a eficácia do ato, evidentemente, é sempre condicional, *ex vi* do disposto no parágrafo 7º do art. 54, da Lei Antitruste.

Diante de tais premissas e, levando-se em conta uma interpretação orientada exclusivamente sob o prisma jurídico, mesmo que presentes os pressupostos de existência e validade, não há como se considerar realizado o ato antes da sua aprovação por parte da autoridade antitruste, haja vista que a eficácia do mesmo estaria pendente de condição suspensiva, por força de lei (art. 54, § 7º). Ou seja, a eficácia do ato não depende apenas da

¹⁰⁹ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

implementação de suas próprias condições suspensivas, mas também da aprovação da autoridade antitruste.

Deve prevalecer, portanto, uma interpretação econômica da expressão “realização” contida no já tantas vezes citado § 4º do art. 54, da Lei 8.884/94. Sendo assim, um ato, seja lá qual for a sua forma societária ou contratual, deve ser considerado realizado quando restar caracterizada, pela conjugação do poder econômico envolvido, a alteração nos centros decisórios das empresas envolvidas (de qualquer uma delas ou de ambas), capaz de limitar a sua autonomia e independência a partir de então. Em suma, interessa averiguar a alteração entre os chamados focos de influência dominante ou relevante entre as empresas envolvidas.

Conforme já observado em capítulos anteriores, a conceituação dos atos de concentração é de natureza econômica, sendo a alteração na influência dominante ou relevante das empresas envolvidas elemento preponderante para a sua caracterização. Sob este prisma, a interpretação econômica da expressão “realização”, constante do § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94, coaduna-se com a própria natureza dos atos de concentração.

Ademais, a interpretação ora defendida não estabelece qualquer relação direta com os efeitos dos atos submetidos ao controle, sejam eles efetivos ou potenciais. Em vários julgados do CADE, defendeu-se que o ato seria considerado realizado a partir do momento em que promovesse ou pudesse promover alteração das relações concorrenciais.

Data maxima venia, tal interpretação também se apresenta equivocada. Não há como se estabelecer, **de forma direta**, a vinculação entre o ato submetido ao controle e os efeitos (efetivos ou potenciais) dele decorrentes, para fins de determinação do termo inicial de contagem do prazo estabelecido no § 4º do aludido art. 54.

Tal vinculação revela confusão técnica, haja vista que a análise dos efeitos compete ao conhecimento do ato, vale dizer, à subsunção do ato ao art. 54 da Lei Antitruste, sendo, portanto, fase anterior ao exame do momento da realização da operação.

Justamente por essa razão, sintetizamos nossa posição relativamente à interpretação adequada acerca do momento da realização da operação comungando parcialmente do entendimento defendido pelo ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer em voto proferido no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.000092/2003-51 (Mitsubishi Corporation e Nissho Iwai Corporation):

Outra corrente, à qual me filio, interpreta que o conceito de realização possui um substrato econômico. Neste prisma, a realização do ato ocorreria quando houvesse a alteração das relações concorrenciais entre as empresas participantes do ato, ou seja, quando elas passarem a ter a possibilidade de algum grau de ingerência mútua (variando desde a simples colaboração – típica em contratos de *joint ventures* – até a integração completa). Assim, faz-se necessário perquirir o conteúdo das cláusulas suspensivas, a fim de averiguar-se se elas tem o condão de impedir qualquer espécie de ingerência mútua entre as empresas (que alterassem, desta forma, os focos de influência dominante ou relevante entre as empresas), bem como conferir algum grau de incerteza na consolidação da operação¹¹⁰. [sic]

De todo o exposto, outras duas conclusões podem ser extraídas. A primeira delas é a de que, na atual sistemática da Lei nº 8.884/94, que faculta às empresas a apresentar o ato ao controle concorrencial de forma prévia ou *a posteriori*, será impossível se estabelecer um critério objetivo de fixação do marco inicial de contagem do prazo a que alude o § 4º do art. 54, da Lei Antitruste. A insegurança jurídica, portanto, continuará pairando sobre a questão, sobretudo com as constantes alterações na composição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A segunda conclusão decorrente é a de que a solução para eliminar esse foco interminável de insegurança jurídica é bastante óbvia, porém encontrará dificuldades para implementação na atual estrutura do SBDC: obrigar as empresas a apresentarem as operações de forma prévia, eliminando-se a possibilidade de sujeição *a posteriori*.

4.3 Metodologia da análise dos atos de concentração

A exemplo dos demais processos administrativos que tramitam pelos mais variados entes da Administração Pública, os processos para análise dos atos de concentração instaurados junto ao SBDC também obedecem a um rito procedimental.

Não obstante, os processos instaurados para efetivação do controle estrutural da concorrência possuem algumas peculiaridades. Durante seu rito, inúmeras análises técnicas são efetuadas visando a obtenção de variadas informações acerca do mercado e dos partícipes da operação, as quais possibilitarão uma fundamentação sólida na decisão superveniente proferida pelo CADE, autorizando ou não o ato.

¹¹⁰ Cf. voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.000092/2003-51. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t862007405196843.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2007. (destaque do autor)

Conforme já afirmado, as operações descritas no *caput* do art. 54, da Lei 8.884/94 deverão ser submetidas ao controle do SBDC de forma prévia ou no prazo de 15 (quinze) dias úteis a contar de sua realização, apresentadas em três vias devidamente instruídas com as informações e documentos de que trata o Anexo I da Resolução nº 15/98 do CADE, além do comprovante de pagamento das taxas processuais, sob pena de não conhecimento do procedimento por parte do Plenário do Conselho.

A apresentação intempestiva, conforme também já analisado, sujeita as empresas envolvidas à aplicação de multa em valores que variam entre 60.000 (sessenta mil) Ufir a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir, sem prejuízo da abertura de processo administrativo (§ 5º do art. 54, da Lei nº 8.884/94)¹¹¹.

Uma vez recebida a operação, passam os órgão que integram o SBDC a cumprirem determinadas etapas na análise da operação, observando-se, é claro, suas respectivas competências. Tais etapas de análise dos atos de concentração variam segundo a operação analisada, à qual pode ser conferido um procedimento sumário ou ordinário.

O procedimento sumário para análise dos atos de concentração foi implementado através da edição da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 01, de 18 de fevereiro de 2003. Basicamente, busca trazer maior celeridade à avaliação dos atos de concentração por parte das autoridades antitrustes nacionais, minorando, assim, os eventuais prejuízos dos agentes econômicos envolvidos.

Segundo o art. 2º da referida Portaria, aplica-se o procedimento sumário às operações menos complexas, que não sejam potencialmente lesivas à concorrência, a critério da SEAE e da SDE. Em rol meramente exemplificativo, a Portaria cita algumas categorias dessas operações, não afastando, contudo, a necessidade de um exame mais aprofundado do ato para a devida identificação: (a) operações envolvendo compra de franquias por seus franqueadores, sem alterações de influência dominante; (b) reestruturações societárias no mesmo grupo econômico sem alteração de controle; (c) *joint ventures* para formação de nova empresa para participação em mercados sem relação ao nível horizontal ou vertical; (d) aquisição de controle acionário de empresa brasileira por empresa estrangeira ainda não atuante no mercado nacional; (e) aquisição de empresas fora do país; (f) hipóteses de substituição de agente econômico; etc..

¹¹¹ A Resolução nº 44 do CADE, de 14 de fevereiro de 2007, instituiu critérios objetivos para a aplicação da multa pecuniária por intempestividade na apresentação das operações sujeitas ao controle estrutural da concorrência.

A diferença entre o procedimento sumário e a modalidade ordinária de análise dos atos de concentração é justamente a redução do prazo para a emissão de pareceres por parte da SEAE e da SDE e a sua elaboração de forma simplificada, constando apenas as informações relevantes acerca da operação. Dessa forma, terão as secretarias mencionadas o prazo de 15 (dias), cada uma, para elaboração e envio dos aludidos pareceres simplificados, e não os 30 (trinta) dias previstos no § 6º do art. 54 da Lei Antitruste.

No que tange ao procedimento ordinário de análise dos atos de concentração, o Brasil, inspirado pelas *Mergers Guidelines* norte-americanas, adotou o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de Agosto de 2001, publicada no DOU nº 158-E, de 17.08.01, Seção 1, p. 12 a 15.

Basicamente, o guia brasileiro prevê um roteiro para a análise e apresentação dos atos de concentração, que implica as seguintes etapas: 1º) Definição e delimitação do mercado relevante; 2º) Determinação da parcela de mercado; 3º) Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado; 4º) Exame das eficiências econômicas geradas pelo ato; e, 5º) Avaliação dos efeitos líquidos do ato.

Para fins didáticos, preferimos dividir a metodologia de análise dos atos de concentração nas seguintes etapas: 1º) Definição e delimitação do mercado relevante; 2º) Análise do grau de concentração; 3º) Análise de barreiras à entrada; 4º) Análise das eficiências econômicas; e, 5º) Presença de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

Apesar dos estágios da análise concorrencial estarem ordenados obedecendo à uma seqüência lógica, tal não é rigorosamente efetivado na prática. Há casos em que as análises das etapas ocorrem de forma diversa da seqüência apresentada e, até mesmo, concomitantemente. Portanto, a proposta de divisão da análise concorrencial em etapas respeita tão somente um conjunto de diretrizes gerais obtidas de acordo com a experiência brasileira, desde 1994. O exame caso a caso jamais pode ser dispensado.

4.3.1 Definição e delimitação do mercado relevante

A primeira etapa na análise estrutural da concorrência trata da definição e delimitação do mercado relevante.

Analisar uma determinada operação de concentração econômica ou uma conduta anticompetitiva é, antes de tudo, avaliar o mercado em que a concorrência se estabelece. Longe de ser uma mera formalidade ou uma invenção do direito antitruste, a definição e delimitação do mercado em questão é, sobretudo, uma necessidade prévia à análise dos impactos de determinada operação ou conduta sobre a estrutura competitiva. Daí surge o conceito de mercado relevante.

O mercado relevante é o espaço, ou melhor, o *locus* onde a concorrência se estabelece, efetiva ou potencialmente. Refere-se ao espaço econômico, geográfico e material, onde as operações de concentração ou condutas dos agentes econômicos ocorrem.

O conceito de mercado relevante tem a ver, portanto, com a própria identificação das relações de concorrência e do comportamento dos agentes, cuja delimitação é de fundamental importância para valorar-se corretamente as operações e condutas sujeitas à análise concorrencial por parte das autoridades antitrustes.

Tradicionalmente, o conceito de mercado relevante obtém-se por reprodução do conceito prevalecente na dogmática norte-americana, podendo ser sintetizada na fórmula de Hovenkamp, para o qual “*a relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially*”¹¹², ou, ainda, na mais ambígua e confusa, mas fundamentalmente semelhante, de Sullivan: “*A relevant market [...] is the narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market*”.¹¹³

¹¹² Tradução livre: “um mercado relevante é o menor mercado para o qual a elasticidade da demanda e da oferta são suficientemente baixas que uma firma com 100% do mercado poderia rentavelmente reduzir produtividade e aumentar seus preços substancialmente”. HOVENKAMP, Hebert. **Federal antitrust policy: the law competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 1994. p. 59.

¹¹³ Tradução livre: “Um mercado relevante [...] é o mercado mais restrito que é amplo o bastante de modo que produtos de áreas adjacentes ou de outros produtores locais não conseguem competir em paridade substancial com aqueles inseridos no mercado”. SULLIVAN, Lawrence Anthony. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1977. p. 41.

De forma mais simplista, Paula A. Forgioni define o mercado relevante como sendo “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.¹¹⁴

Já Luís Fernando Schuartz afirma, com inegável propriedade, que

O conceito de mercado relevante poderia, assim, ser abstratamente caracterizado como o universo juridicamente qualificado composto pelas interações econômicas reais e potenciais entre os agentes – ofertantes e demandantes – (bem como dos padrões de relacionamento destas interações entre si) os quais, enquanto interagem efetiva ou virtualmente, podem vir a exercer poder – e, eventualmente, dele abusar – uns em relação aos outros.¹¹⁵

Versando sobre o tema da conceituação de mercado relevante, o economista Mário Luiz Possas assim discorre:

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe[m] detentoras de poder de mercado, cujo exercício abusivo incumbe à legislação e às agências de defesa da concorrência (antitruste), como objetivos essenciais, prevenir e coibir, pois é nesse *locus* – devidamente delimitado – que se dá efetiva ou potencialmente, tal exercício.¹¹⁶ [sic]

Sintetizando, podemos afirmar que o mercado relevante é o espaço da concorrência e diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Trata-se de conceito jurídico que depende da análise de doutrinas econômicas para se verificar o poder de mercado envolvido na análise concorrencial.

Portanto, a definição e delimitação do mercado relevante apresentam-se como passos iniciais para a avaliação de determinado fato econômico de relevância concorrencial. Sob esta perspectiva, a escorreita identificação do mercado relevante corresponde a verdadeiro pressuposto para a análise dos atos de concentração e, também, do controle de condutas anticompetitivas por parte das autoridades investidas para controlar a concorrência.

¹¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 231.

¹¹⁵ SCHUARTZ, Luís Fernando. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 94, p. 13-27, 1998. (destaque do autor)

¹¹⁶ POSSAS, Mário Luiz. **O conceito de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996. p. 1. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 25 set. 2006.

Isso porque, conforme se infere dos conceitos supratranscritos, a noção de mercado relevante encontra-se intrinsecamente relacionada à idéia de poder econômico, na medida em que sua identificação e delimitação decorrem, necessariamente, da análise da reação dos concorrentes e consumidores ao aumento ou redução (não transitórios) dos preços de um dos agentes.¹¹⁷

Nessa esteira, o Guia para Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 de agosto de 2001, sustenta que “a definição do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação”.¹¹⁸

Assim, uma vez definido o mercado relevante, é possível mensurar o poder de atuação do agente econômico nesse mercado, de onde se verificará se há domínio, e mais, se esse domínio poderá ser ou já está sendo exercido de forma abusiva.

Contudo, há de ressaltar que nem sempre o elevado percentual de participação no mercado pela empresa, também conhecido como “*market share*”, significa existência de posição dominante, assim como a diminuta participação pode não significar a ausência de poder (“*market power*”). Isto porque a dominação de mercado só assume qualquer relevância, para fins de verificação de existência de posição dominante, se comparado com a participação dos demais concorrentes.

Ademais, é fato que a posição dominante deriva não apenas da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe possibilita uma atuação com independência e indiferença em relação ao comportamento dos outros agentes, colocando-lhe a salvo das pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mensurar seu poder, ou seja, seu *market power*. Isso porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, uma empresa pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante.

¹¹⁷ Não por acaso, a delimitação do mercado relevante efetuada pelas autoridades antitrustes brasileiras se dá a partir do chamado “teste do monopolista hipotético”, que, conforme será observado adiante, é, basicamente, um modelo econômico analítico que busca reproduzir uma condição de monopólio no mercado em análise, a fim de se avaliar os impactos produzidos no mesmo pelas alterações no preço do produto em questão.

¹¹⁸ BRASIL. Portaria conjunta SEAE/MF e SDE/MJ nº 50, de 01 de agosto de 2001. Expede o guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 158-E, 17 ago. 2001, Seção 1, p. 12-15.

Assim é que a melhor doutrina indica que, a fim de se apurar a existência do poder econômico e a conseqüente obtenção de posição dominante, outras elementares, além do *market share*, devem ser consideradas, tais como: (a) ausência de concorrência potencial em mercados concentrados; (b) existência de barreiras à entrada de novos *players*; (c) apego dos consumidores e/ou fornecedores em relação ao produto ou serviço, ou seja, um baixo grau de elasticidade cruzada do produto (*cross elasticity*); (d) potência econômica da empresa; (e) existência de integração vertical da empresa atuante no mercado; (f) domínio ou inovação de tecnologia pela empresa; e, (g) baixo grau de crescimento do setor econômico em atividade.

A prática evidencia que a conjugação de tais elementares é passível de fornecer preciosos indicativos da existência de posição dominante em um dado mercado relevante. Não se há, entretanto, de tomá-los individualmente, como determinantes da posição.

Conclui-se, portanto, que nem toda dominação de mercado deverá ser sancionada pelos órgãos de defesa da concorrência, mas tão somente aquela que implicar em uso irrazoável do poder econômico, ou seja, no abuso do poder, na medida em que há ofensa à livre concorrência.

Tradicionalmente, a identificação do mercado relevante se dá sob duas dimensões: a dimensão material e a dimensão territorial. Assim, a doutrina passou a distinguir o mercado relevante do produto (material) e o mercado relevante geográfico (territorial).

O mercado relevante do produto ou material refere-se ao espaço econômico no qual determinado agente econômico enfrenta a concorrência existente, levando-se em conta o bem ou serviço que oferece. A delimitação do mercado relevante material leva em conta todos os produtos e/ou serviços que concorrem entre si, vale dizer, todos os produtos e/ou serviços que os consumidores julgam serem passíveis de substituição, considerando-se as suas características, seu preço e utilidade.

Em uma definição bastante didática, trata-se de uma espécie de delimitação de um ambiente no qual encontram-se inseridos todos os produtos e/ou serviços que mantêm concorrência entre si e que são considerados como similares e fungíveis pelos consumidores, sobretudo, por conta do preço e da finalidade a que se prestam. Assim, o aumento não transitório e significativo no preço de um determinado produto ensejaria a procura pelo seu substituto, e vice-versa.

Questão interessante envolvendo a análise e identificação do mercado relevante material, diz respeito aos sinais distintivos do produto, tais como as marcas. A partir do momento em que o apego à marca por parte dos consumidores começa a influenciar na escolha de compra a ponto destes recusarem a substituição por outro produto que é em tudo semelhante, é possível que estejamos diante de mercados relevantes distintos. Porém, esta não é a regra geral.

Sintetizando todo o exposto, Nuno T. P. de Carvalho¹¹⁹ salienta que a análise do mercado relevante material deve considerar as seguintes ponderações: 1º) Há precedentes de mudança ou intenções de mudança pelos consumidores para outros produtos como resposta a esse aumento?; 2º) No mercado considerado, os vendedores, ao estabelecerem os preços, levam as possíveis reações dos consumidores em consideração?; 3º) No caso de não serem consumidores finais, qual é a influência que a concorrência a jusante exerce sobre o mercado montante?; e, 4º) Quanto tempo demora e quanto custa para os compradores dos produtos mudarem sua decisão de compra para outros produtos?

A dimensão geográfica, por sua vez, é também de suma importância na definição do mercado, haja vista que possibilita, através da ampliação dos limites territoriais, uma conseqüente diminuição dos níveis de concentração, posto que o poder econômico acaba sendo diluído entre os participantes do mesmo.

Para Paula A. Forgioni, “o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva”¹²⁰. Corresponde ao espaço econômico, delimitado territorialmente, onde se estabelecem as relações de concorrência entre determinados agentes econômicos.

A exemplo do que ocorre com a delimitação do mercado relevante material, a substitutibilidade é fundamental para a identificação do mercado relevante geográfico. Com efeito, ele pode ser identificado como sendo o espaço no qual o agente econômico é capaz de adotar decisões sem que esta sua atitude implique na perda ou migração de um grande número de clientes para outras localidades em que existam fornecedores substitutos ou, ainda, na imediata invasão no mercado de origem de bens substitutos produzidos por outros fornecedores, situados em mercados distintos.

¹¹⁹ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995. p. 134.

¹²⁰ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 233.

A determinação do mercado relevante geográfico exige, portanto, a identificação dos agentes econômicos que nele operam, bem como dos potenciais concorrentes que para lá migram em resposta à demanda dos consumidores por produtos substitutos, caso o preço cobrado no mercado de origem aumentasse em razão de restrições decorrentes da concentração. Nesses casos, a concorrência potencial deve integrar o mercado relevante geográfico.

Na esteira dos ensinamentos já esboçados, Paula A. Forgioni¹²¹, já diversas vezes mencionada, aponta alguns aspectos que deverão ser considerados quando da delimitação do mercado relevante geográfico, quais sejam: (a) hábitos dos consumidores; (b) incidência de custos de transportes; (c) características dos produtos; (d) incentivos de autoridades locais; (e) existência de barreiras à entrada de novos *players*; e, por fim, (f) taxa de câmbio praticada pelo país, capaz de inviabilizar a atividade.

Como visto, tanto a delimitação do mercado relevante do produto, quanto a delimitação do mercado relevante geográfico são efetuadas com base na avaliação de substitutibilidade, considerada no aspecto da demanda e também da oferta (não reais, mas potenciais).

No Brasil, a já citada Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001 estabeleceu como método de definição do mercado relevante, tanto geográfico como material, o chamado “teste do monopolista hipotético”. Segundo esse teste, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços.

Em linhas gerais, funciona da seguinte forma: primeiramente, consideram-se os produtos produzidos e vendidos pelas empresas envolvidas na operação e suas respectivas áreas de atuação, identificando qual seria o resultado final de um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preço rentável, então deverá ser acrescido à definição do mercado original o produto que for mais próximo substituto e a região de onde provém a produção que lhe for a melhor substituta. Esse exercício deve ser repetido diversas vezes até que sejam identificados um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto

¹²¹ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 238-241.

monopolista, impor um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços, determinando-se assim, o mercado relevante do produto e geográfico.

Ilustrando a aparentemente complexa definição do teste do monopolista hipotético, pode-se utilizar o seguinte exemplo: Considere as padarias “A”, “B” e “C”, localizadas no Bairro “Vista Alegre”, e a padaria “D”, localizada no distante Bairro “Ipiranga”, todas de uma mesma cidade. Considere ainda que todas as padarias mencionadas produzam e comercializem exclusivamente pães, sendo que “A” e “B” estão em processo de concentração, por exemplo, uma fusão.

Segundo o teste, deve-se considerar que as padarias em fusão formem, após a operação, o monopolista hipotético aumentando o preço do quilo pão francês de R\$ 8,00 (oito reais) para R\$ 11,20 (onze reais e vinte centavos), ou seja, considerando um aumento de 40%. A primeira análise a ser feita é se os consumidores originários das padarias “A” e “B” irão alterar seus hábitos de consumo, passando a comprar os pães fabricados por outras padarias. Se os consumidores, mesmo após o significativo aumento de preços, não deixarem de consumir os pães das padarias fusionadas, o mercado relevante identificado coincidirá com o mercado de atuação das padarias “A” e “B” (como nos casos de monopólio).

Todavia, caso os consumidores estejam dispostos a consumir os pães fabricados pela padaria “C”, esta deve ser incluída no mercado relevante originário (o mercado das padarias “A” e “B”). Por sua vez, se os consumidores passarem a consumir também os pães da padaria “D”, mesmo diante da distância, o mercado relevante geográfico se expandirá, incluindo-se o Bairro “Ipiranga” ao mercado geográfico do Bairro “Vista Alegre” (padarias “A”, “B” e “C”). Finalmente, se os consumidores não estiverem dispostos a consumir os pães fabricados pela padaria “D”, seja pelo tipo diferenciado de pão (mercado material), seja pela distância em relação às demais (mercado geográfico) o mercado relevante deve ser definido, segundo o produto (material), como sendo o de pães (do tipo fabricado pelas padarias, p. ex., francês) e, segundo a delimitação geográfica, como sendo o do Bairro “Vista Alegre”.

Importante ressaltar que, em alguns casos, poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo (concorrência potencial), notadamente nos casos de concorrência internacional.

Depreende-se, portanto, que a questão da identificação do mercado relevante, apesar de essencial à análise antitruste, não é tarefa nada fácil. Inúmeras questões

intrínsecas aos mercados e aos consumidores acabam por influenciar e alterar a definição do mercado relevante em cada caso concreto.

Uma mesma informação econômica pode apontar conclusões distintas na análise do caso concreto. Por exemplo, produtos que para os consumidores servem absolutamente para o mesmo uso podem não ser considerados substituíveis se a diferença de preço entre eles for muito grande. Porém, poderão ser considerados substitutos na medida em que a diferença de preço corresponder exatamente à diferença de qualidade atribuída a eles pelos consumidores.

Ademais, os testes existentes para a identificação do mercado relevante se baseiam em modelos teóricos hipotéticos, construídos sobre situações econômicas potenciais, e não reais. Trata-se, portanto, de uma formulação de expectativas, uma “quase previsão”.

Diante de tais características, a delimitação do mercado relevante tornou-se um dos temas mais divergentes e fundamentais na avaliação concorrencial das operações econômicas.

Apenas para ilustrar o exposto, tomemos como exemplo o Ato de Concentração nº 08012.0000212/02-30, envolvendo a Companhia Brasileira de Bebidas – CBB (controlada pela atual Inbev) e a Pepsico Inc. (grupo Pepsi), analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A operação referia-se ao contrato de licenciamento realizado entre a Pepsico, e a CBB para que a última produzisse, comercializasse e distribuisse o produto “Gatorade”, em todo o território nacional.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), partindo de uma análise preliminar, identificou o mercado relevante material da operação como sendo o de “isotônicos”, enumerando os principais participantes deste mercado no território brasileiro, incluindo o isotônico “Marathon” pertencente à CBB, concluindo que a concentração horizontal poderia alcançar o altíssimo índice de 93,7% (noventa e três vírgula sete por cento).

Ocorre que, por meio de pesquisas apresentadas, os advogados das empresas entendiam que, entre as possíveis definições do mercado relevante em que se inseriam os produtos em análise, o grau de concentração, em qualquer segmento, era inferior ao apontado pela SEAE.

Postulavam os advogados pela definição do mercado relevante material como sendo de “isotônicos em geral”, neste inserido os isotônicos naturais e artificiais. Além

disso, sustentavam que a água de coco, comercializada *in natura* ou em embalagens próprias, deveria integrar o mercado relevante referido, posto que utilizada como isotônico natural.

Por mais incrível que se possa parecer, a inclusão da água de coco na hipótese mencionada significava uma redução do nível de concentração ao patamar máximo de, aproximadamente, 46% (quarenta e seis por cento).

Por fim, a tese dos advogados representantes das empresas não prevaleceu, sendo que o mercado relevante em questão restou definido como sendo o de “isotônicos artificiais”. Por conta disso, verificou-se que a operação acabaria por geral uma sobreposição horizontal na ordem de 94,25% (noventa e quatro vírgula vinte e cinco por cento) do mercado relevante.

Sendo assim, concluíram os conselheiros do CADE que a operação, na forma como apresentada, representava riscos à concorrência, notadamente por gerar dominação de parcela substancial do mercado. A operação foi então aprovada, condicionada à alienação da marca “Marathon” e dos seus ativos pela CBB.

A inexistência de critérios unificados e a influência na análise da existência de poder econômico transformam a definição do mercado relevante em campo fértil para as discussões. Tais divergências, antes de serem técnicas, encontram-se impregnadas de conteúdo ideológico e político.

Daí porque a definição do mercado relevante ser fundamental também como instrumento complementar e funcional para a implementação de políticas públicas. Assim, políticas antitrustes mais severas, preocupadas em prevenir as concentrações de poder econômico e os abusos deste, tendem a sustentar critérios mais restritivos de determinação do mercado relevante. Nesse sentido orientam-se as *Horizontal Mergers Guidelines* norte-americanas, por exemplo.

Por outro lado, políticas antitrustes mais lenientes em relação ao acúmulo do poder econômico e mais atentas às relações de concorrências, enquanto instrumento da política econômica, tendem a conceder maior elasticidade na definição do mercado relevante. É o caso, por exemplo, da União Européia.

Numa ou noutra hipótese, a definição de mercado relevante acaba por orientar, em última análise, a aplicação da lei antitruste, razão pela qual muitos doutrinadores a consideram instrumento de flexibilização das normas legais e válvulas de escape do controle concorrencial.

4.3.2 Análise do grau de concentração

Uma segunda etapa da análise estrutural da concorrência corresponde à determinação do nível de concentração produzido pela operação.

Não obstante, é pressuposto para a determinação do nível de concentração conhecer as participações relativas das empresas atuantes no mercado em questão. A parcela de mercado detida pelos agentes econômicos é também conhecida no meio concorrencial como *market share* e, embora não reflita necessariamente o poder de mercado (*market power*) envolvido na operação, é um importante indicativo deste, pois, em geral, o percentual de mercado detido pelo agente é proporcional ao seu poder de mercado. Assim, o controle de parcela substancial do mercado, embora não suficiente, representa condição necessária para que a operação tenha impactos concorrenciais.

Tão somente após a determinação do respectivo *market share* das empresas no mercado relevante em referência, é que se torna possível identificar se a concentração gera o controle de parcela significativa do mercado a ponto de possibilitar a promoção de prejuízos à concorrência. Eis a análise do grau de concentração da operação.

Segundo as orientações contidas no mencionado Guia para Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal, a medição do grau de concentração atende a dois critérios.

O primeiro deles é o da participação relativa de que trata o § 2º do art. 20, da Lei nº 8.884/94, pelo qual considera-se que uma concentração econômica pode gerar abuso da posição dominante sempre que dela resultar uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante.

O segundo critério trata do chamado “cálculo C4”, segundo o qual considera-se que uma concentração econômica pode viabilizar o abuso do poder econômico sempre que ela (a concentração em análise) tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas igual ou superior a 75% (setenta e cinco por cento) e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% (dez por cento) do mercado relevante.

Há, entretanto, outros indicadores para análise do grau de concentração da operação. Dentre os mais difundidos, encontra-se o índice *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI), muito utilizado nos Estados Unidos, que consiste no cálculo da somatória dos

quadrados das participações de cada empresa no mercado, variando de 0 (zero) a 10.000 (dez mil). Em um mercado semelhante ao modelo de concorrência perfeita com um número muito grande unidades (atomizado), o valor das participações individuais de mercado é insignificante e o índice HHI tende a 0 (zero). No extremo oposto, sob regime de monopólio, em que há apenas uma empresa, sua participação é 100% (cem por cento) e o HHI corresponde a 10.000 (dez mil)¹²².

Importa salientar, contudo, que o grau de concentração é apenas uma elementar na complexa análise estrutural da concorrência. Sendo assim, não pode, por si só, ser motivo para a desaprovação da operação de concentração submetida ao controle concorrencial. A decisão do CADE deve levar em conta também inúmeros outros fatores, especialmente a estrutura, interação e capacidade produtiva das empresas envolvidas e as características particulares dos mercados analisados, tudo com o escopo de se avaliar a probabilidade de exercício irrazoável do poder de mercado.

4.3.3 Análise de barreiras à entrada

O terceiro estágio da análise dos atos de concentração econômica busca examinar os impactos da operação sobre a concorrência potencial por meio da verificação de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado em questão. É bem verdade que a preocupação com a concorrência potencial também influi na determinação do mercado relevante, porém, o enfoque dado pelo estudo da existência de barreiras à entrada é outro.

Na definição do mercado relevante o que se avalia é a viabilidade de substituição sob a ótica dos novos concorrentes; na análise de barreiras à entrada, por seu turno, o objeto de exame é saber se determinada operação de concentração econômica ensejará a criação de novas e especiais barreiras ao ingresso de novos *players* ou se não se beneficiará das barreiras já existentes.

¹²² Para aplicação do índice HHI, o modelo norte-americano sugere os seguintes parâmetros: (a) se o índice após a integração for inferior a 1.000 (mil) pontos, somente em casos excepcionais a operação pode ser considerada anticoncorrencial; (b) se o índice após a integração situar-se entre 1.000 e 1.800 pontos, somente as integrações que provocassem um aumento igual ou superior a 100 (cem) pontos poderiam causar efeitos anticoncorrenciais; e, (c) se o índice após a integração for superior a 1.800 (um mil e oitocentos) pontos, e a transação importar um aumento superior a 50 (cinquenta) pontos, a integração pode ser anticoncorrencial. No caso de aumento superior a 100 (cem) pontos, presume-se um aumento do poder de mercado ou facilitação no seu exercício (presunção *juris tantum*).

Para Fabio Nusdeo, as barreiras à entrada são “um obstáculo ao acesso de novas unidades produtoras em virtude da posição de privilégio que conferem às já atuantes num dado mercado”¹²³.

Mais do que atentarem contra a liberdade de concorrência, as barreiras à entrada debilitam a liberdade de iniciativa, na medida em que restringem a concorrência no mercado. Com a criação de tais obstáculos à competição, os agentes econômicos detentores de poder criam para si um mercado cativo e impenetrável.

Elas podem ser de dois tipos: (a) as naturais, decorrentes da própria estrutura do mercado e dos agentes econômicos nele atuantes; (b) as artificiais, resultado do comportamento dos agentes econômicos.

Dentre as barreiras naturais, as mais comumente citadas são as seguintes: (a) existência de economias de escala; (b) economias de escopo¹²⁴; (c) diferenciação entre produtos; (d) necessidades de grandes investimentos iniciais; e, (e) presença de custos irre recuperáveis (*sunk costs*), tais como instalações industriais, publicidade, entre outros.

As barreiras artificiais, por sua vez, podem assumir inúmeras formas. Uma das formas que tem chamado atenção da autoridade antitruste nacional diz respeito à restrição aos canais de distribuição, oriunda de integrações verticais. São inúmeras as representações junto ao SBDC para apuração, mediante averiguação preliminar, de conduta anticoncorrencial, principalmente nos chamados contratos de exclusividade. Foi o que ocorreu no já mencionado caso White Martins S/A e Messer Grieshem do Brasil Ltda.¹²⁵, no qual a primeira realizou contrato de exclusividade com uma fornecedora que detinha o monopólio dos insumos necessários, impedindo, assim, que novos concorrentes pudessem produzir e comercializar determinando bem.

Como visto, as barreiras à entrada podem derivar de uma situação de eficiência econômica do agente, mas, também, podem ser provocadas pelo comportamento anticoncorrencial de determinada empresa. Por isso, demandam por um exame particularizado.

¹²³ NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 121-141.

¹²⁴ Ocorre economia de escopo quando o custo da produção conjunta de mais de um bem ou serviço é menor do que o custo da produção de cada um deles de forma isolada.

¹²⁵ Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05.

Certo é, entretanto, que, na ausência de barreiras à entrada, o exercício abusivo da posição dominante é dificultado, na medida em que os demais agentes econômicos que estão afastados do mercado, podem nele entrar, restabelecendo a concorrência.

Importa, portanto, analisar as condições de entrada nos mercados pelos novos *players*. Segundo a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, além da demonstração de inexistência de exercício de poder de mercado através do uso das barreiras, a análise estrutural da concorrência deve observar se a entrada de novo *player* no mercado analisado é provável, tempestiva e suficiente.

Considera-se provável a entrada quando for economicamente viável e lucrativa no longo prazo ao nível de preços pré-concentração, de modo que o entrante possa mantê-los. Segundo os órgãos que compõem o SBDC, a entrada também será considerada tempestiva no período de 2 (dois) anos, neste prazo compreendidas todas as etapas necessárias para o desempenho da atividade. Finalmente, será considerada suficiente a entrada quando for capaz de restabelecer os preços pré-concentração.

Diante de tais características, as barreiras às entradas integram como mais uma das elementares na análise estrutural da concorrência, porém, a sua presença não pode ser razão exclusiva para impedir a aprovação concorrencial do ato submetido ao controle.

4.3.4 Análise das eficiências econômicas

As eficiências econômicas já foram objeto de exame na presente pesquisa, cujas lições ora nos reportamos. Com efeito, interessa, nesse momento, verificar como se dá a aplicação prática da análise das eficiências econômicas no controle dos atos de concentração.

As etapas de análise dos atos de concentração, antes descritas, fornecem preciosos indicativos da probabilidade do exercício do poder de mercado. Todavia, o fato de terem todas elas sido superadas não é condição segura de que a operação não reduzirá o bem-estar dos consumidores, além de gerar prejuízos à economia.

O exame das eficiências econômicas no controle dos atos de concentração cumpre exatamente esta função: perquirir se os custos econômicos da operação são compensados com os possíveis benefícios da mesma decorrentes, a ponto de se promover um efeito líquido positivo.

De acordo com o já mencionado Guia para Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, são consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração). Não se incluem nessa categoria as eficiências que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.

Com efeito, a legislação brasileira determina que, na análise de atos de concentração, as eficiências privadas geradas devem ser consideradas, conforme dispõe o § 1º do art. 54, da Lei 8.884/94:

- § 1º O CADE poderá autorizar os atos de concentração a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições:
- I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
 - a) aumentar a produtividade;
 - b) melhorar a qualidade de bens e serviços; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
 - II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais de outro;
 - III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
 - IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados;

Depreende-se da norma supratranscrita que as concentrações econômicas, das quais resultem aumento de produtividade, melhoria na qualidade de bens e serviços e desenvolvimento tecnológico não podem, diante da análise isolada de tais características, ser aprovadas pela autoridade encarregada da defesa da concorrência no Brasil.

A exemplo do que ocorre em outros sistemas de defesa da concorrência, no Brasil, exige-se ainda a demonstração de não ocorrência de prejuízos à concorrência e que, ao menos em parte (a lei usa o termo equitativamente e não igualitariamente), os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos junto aos consumidores.

Por conta da ausência de indicações precisas e objetivas acerca das eficiências econômicas desejadas pela Lei Antitruste, e, sobretudo por considerar que tal análise envolve apreciação de eventos futuros, os órgãos de defesa da concorrência têm exigido que as mesmas sejam deduzidas de forma clara e específica, indicando meios razoáveis para sua obtenção (como) e o momento em que serão obtidas (quando).

Basicamente, a análise das eficiências econômicas tem metodologia própria e obedece aos seguintes estágios: 1º) avaliar os efeitos líquidos positivos, a ponto de se

compensar o risco anticompetitivo com os benefícios gerados pela operação; 2º) verificar a probabilidade de repasse de tais benefícios aos consumidores; e, 3º) verificar a viabilidade de obtenção de tais eficiências mediante emprego de alternativas factíveis e menos lesiva à concorrência.

Uma operação de concentração do poder econômico que não gere qualquer eficiência econômica será, certamente, condenada à desaprovação, exceção feita às operações que não prejudiquem ou limitem a livre concorrência, as quais prescindem do exame dos seus efeitos líquidos.

Superada tal etapa, passamos ao último estágio da análise estrutural da concorrência, qual seja o exame de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

4.3.5 Presença de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum

Por fim, a quinta e última etapa da análise concorrencial dos atos de concentração deriva a questão do campo meramente técnico para a seara política e, portanto, ideológica.

O § 2º do art. 54, da Lei nº 8.884/94, prevê ainda novos fatores de atenuação das condições necessárias da aprovação do ato submetido ao controle concorrencial: o motivo preponderante da economia nacional e o bem comum. Senão vejamos:

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Trata-se, pois, de hipótese excepcional, de cunho eminentemente político-ideológico e que só poderão ser implementadas, desde que não impliquem em prejuízo ao interesse dos consumidores ou usuários finais.

Assim, para que uma operação atenda aos requisitos estabelecidos pela norma mencionada, é necessário que a mesma gere externalidades positivas. Estas, por sua vez, também podem ser consideradas como eficiências, mas diferem-se daquelas mencionadas no § 1º do art. 54, pois não possuem natureza compensatória (eficiências compensatórias).

Tecendo críticas sobre a ingerência política na análise antitruste, João Grandino Rodas e Gesner de Oliveira assim sustentam:

Nota-se o risco de que regras genéricas de exceção dessa natureza permitam indesejável subordinação do controle de fusões à política industrial. Recomenda-se, assim, que a aplicação do dispositivo seja parcimoniosa a fim de evitar precedente de isenção à Lei nº 8.884/94¹²⁶.

4.4 Avaliação final dos atos de concentração

Cumpridas todas as etapas de análise dos atos submetidos ao controle estrutural da concorrência e examinadas todas as particularidades que o caso possa sinalizar, resta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), enquanto autarquia judicante e última instância decisória administrativa, realizar a avaliação final da operação.

A doutrina apresenta divergência quanto à natureza dos poderes decisórios conferidos à autarquia federal julgadora na avaliação dos atos de concentração. A polêmica reside em se determinar se a avaliação das operações constitui ato vinculado ou discricionário da Administração.

Partindo de uma interpretação sistemática e sem se alongar por demais sobre a questão, que, repise-se, é polêmica, compartilhamos do entendimento dominante na doutrina de que se trata de ato vinculado, de modo que estando presentes as condições de aprovação da operação, não pode o CADE adotar outra atitude senão aprová-la. Não há, portanto, espaço para exame de conveniência e/ou oportunidade na avaliação dos atos de concentração por parte da autarquia, sobretudo diante dos critérios positivados no ordenamento jurídico, especialmente no art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Muito embora a análise do CADE envolva a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados¹²⁷, não há como defender tratar-se a decisão proferida nos processos administrativos de ato discricionário. Do contrário, estar-se-ia impossibilitada a revisão judicial de mérito das decisões do CADE, o que, conforme é sabido, não ocorre diante da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

¹²⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 128.

¹²⁷ Na lição de Paula A. Forgioni seriam verdadeiras “válvulas de escape” (Cf. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005).

Basicamente, a avaliação final das operações submetidas ao controle do CADE enquadrar-se-á em uma das seguintes hipóteses: *(a)* aprovação; *(b)* aprovação condicionada (com restrições); ou, *(c)* desaprovação.

Dá-se a aprovação aos atos de concentração quando estes, mediante a análise da estrutura do mercado, dos níveis de concentração, das condições de concorrência e da inexistência de barreiras à entrada, indicarem não haver riscos ao ambiente concorrencial. Nestes casos, o CADE deve aprovar as operações, independentemente do exame de eficiências.

Como o sistema brasileiro adota a regra da razão na avaliação dos atos de concentração, podem ainda ser aprovadas as operações que, apesar de promoverem riscos à concorrência, satisfaçam as exigências contidas no § 1º ou no § 2º do art. 54, da Lei Antitruste, ou seja, operações que apresentem eficiências compensatórias ou que gerem externalidades positivas (quando necessárias por motivos preponderante da economia nacional e do bem comum). Numa ou noutra hipótese, a operação só poderá ser aprovada desde que satisfeitos os requisitos exigidos pelos incisos II a IV do mencionado art. 54.

Se, contudo, após o exame das condições estruturais do mercado e da concorrência, dos níveis de concentração e das barreiras à entrada verificar-se que a operação promoverá riscos à concorrência e, também, não produzirá eficiências econômicas, o CADE deve negar aprovação ao ato. A desaprovação determinará a desconstituição, parcial ou total, da operação, a fim de eliminar os efeitos nocivos à concorrência. Via de regra, a desconstituição da operação segue a um plano elaborado pelas próprias empresas envolvidas, que é submetido à autoridade antitruste para avaliação de adequação com a decisão imposta.

Há, todavia, situações em que a desaprovação da operação se mostra medida por demais enérgica, sobretudo diante da possibilidade de impor condições que visem a garantir a promoção de eficiências econômicas compensatórias. Além disso, em muitos dos casos a desaprovação do ato se mostra ineficiente diante dos objetivos almejados pela lei antitruste, quais sejam a manutenção da concorrência saudável e o bem-estar do consumidor. Nestas hipóteses, dá-se a aprovação condicional (ou aprovação com restrições).

A aprovação condicional é de larga utilização nos mais diversos sistemas de defesa da concorrência, inclusive, no próprio Brasil, pois tem a vantagem de evitar os inconvenientes oriundos do desfazimento de uma operação da magnitude que é exigida pela Lei Antitruste.

Com efeito, evitando a prolação de decisão determinando a desaprovação da operação, as empresas envolvidas, em querendo, podem se comprometer a atingir ou perseguir os objetivos necessários à aprovação do ato, impostos pela autoridade concorrencial. Isso se dá mediante a celebração do chamado compromisso de desempenho, previsto no artigo 58 da Lei 8.884/94.

O compromisso de desempenho é uma espécie de “termo de ajustamento de conduta”, de caráter impositivo e compensatório, pelo qual são elencadas as metas a serem atingidas pelas empresas envolvidas na operação examinada, representando uma verdadeira garantia ao mercado e aos consumidores. Não se presta a criar eficiências, desnudá-las ou servir como substituto da desaprovação, mas sim para garantir a efetividade de eficiências compensatórias vislumbradas na operação, de modo que as partes envolvidas se empenhem no sentido de atendê-las, inclusive, mediante a fixação de prazos para tanto.

Nesse sentido são os ensinamentos do eminente professor Calixto Salomão Filho de que

É necessário, portanto, não apenas que as partes tenham mencionado tais metas em seu pedido de aprovação, mas também que o CADE esteja convencido de que elas serão obtidas. É o próprio *caput* do art. 58 a afirmar expressamente que o compromisso de desempenho serve para “assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo” (art. 54)¹²⁸.

Alguns autores incluem, além das citadas possibilidades de avaliação final, quais sejam a aprovação, a desaprovação e a aprovação condicionada, uma quarta categoria: o não conhecimento da operação.

O julgamento pelo não conhecimento da operação teria lugar naquelas operações não sujeitas à aplicação do art. 54, ou seja, que não encontrassem subsunção na aludida norma e, também, nos casos que escapam da competência do CADE, especialmente no tocante às operações realizadas em mercados regulados.

Por último, cumpre salientar que o CADE possui ainda a faculdade de determinar *ex officio* ou deferir, quando solicitado, no curso dos processos de controle estrutural da concorrência, medidas cautelares a fim de se evitar a efetivação de efeitos nocivos à concorrência advindos da operação. A solicitação de imposição de medida cautelar

¹²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 292-293. (destaque do autor)

pode ser efetuada pelas próprias partes envolvidas, pela SDE, pela SEAE, pelas Agências reguladoras, pela Procuradoria do CADE ou, até mesmo, por terceiro interessado.

Considerando que a grande maioria das operações são submetidas ao exame do CADE *a posteriori*, ou seja, após a sua realização, a adoção de cautelares visando evitar impactos anticoncorrenciais parece ser oportuna em determinadas situações.

Senão vejamos a redação do art. 132, da Resolução nº 45/07 do CADE:

Art. 136. O Relator, ao apreciar liminarmente a Medida Cautelar, verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência, poderá, sempre que cabível, determinar que as requerentes mantenham o status concorrencial anterior a assinatura do(s) contrato(s) e se abstenham, até o julgamento do Ato de Concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado no que tange a:

I - qualquer alteração de natureza societária;

II - alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos, aí também incluídos marcas, patentes e carteira de clientes e fornecedores;

III - descontinuar a utilização de marcas e produtos;

IV - alterações nas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização;

V - mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa, quando caracterizadas como objetivando a integração das empresas das requerentes;

VI - interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas;

VII - e outras providências que entender necessárias.

Outro mecanismo de criação recente e que vem ganhando força na análise dos atos de concentração por parte da autoridade antitruste nacional diz respeito ao Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO).

Os Acordos de Preservação de Reversibilidade da Operação também possuem natureza acautelatória e têm por objetivo a adoção de medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração e evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento. Tais acordos são firmados até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar, assegurando a reversibilidade da operação em caso de sua desaprovação.

4.5 Os desafios da defesa da concorrência no Brasil e a crise do modelo atual

Ao contrário de países como Estados Unidos da América, Alemanha, França, Inglaterra, Canadá, entre outros, a defesa da concorrência no Brasil é uma experiência ainda bastante recente e em processo de criação. A difusão da cultura da concorrência requer tempo para firmar suas balizas na sociedade, de modo que, entre nós, a tradição antitruste ainda não se sedimentou.

Não representa qualquer exagero se dizer que, no Brasil, a defesa da concorrência só passou a ser implementada de forma efetiva e sistematizada a partir de 1994, com a promulgação da Lei nº 8.884. Liderando esse franco avanço, e nem poderia ser diferente, encontra-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), guardião e aplicador da norma antes mencionada.

A liderança natural do CADE nesse processo de evolução do antitruste e sedimentação da tradição da concorrência entre nós traduz-se em inúmeras prerrogativas, mas também impõe obrigações e responsabilidade ao órgão, exigindo competência institucional e qualificação para superar os desafios.

Nesses “primeiros sopros de vida”, especialmente nos últimos dez anos, o CADE mostrou-se consciente do seu importante papel junto aos mercados e à economia como um todo.

A atividade desempenhada pelo SBDC tem acentuada importância na reestruturação da indústria nacional frente à concorrência internacional decorrente da globalização econômica, além de ser fundamental na atração dos investimentos estrangeiros.

Apesar das inúmeras pressões tanto do setor público quanto da esfera privada, o SBDC procurou conservar-se fiel ao seu mister, qual seja garantir padrões saudáveis de competição nos mercados, objetivando aumentar a eficiência econômica e o grau de bem-estar dos consumidores. E, dessa forma, obteve inúmeros e importantes avanços.

Todavia, as autoridades antitrustes brasileiras não restaram imunes às falhas e impropriedades, justificadas até mesmo pela sua pequena experiência no antitruste.

A complexidade da matéria envolvida e a escassez de estrutura por parte do SBDC contribuíram sobremaneira para a ocorrência de falhas e desgaste institucional, sobretudo em se tratando de controle estrutural da concorrência.

A questão é preocupante e envolve não só a vertente preventiva de atuação da Lei Antitruste, mas também o controle de condutas. Contudo, cingiremos nossos apontamentos aos aspectos que interessam ao controle estrutural da concorrência, que é o objeto mais próximo da presente pesquisa.

Muitas são as críticas dirigidas ao atual modelo de controle dos atos de concentração, principalmente por parte da iniciativa privada e, também, de estudiosos e aplicadores do direito concorrencial.

Em última análise, o problema relaciona-se à insegurança jurídica no tocante à sistemática de controle dos atos submetidos à autoridade antitruste. Basicamente, é possível se diagnosticar que essa insegurança jurídica decorre da concorrência de uma série de problemas, os quais, todavia, podem ser resumidos em três elementares:

- (a) tempo da análise antitruste;
- (b) inadequações legislativas; e,
- (c) jurisprudência inconsistente.

Certo é, contudo, que as imperfeições de ordem legislativa acabam por espalhar seus efeitos por toda a sistemática de controle estrutural da concorrência e, justamente por isso, carregam consigo uma maior parcela de responsabilidade pelo desgaste do modelo atual de defesa concorrencial, se é que é possível fazer tal mensuração.

Também por este motivo, há muito se discute a adoção de uma nova Lei de Defesa da Concorrência em nosso país, questão esta que será objeto de abordagem em tópico seguinte.

Porém, a demora na análise antitruste, as inadequações legislativas e a inconsistência da jurisprudência, enquanto elementares da problemática concorrencial, longe de estarem isoladas, encontram-se implicadas entre si, numa relação de causa e efeito.

Dessa forma, não há como se dissociar a problemática envolvendo as elementares assinaladas, senão para fins meramente didáticos.

Já adentrando ao exame dos problemas enfrentados pelo modelo estrutural de defesa da concorrência brasileiro, vê-se que uma das questões mais preocupantes e graves refere-se ao longo tempo levado para a análise exercida pela autoridade antitruste nacional.

A experiência tem mostrado que o controle dos atos de concentração pode levar anos para ser concluído, com repercussão nefasta sobre a iniciativa privada, especialmente no tocante à sobrecarga de custos e redução da eficácia das decisões.

A solução para tal problemática não é de todo simples, haja vista serem muitos os fatores contribuintes para tal ocorrência. A existência de critérios demasiadamente amplos para a apresentação das operações de concentração é certamente um dos mais influentes.

A Lei nº 8.884/94, que impõe ser obrigatória toda e qualquer operação que se subsuma aos critérios contidos no seu art. 54, acaba por sobrecarregar o órgão antitruste com avaliação de situações desprovidas do menor potencial lesivo à concorrência, desperdiçando esforços em um controle absolutamente inócuo. Em suma, alocam-se de forma ineficiente os já parcos recursos disponíveis para a análise concorrencial.

Apenas para se ilustrar, no ano de 2006 foram julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica 402 (quatrocentos e dois) Atos de Concentração, tendo o seguinte resultado¹²⁹:

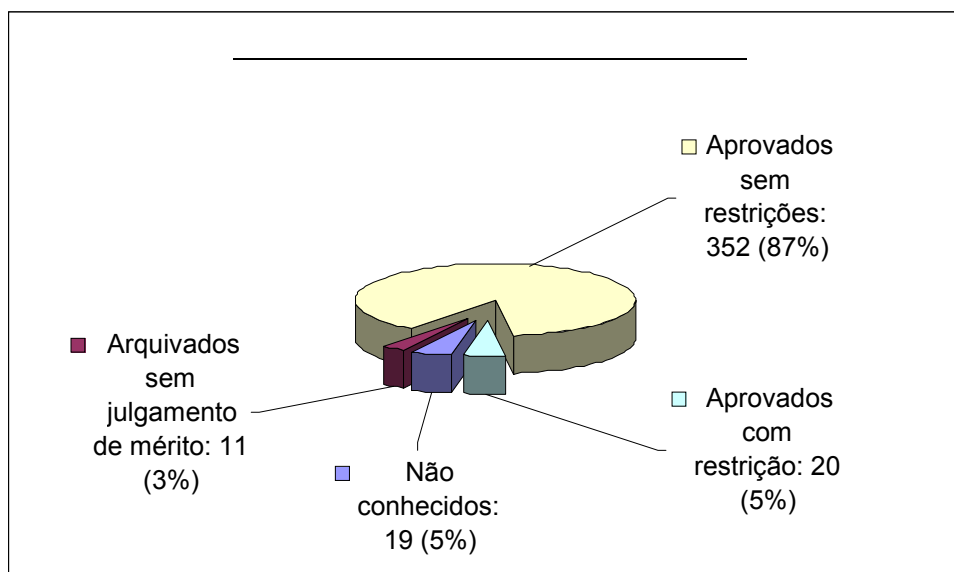


Gráfico 2 – Atos de concentração julgados em 2006

¹²⁹ Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatórios de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Gestao_2006_19-04-2007.pdf>. Acesso em: 21 set. 2007.

Portanto, no ano de 2006, de um total de 402 (quatrocentos e duas) operações analisadas, nenhuma operação foi reprovada pela autoridade antitruste brasileira. Apenas 20 (vinte) delas foram aprovadas com imposição de restrições; 19 (dezenove) não foram conhecidas por não se subsumirem aos critérios legais de apresentação; e, 11 (onze) foram arquivadas sem julgamento de mérito, em razão das partes envolvidas terem desistido da operação.

Apesar dos dados supra mencionados se referirem a um único ano, são aptos a apresentar um panorama do controle dos atos de concentração no Brasil, evidenciando que a grande maioria das operações levadas ao exame da autoridade antitruste não envolvem riscos ao ambiente concorrencial. Em decorrência, é incontestável a má alocação de esforços por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na medida em que despense tempo e pessoal para avaliação de atos de concentração carentes de riscos concorrenciais em detrimento da repressão das condutas colusórias da concorrência e das operações que efetivamente demandem por maior controle.

Daí uma inegável contradição: o órgão competente para analisar questões de natureza concorrencial, especialmente a eficiência econômica dos agentes, não consegue, ele próprio, ser eficiente em seu mister.

A inadequação legislativa consubstanciada na imposição de critérios que não atendem satisfatoriamente a demanda da realidade concreta, excessivamente amplos na determinação da obrigatoriedade de apresentação dos atos, acaba por sobrecarregar, como um todo, o sistema de defesa da concorrência nacional, na medida em que exige a apresentação operações pelo simples fato de seus participantes serem detentores de um mínimo de 20% (vinte por cento) do mercado em exame, ou possuidores de faturamento superior ou igual a 400 (quatrocentos) milhões de reais no exercício precedente à operação, muito embora tais operações jamais tenham o condão de promover a menor restrição à concorrência, seja a que título for.

Some-se a isso a falta de aparelhamento, seja em nível de pessoal, bem como de estrutura física por parte das instituições encarregadas da defesa da concorrência no Brasil. Em se tratando de órgãos que exercem análises e julgamentos eminentemente técnicos, a questão referente à qualificação de seu pessoal torna-se por demais importante.

Contrariamente, o que se observa é que, atualmente, o CADE possui número reduzido de funcionários, insuficiente para atender com rapidez o enorme volume de

atos de concentração apresentados à análise concorrencial. A maioria dos seus funcionários é emprestada de outros órgãos do governo federal e/ou são temporários, além de não receberem remuneração adequada.

Tais condições, aliada ao fato de o CADE não contar com plano de carreira, fazem com que o quadro de pessoal seja alterado com bastante frequência, sobretudo com a migração de boa parte dos seus funcionários para a iniciativa privada. Tal fator impede o acúmulo do conhecimento institucional e manutenção de pessoal qualificado na esfera pública. Tudo isso sem contar a inexperiência de parte dos funcionários e a sobrecarga de tarefas, que também contribuem para a demora na análise antitruste.

Outro fator de preponderante contribuição à demora no controle estrutural da concorrência refere-se à replicação de esforços por parte dos órgãos que integram o SBDC.

As instâncias da análise antitruste, ao invés de se integrarem e se complementarem, se sobrepõem. Da mesma forma, os órgãos que integram o SBDC, em especial a SDE, SEAE e a Procuradoria do CADE acabam se desviando das suas funções originárias para invadir competências alheias, o que gera um dispêndio de esforços desnecessário. Senão vejamos.

Como é cediço, SEAE e SDE possuem função analítica e investigativa, emitindo suas opiniões por meio de pareceres, que, em última análise, buscam orientar o julgamento realizado pelo CADE, órgão judicante que é. O mesmo ocorre com a Procuradoria do CADE, que também se manifesta por meio de parecer.

Na concepção legal originária, todos os pareceres referidos deveriam possuir função meramente opinativa, não encerrando conteúdo decisório ou vinculante ao CADE, desmembrados da seguinte forma: (a) a SEAE emitiria seu parecer contendo o exame dos aspectos econômicos da operação; (b) a SDE emitiria seu parecer contendo o exame dos aspectos jurídicos; e, por fim, (c) a Procuradoria do CADE, órgão integrante do Ministério Público Federal, atuaria na elaboração de seu parecer como mero “custus legis”.

Na prática, todavia, a realidade é completamente outra. De fato, o que se observa é que, em muitos dos casos, SEAE e SDE elaboram pareceres contendo tanto o exame dos aspectos econômicos quanto dos aspectos jurídicos da operação analisada, sem respeitar suas atribuições específicas atribuídas pela Lei nº 8.884/94. Enfim, ambos os órgãos se utilizam dos mesmos critérios para realizar as mesmas análises.

A Procuradoria do CADE, por sua vez, também não se atém ao seu mister e, via de regra, emite pareceres contendo uma terceira análise econômica e jurídica da operação, inclusive já ventiladas pela SEAE e pela SDE.

Finalmente, munido de tais pareceres, contendo exames realizados sob a égide dos mesmos critérios, o CADE passa a proferir seu julgamento, o qual pode ser divergente de toda as conclusões afirmadas nos documentos opinativos. Pior ainda: sem embargo dos pareceres já apresentados, o CADE pode refazer toda a análise, conforme sua conveniência e necessidade.

Indubitável, portanto, a replicação de esforços por parte dos órgãos que compõem o SBDC, o que contribui, em muito, na demora da análise das questões concorrenciais, sobretudo daquelas atinentes ao controle das operações de acúmulo de poder econômico.

Também relacionado ao tempo de avaliação dos atos de concentração por parte do SBDC encontra-se o tema pertinente ao momento obrigatório de notificação da operação à autoridade antitruste nacional. Conforme já alegado em oportunidades anteriores, no Brasil, a Lei nº 8.884/94 autorizou os agentes econômicos a sujeitarem as operações de concentração do poder econômico ao exame da autoridade antitruste antes da realização do negócio ou em momento posterior, conforme seu interesse.

Assim, sob o ponto de vista societário, a legalização do ato corporativo pode ocorrer mesmo sem a decisão do CADE, a qual pode ser revogada se este órgão assim concluir em seu julgamento. Em tal caso, as partes envolvidas são obrigadas a desfazerem o negócio, com evidente prejuízo a ambas as empresas. Ademais, a aprovação da operação com restrições, quando já consumado o ato corporativo, também pode alterar significativamente a pertinência do negócio, sob o ponto de vista das empresas envolvidas, pois o adquirente receberá uma empresa diferente daquela que adquiriu.

Fato é que, diante do excessivo número de submissões, da falta de estrutura institucional e da escassez de pessoal, o SBDC não consegue efetivar o julgamento das operações de concentração em “tempo econômico”. A iniciativa privada, por sua vez, não pode esperar paralisada e passiva, sob pena de ser alijada pela acirrada concorrência imposta no mercado globalizado.

Estudiosos e aplicadores do direito concorrencial têm defendido que tal modelo gera não só custos às empresas, mas à sociedade como um todo, necessitando de urgente reforma. Nesse sentido, a doutrina de Paula A. Forgioni:

[...] o desfazimento da operação, caso não seja aprovada, gera custos sociais elevados, além de apresentar dificuldades fáticas não indiferentes; não é simples “voltar atrás” uma operação de concentração econômica, desfazendo os efeitos já produzidos no mundo fático. Por conta disso, como noticiamos no capítulo referente às autorizações, vem sendo adotada no Brasil a prática da celebração de Acordo Preventivo de Reversibilidade da Operação, mediante o qual são adotadas medidas que visariam a não consolidação dos efeitos (ou de alguns efeitos) da concentração, antes de sua apreciação pela autoridade antitruste.¹³⁰

Assim é que visando solucionar problemas estruturais existentes, o SBDC acaba gerando outros. Referimo-nos às implicações decorrentes da celebração de compromissos de desempenho e Acordos Preventivos de Reversibilidade da Operação (APRO's).

Isso porque, apesar de os APRO's serem, de certa forma, eficazes enquanto medidas de cautela na prevenção à promoção de efeitos negativos ao mercado por parte das operações, não se pode deixar de reconhecer que se tratam de medidas paliativas, não ideais.

De fato, os APRO's podem gerar certo conforto e tranquilidade aos órgãos antitrustes e aos consumidores, porém, indubitável que oneram de forma excessiva a autonomia negocial da iniciativa privada, à qual são transferidas toda a incerteza e a insegurança da operação. De certa forma, o APRO limita a autonomia decisória das empresas em questão, especialmente quando há previsão de medidas estruturais ou comportamentais.

Por outro lado, as condições de mercado e da concorrência são dinâmicas e se alteram com constância. Desta feita, empresas que estiverem vinculadas aos APRO's poderão se verem impedidas de reagirem a tais mudanças, sofrendo desvantagens comparativas em relação aos demais concorrentes.

Também, a alteração das condições de um APRO firmado, de modo a ajustá-lo novamente à realidade concreta, enfrenta obstáculos na burocracia dos órgãos estatais e, justamente por isso, requer um tempo muitas vezes ineficaz para atender as mudanças dinâmicas dos mercados.

Além disso, geralmente, as próprias medidas comportamentais ou estruturais impostas no APRO impedem que sejam atingidas eficiências econômicas que iriam

¹³⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 499-500. (destaque do autor)

influenciar positivamente o julgamento das operações, sobretudo naquelas de maior complexidade.

Uma outra dificuldade relacionada ao APRO refere-se ao fato do SBDC não dispor de estrutura e pessoal suficientes para o acompanhamento de todas as medidas impostas aos agentes econômicos que são atingidos por tal acordo, o que gera insegurança junto aos consumidores.

Aparentemente, a solução encontrada para se evitar a ocorrência de tais problemas deve ser mesmo a alteração dos dispositivos legais que regem a matéria antitruste, em especial com a obrigatoriedade das empresas apresentarem os atos corporativos à autoridade concorrencial de forma prévia, ou seja, antes da realização da operação. Todavia, as alterações não devem se limitar à determinação de obrigatoriedade de apresentação prévia da operação.

A Lei nº 8.884/1994, apesar de ser de recente criação e constituir-se em um importante e reconhecido instrumento de defesa da concorrência, não está imune às imperfeições e às críticas. Além das reformas no tocante à sujeição prévia das operações à autoridade antitruste, à alteração dos critérios de apresentação das operações, de modo a reduzir o número de atos corporativos sujeitos ao controle concorrencial, à adequada repartição de competências dos órgãos que integram o SBDC e à criação de melhores condições de aparelhamento institucional, seja em nível de pessoal ou estrutural, outras adequações se fazem necessárias.

As reformas legislativas se mostram necessárias não só para sanear as inadequações existentes, mas também para dar consistência à jurisprudência do CADE, evitando-se a inconstância de interpretações e julgamentos. Aliás, conforme já visto, as inadequações de ordem legislativa seguida da inconsistência jurisprudencial do CADE são duas elementares fundamentais na geração de insegurança jurídica em torno das relações concorrenciais.

Em verdade, a inconsistência dos julgados aumenta a incerteza nos administrados e motiva a desconfiança dos investidores estrangeiros em relação ao mercado brasileiro. Por outro lado, a consistência dos julgamentos em matéria antitruste permite não apenas que os agentes econômicos façam uma análise de risco mais precisa, mas, principalmente, impõe, de forma clara e indubitável, os limites de atuação da iniciativa privada na ordem econômica.

Nesse sentido, várias questões postas em julgamento ainda demandam por uma orientação segura por parte do CADE.

Inicialmente, pode-se citar a própria questão referente à subsunção dos atos corporativos à Lei nº 8.884/1994. Infelizmente, o CADE sequer conseguiu sedimentar entendimento preciso acerca de quais atos devem ser apresentados ao controle estrutural antitruste, ou seja, quais atos são alcançados pelo art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência. E se o próprio CADE, responsável pela aplicação das normas concorrenciais, não consegue determinar com clareza quais os atos de concentração estão sujeitos ao controle antitruste, como poderia o administrado consegui-lo?

Outra incongruência, gerada pela imprecisão terminológica do § 4º do art. 54, da Lei nº 8.884/1994 e pelas freqüentes mudanças na orientação do CADE, refere-se à determinação do momento de realização da operação de concentração.

Conforme já analisado anteriormente, buscando sanear a falta de clareza redacional da expressão “momento da realização da operação”, constante do § 4º do art. 54, da Lei nº 8.884/1994, o CADE aprovou a Resolução nº 15, afirmando que este momento seria o da celebração do “primeiro documento vinculativo”.

Além de alterar o conteúdo disposto em lei e exorbitar competências, com tal medida o CADE acabou a suscitar ainda maior insegurança quanto à determinação do momento da realização da operação sujeita ao controle concorrencial, essencial para a fixação do prazo de apresentação da mesma ao SBDC. A partir de então, o entendimento do Conselho acerca de tal questão oscilou constantemente, evidenciando toda a inconsistência jurisprudencial do órgão nesse tocante. Como reféns de tal situação, restaram os administrados, sem saber como se posicionarem diante da ausência de pacificação da divergência instaurada. Nada obstante, a questão ainda pende de solução adequada, conforme já defendido na presente pesquisa.

Problema semelhante é o que também ocorreu em relação à aplicação do critério do faturamento, para fins de sujeição da operação à autoridade antitruste. Durante anos o CADE oscilou seu entendimento quanto à abrangência do faturamento a ser considerado, para fins de subsunção da operação de concentração ao disposto no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/1994. Deveria ser considerado o faturamento global do grupo econômico em exame, ou apenas o faturamento nacional?

Tão somente em outubro de 2005, com a edição da Súmula nº 01 do Conselho, é que a divergência foi pacificada, assentando o colegiado o entendimento de que o faturamento a ser considerado para fins de aplicação da norma referida deveria ser aquele apurado em nível nacional.¹³¹

O critério da participação relativa, para fins de sujeição da operação ao controle antitruste, também não sai ileso às críticas. E isso se dá por um motivo bastante razoável.

Como se sabe, a lei antitruste impõe que devem ser apresentadas ao controle concorrencial as operações em que qualquer uma das empresas participantes detenha, pelo menos, 20% (vinte por cento) de um mercado relevante (art. 54, § 3º da Lei nº 8.884/1994).

Ora, considerando que a aferição do *market share* detido pela empresa em questão exige a prévia delimitação e definição do mercado relevante, e, ainda, considerando que a identificação do mercado relevante integra a própria análise estrutural da operação, que é realizada pelo SBDC, como é possível se exigir da empresa que a mesma conheça *ex ante* a parcela de mercado que detém e, assim, saber se a concentração é passiva de controle concorrencial ou não?

Imputar tal avaliação ao administrado é uma incongruência inadmissível, notadamente quando a própria lei antitruste impõe ser da competência dos órgãos que integram o SBDC a análise estrutural das operações que lhes são submetidas.

Durante bom tempo, tais divergências e imperfeições acabaram resultando em arbitrariedades por parte do CADE, sobretudo na aplicação de pesadas multas às empresas, devido à não apresentação das operações ou apresentação intempestiva.

Além de inaplicáveis às espécies acima descritas, as fixações dos valores das multas seguiam critérios subjetivos, discricionários e, por conta disso, eram e ainda são alvo de contestações judiciais.

Além deste custo financeiro enfrentado pelas empresas, há ainda as taxas processuais e as despesas decorrentes da geração de informações e estudos técnicos exigidos por parte do SBDC. Não há como ignorar, para toda e qualquer empresa, que tais encargos

¹³¹ Súmula nº 01 do CADE: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”.

repercutem nas finanças de forma negativa, sobretudo diante do alto volume despendido e das naturais dificuldades financeiras apresentadas no mundo atual.

Enfim, todos esses problemas encontram-se muito bem identificados e delimitados pela doutrina e pelos aplicadores do direito da concorrência.

Todavia, as soluções ainda não foram apresentadas, na grande maioria dos casos.

A identificação das imperfeições existente no sistema, longe de ser uma retórica vazia e pessimista, de caráter meramente especulativo, representa uma contribuição à melhoria do sistema.

O preciso diagnóstico da crise enfrentada pode gerar o aparecimento das soluções mais adequadas, notadamente porque o bom funcionamento do SBDC gera benefícios à economia e à sociedade, estimulando a movimentação de riquezas e os investimentos em território nacional.

Sendo assim, o que antes eram problemas, hoje se tornarão desafios a serem corrigidos e superados pela reforma da lei antitruste, adiante analisada.

4.6 A reforma da Lei de Defesa da Concorrência

Conforme observado, a atual Lei nº 8.884/1994 enfrenta diversos problemas. Por conta disso, solucionar tais questões por meio de alterações pontuais parece não representar a melhor alternativa. Urge uma reforma completa e estrutural, ao nível institucional.

Não obstante, passados mais de dez anos de vigência da Lei nº 8.884/1994, as adequações significativas ainda não se implementaram.

Na ausência de uma efetiva reforma legislativa, que venha a readequar a Lei Antitruste nacional ao novo cenário econômico, o SBDC tem adotado como estratégia fazer, por sua própria conta e risco, alterações pontuais na sistemática de controle da concorrência. E o faz utilizando-se de instrumentos não ideais, tais como Portarias e Resoluções, que, apesar de atenderem momentaneamente a situação emergencial encontrada, não perdem seu caráter paliativo.

Exemplos dessa atuação são a introdução do Procedimento Sumário para Análise de Atos de Concentração¹³² e a adoção da Instrução Conjunta de Atos de Concentração¹³³, todas reguladas por meio de Portaria Interministerial. Apesar de não terem sido levadas a efeito da maneira mais adequada e ideal, tais alterações promovidas surtiram efeito. Nesse caso, a máxima defendida por Maquiavel de que “os fins justificam os meios” prevaleceu mais uma vez.

Revisitando a estatística do SBDC, nota-se uma diminuição do tempo médio de análise dos atos de concentração submetidos ao controle concorrencial, sobretudo influenciada pelas mencionadas medidas. Senão vejamos¹³⁴:

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Operações apreciadas	584	518	526	651	202	402
Tempo médio para apreciação (dias)	85	80	83	125	75	65

Quadro 1 – Tempo médio para análise dos atos de concentração submetidos ao CADE

Os dados indicam que a cooperação e a racionalização da análise dos atos de concentração são de fato alguns dos caminhos a serem percorridos para que o controle concorrencial seja exercido em tempo econômico.

Justamente com a proposta de sanear as imperfeições existentes na atual Lei de Defesa da Concorrência, readequando-a à realidade atual, encontra-se o Projeto de Lei nº 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo, em tramitação perante o Congresso Nacional.

Conforme ressaltado em tópico anterior, os problemas enfrentados atualmente pela defesa da concorrência no Brasil, podem ser resumidos nas seguintes situações:

(a) existência de critérios inadequados e demasiadamente amplos para a determinação de quais operações devem ser submetidas ao controle concorrencial;

¹³² Instituído pela Portaria Conjunta SEAE/MF-SDE/MJ nº 001, de 18 de fevereiro de 2003.

¹³³ Instituído pela Portaria Conjunta SEAE/MF-SDE/MJ nº 33, de 04 de janeiro de 2006.

¹³⁴ Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatórios de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicacoes>>. Acesso em: 21 set. 2007.

(b) ausência de aparelhamento institucional por parte do SBDC, seja em nível de pessoal ou estrutural;

(c) falta de acúmulo de conhecimento institucional, decorrente da instabilidade do corpo técnico e do curto mandato dos Conselheiros, gerando uma alta rotatividade no quadro de pessoal do SBDC;

(d) replicação de esforços na instrução e análise dos atos de concentração, principalmente por parte da SDE e SEAE;

(e) possibilidade de apresentação *a posteriori* das operações de concentração do poder econômico;

(f) sobrecarga de trabalho por parte do CADE, que é obrigado a julgar todas as operações submetidas ao SBDC, indistintamente;

(g) inconsistência jurisprudencial do CADE;

(h) imputação de excessiva onerosidade ao administrado;

(i) priorização por parte do SBDC da análise dos atos de concentração em detrimento à repressão de condutas anticoncorrenciais e promoção da concorrência.

Atento a tais questões, o aludido projeto de lei propõe uma completa reestruturação do SBDC e alterações significativas na legislação antitruste, possibilitando solucionar as imperfeições que levaram o sistema atual ao verdadeiro estado de crise.

A primeira grande alteração proposta na reforma legislativa atinge a própria estrutura do SBDC. O projeto de lei em tramitação propõe um redesenho institucional do SBDC.

De acordo com a proposição, o SBDC passará a ser constituído apenas por dois órgãos, a saber: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Busca-se, através dessa reestruturação, racionalizar e fortalecer o SBDC, encerrando a replicação de esforços e agilizando o procedimento de análise concorrencial. Na linguagem popular, diz-se que o projeto de lei em comento elimina os “balcões” ou “guichês” da concorrência.

O novo CADE mantém o seu status de autarquia federal judicante, com jurisdição em todo o território nacional, sendo a última instância administrativa para julgar questões relativas à defesa da concorrência. Não obstante, o novo CADE passará a concentrar,

em um só órgão, todas as funções referentes à investigação, instrução e julgamento dos atos de concentração e das infrações à ordem econômica, zelando pela aplicação da lei antitruste.

Em sua novel formatação, o CADE se constituirá dos seguintes órgãos: (a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (b) Superintendência-Geral; e, (c) Departamento de Estudos Econômicos.

Basicamente, a Superintendência-Geral será responsável pela instauração e instrução de investigações relativas às infrações contra a ordem econômica, bem como da análise dos atos de concentração econômica. Relativamente ao controle estrutural da concorrência, o Superintendente-Geral poderá, inclusive, aprovar a operação de concentração que lhe é apresentada, sem sequer levá-la ao julgamento por parte do órgão colegiado. Poderá ainda, firmar acordos e impor medidas que possam conduzir à aprovação do ato analisado, bem como impugnar as operações junto ao Tribunal Administrativo, se assim entender.

Ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica compete, fundamentalmente, julgar os processos administrativos em curso perante o novo CADE, decidindo a ocorrência ou não de infrações contra a ordem econômica e a aprovação ou não dos atos de concentração econômica. O Tribunal contará com um Presidente e seis Conselheiros, com mandato de quatro anos, não coincidentes, visando a manutenção do *expertise* do colegiado.

Por fim, o CADE ainda será integrado por um Departamento de Estudos Econômicos, ao qual incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, que servirão à instrução dos feitos em tramitação perante o Conselho.

Formando a base de sustentação do SBDC, juntamente com o CADE, encontra-se a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). O aludido órgão, conforme já visto, permanecerá destacado do CADE e vinculado ao Ministério da Fazenda. Sua principal atribuição, nos moldes do projeto de lei, será a promoção da concorrência, analisando normas setoriais e medidas tomadas por outros órgãos que integram o governo, de forma a evitar distorções no ambiente concorrencial. Segundo a proposta, a SEAE terá sensível atuação nos mercados objetos de regulação, inclusive opinando por meio de pareceres junto aos processos que estiverem em curso junto às agências reguladoras. Perderá, contudo, a obrigatoriedade de investigação das infrações contra a ordem econômica e de elaboração de pareceres técnicos na avaliação dos atos de concentração econômica.

A problemática envolvendo o tempo de análise dos atos de concentração também é atacada através de várias outras modificações propostas no Projeto de Lei nº 5.877/2005.

Além das mencionadas alterações estruturais, que visam eliminar a replicação de esforços no SBDC, racionalizando as análises efetuadas pelos órgãos concorrenciais, a proposta legislativa inova no ordenamento jurídico brasileiro instituindo o controle estrutural prévio.

Ou seja, caso o projeto em tramitação perante o Congresso Nacional se confirme em Lei, ingressando de fato no ordenamento jurídico brasileiro, todas as operações de acúmulo do poder econômico e de relevância concorrencial deverão ser submetidas à autoridade antitruste antes mesmo de sua realização, ou seja, *a priori*.

Dessa forma, os atos corporativos só poderão ser considerados realizados após findo o processo de análise concorrencial, o que vai estimular as próprias empresas envolvidas a examinarem os riscos à concorrência resultantes da operação.

Para que esse controle prévio seja exercido em “tempo econômico” e não prejudique em demasia as partes envolvidas, o projeto ainda prevê prazos restritos em todas as etapas de análise que, se descumpridos, levam automaticamente à aprovação. Além disso, conforme já assinalado, o projeto ainda possibilita a aprovação sumária do ato de concentração, através de decisão do Superintendente-geral, bem como a realização de acordos pontuais para “salvar” e possibilitar sua aprovação.

A maior vantagem de se instituir o controle prévio dos atos de concentração é, sem dúvida alguma, a promoção de maior segurança jurídica aos administrados. No caso específico, elimina-se um dos maiores focos de divergência e imprecisão legislativa, qual seja a atual discussão acerca do momento da realização da operação, além de se evitar as repercussões negativas das atuais decisões de desaprovação impostas pelo CADE, notadamente diante da dificuldade de restabelecimento do *status quo ante*.

Também contribui à celeridade na análise dos atos de concentração econômica e ao “desafogamento” do SBDC, sobretudo com a instituição de critérios mais restritivos à apresentação das operações sujeitas ao controle. Ou seja, o projeto saneia a problemática envolvendo a existência de critérios demasiadamente amplos para a submissão dos atos de concentração ao SBDC.

Obviamente, com um menor número de processos em julgamento, a análise tende a ser efetuada de forma mais célere e eficiente.

Segundo o projeto de lei em tramitação, fica extinto o critério da participação relativa, para fins de apresentação da operação. Na sistemática proposta, apenas o critério do faturamento é mantido, porém, alterado de forma significativa. Senão vejamos o que reza o art. 89 da proposição, *in verbis*:

Art. 89. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais); e

II - pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores de cento e cinquenta milhões de reais e trinta milhões de reais mencionados nos incisos I e II do caput poderão ser aumentados, simultânea ou independentemente, em até duzentos por cento, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

Como se vê, o projeto elimina com a discussão da extensão do faturamento a ser considerado na operação, deixando incontestado que se restringirá àquele percebido em território nacional. Ademais, a exigência cumulativa de patamares de faturamento a ambas as empresas envolvidas na operação se presta também como um “gargalo” para a restrição dos atos que devem ser submetidos ao controle estrutural.

Acredita-se que a introdução desses novos critérios de subsunção das operações à obrigatoriedade de controle concorrencial deve reduzir em cerca de 30% (trinta por cento) o número de casos apresentados ao SBDC.

A manutenção de conhecimento institucional e a consistência da jurisprudência do SBDC são também estimuladas no discutido projeto de lei.

O mandato dos Conselheiros, atualmente de dois anos (com direito a uma recondução), passa a ser de quatro anos na proposta, sem possibilidade de recondução no período subsequente.

O projeto de lei prevê ainda a criação de plano de carreira aos funcionários do SBDC, garantindo maior estabilidade aos mesmos, além do fortalecimento institucional, mediante a criação de 200 (duzentos) cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental e reforço dos cargos comissionados.

Enfim, essas seriam, em apertada síntese, as principais alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 5.877/2005, que buscam reestruturar por completo o SBDC.

As modificações apresentadas são resultantes de um longo e intenso processo de discussão estabelecido não só entre os órgãos de governo diretamente envolvidos, mas também entre doutrinadores, advogados, economistas e representantes da iniciativa privada. As alterações encaminhadas no aludido projeto de lei refletem as melhores práticas adotadas internacionalmente e buscam alçar a legislação concorrencial brasileira ao mesmo patamar das jurisdições com maior tradição na defesa da concorrência.

Em que pese a relevância da matéria discutida e dos interesses envolvidos, é forçoso constatar que o Poder Público não tem se investido do empenho necessário para solucionar o atual estado de crise em que se encontra o sistema nacional de defesa da concorrência. Apenas para se ilustrar tal assertiva, é de se observar que o projeto de lei que visa reestruturar o SBDC manteve-se por longos anos “engavetado” e, atualmente, encontra-se caminhando a passos vagarosos, obstaculizado pela burocracia estatal e pelos diversos interesses políticos em questão.

Sem a pressão popular, o projeto deve permanecer como está: caminhando a passos lentos. E este é justamente o maior desafio: como mobilizar a sociedade civil pela defesa de algo que ela sequer conhece adequadamente?

CAPÍTULO 5 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ALÉM-FRONTEIRAS

Conforme já ressaltado na presente pesquisa, o Direito é uma realidade complexa. Ao mesmo tempo em que age para modificar a própria realidade, o Direito é transformado por esta última, numa relação quase que simbiótica.

Desta feita, a diversidade de realidades que permeiam cada um dos direitos afeta diretamente os ordenamentos jurídicos, tornando-os singulares. Justamente por isso, cada sistema jurídico se investe de regras e princípios próprios, que estão diretamente vinculados às realidades histórica, econômica e social vividas. Sofre, portanto, influências do tempo e do meio.

A Lei Antitruste, inserida no mundo dos direitos, não se isenta desse contágio ideológico. Ela atenderá, em um dado sistema jurídico e momento histórico, objetivos e funções diversas daquelas atendidas em outros sistemas, em outro momento histórico.

Essa, aliás, é a doutrina de Fábio Nusdeo:

A tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com a qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos¹³⁵.

Levando-se em conta os ensinamentos invocados, chega-se à conclusão de que a importação no Brasil de modelos de defesa da concorrência adotados com sucesso em países estrangeiros é medida inviável, posto que não obedece e nem atende as particularidades do sistema jurídico brasileiro.

Nada obstante, apesar de inviável a adoção pura e simples de tais modelos, é certo que a experiência alienígena tem muito a oferecer para o aperfeiçoamento das práticas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro. E nesse caso, a tradição e sedimentação da cultura da defesa da concorrência contam e muito.

¹³⁵ NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 121.

Não por outra razão, os sistemas de defesa da concorrência adotados pelos Estados Unidos da América, principalmente, e pela União Europeia são tidos como paradigmáticos. A longa experiência na lida com as questões concorrenciais e a disseminação do ideal e da importância de se defender a concorrência habilitam tais modelos à condição de referência internacional em matéria antitruste.

Justifica-se, assim, realizar alguns apontamentos acerca dos aspectos gerais dos sistemas de defesa da concorrência referidos, com especial enfoque no controle dos atos de concentração.

5.1 Estados Unidos da América: em busca da eficiência econômica

Analisar os aspectos fundamentais da defesa da concorrência nos Estados Unidos da América, em especial da sistemática de controle dos atos de concentração, parece ser mais do que uma escolha adequada, uma verdadeira necessidade, não só pelo pioneirismo norte-americano, mas também pela influência da sua legislação antitruste junto aos demais países do globo.

Todas as legislações antitrustes atualmente conhecidas sofreram, e ainda sofrem, em diferentes medidas, influências do direito norte-americano. A larga experiência na matéria, aliada ao pioneirismo e solidez dos fundamentos de aplicação da legislação concorrencial erigiram os Estados Unidos da América à condição de referência mundial em sede de antitruste.

Culturalmente, mais do que defender a livre-iniciativa e a livre-concorrência, os norte-americanos possuem verdadeira aversão aos monopólios. Tal característica se relaciona aos antecedentes históricos da colonização da América do Norte.

Já em sua colonização, os Estados Unidos da América demonstraram ser dotados de certas peculiaridades, que culminaram no surgimento de um cenário adequado à instigação desse sentimento de repulsa aos monopólios. Assim é que as atividades econômicas se caracterizavam pela diversificação de produção e pelo comércio local, desempenhadas por pequenas empresas localizadas em comunidades isoladas. Tratava-se, portanto, de um mercado altamente atomizado.

Tais características trouxeram aos colonizadores o ânimo de se fixarem em solo norte-americano não apenas vislumbrando o rápido enriquecimento e mero extrativismo dos produtos existentes, mas principalmente motivados pelas convicções religiosas e políticas que a “nova terra” possibilitava. Não se aventava, pois, a exploração momentânea, finda a qual os colonizadores retornariam aos seus países de origem; fato este que impulsionou o desenvolvimento de um mercado interno.

Portanto, já em seu período colonial, o território norte-americano era reconhecido como uma terra de oportunidades, de igualdades e de livre manifestação e iniciativa por parte de seus habitantes.

Por sua vez, os monopólios tornaram-se ameaças a esse cenário de prosperidade e sinônimos de poder injustificado, de obstáculo à igualdade de oportunidades e de inaceitáveis privilégios¹³⁶.

Na contra-mão desse sentimento histórico, o governo norte-americano do século XIX, ao invés de manter-se distante do processo de desenvolvimento econômico, incentivou-o através da formação de estruturas em forma de oligopólios e monopólios, concedendo inúmeros benefícios aos agentes econômicos.

Temendo os privilégios concedidos às grandes empresas pelo governo e instigada pelo sentimento de repúdio aos monopólios, a opinião pública reagiu. Os consumidores, apreensivos pelo provável aumento de preços dos produtos, além dos pequenos e médios industriais, impossibilitados de se manterem em concorrência com as grandes indústrias, passaram a exercer enorme pressão junto ao poder político do Estado, que acabou cedendo.

Assim é que, em 1890, foi editado o primeiro diploma normativo norte-americano em matéria de antitruste: a Lei Sherman (*Sherman Act*).

A Lei Sherman, portanto, surge num contexto de proteção ao pequeno e médio empresário em face da atuação eficiente das grandes estruturas econômicas (*trusts*) e teve por objetivo a limitação do poder de mercado e a defesa da livre concorrência

¹³⁶ Essa definição pejorativa se disseminou por todo o mundo e encontra-se sedimentada no inconsciente da população até os dias atuais. Inegavelmente, quando se fala em monopólios, faz-se uma associação direta a algo não desejável, tais como restrições ao comércio, abusos de preços e prejuízos aos consumidores. Na prática, contudo, nem sempre os monopólios devem ser condenados, haja vista que podem representar, em muitos dos casos, uma posição obtida por conta da maior eficiência do agente econômico (inovação tecnológica, melhor qualidade, etc.), fato que, sob o ponto de vista antitruste, é legítimo.

considerada como valor essencial para a promoção do bem-estar da sociedade norte-americana.

Com efeito, a Lei Sherman tornou público o repúdio aos *trusts*, assim considerados os arranjos e combinações restritivos ao comércio que prejudicavam a livre concorrência. Em seu conteúdo, não formulou proposta clara e sistematizada de política antitruste; apenas apresentou texto lacunoso e genérico para repressão às práticas restritivas à concorrência.

Na Seção 1, o *Sherman Act* declara serem ilegais e proibidos todos os contratos, combinações e conluíus, independentemente da forma em que se apresentem, restritivos ao comércio entre estados ou com nações estrangeiras¹³⁷. A Lei Sherman também condena a monopolização ou tentativa de monopolização, combinação ou conspiração com outrem para a monopolização de qualquer parcela do comércio entre os estados ou com nações estrangeiras¹³⁸.

Todavia, desde sua promulgação, a aplicabilidade da Lei Sherman foi alvo de críticas ante a rigidez de suas regras, pelas lacunas presentes no seu texto e pelo tratamento genérico que oferece às questões concorrenciais, promovendo insegurança aos agentes econômicos.

A adoção de uma sistemática de punição dos ilícitos *per se*, com regras excessivamente rígidas, acabou por trazer pouca efetividade à Lei Sherman, especialmente nas suas duas primeiras décadas de vigência. Aliados a tal fato, encontram-se os equívocos de interpretação incorridos por parte das Cortes federais norte-americanas, que, inadequadamente, buscavam a exegese do *Sherman Act* de acordo com a *common law* desenvolvida antes de sua criação, muito mais tolerante quanto à classificação das práticas consideradas ilegais.

Ainda no tocante aos problemas envolvendo o modelo da *common law*, é de se ressaltar que nos países que lhes são adeptos, como é o caso dos Estados Unidos da América, a presença de um texto legal com conteúdo por demais genérico resulta na conferência de poderes excessivamente amplos aos juízes e tribunais, que poderiam modificar

¹³⁷ No original: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

¹³⁸ No original: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

o sentido e alcance da lei através de simples interpretação, segundo suas próprias conveniências.

Os problemas envolvendo a aplicabilidade e efetividade da Lei Sherman, que, na visão da opinião pública norte-americana, não conseguia coibir adequadamente as concentrações econômicas danosas à concorrência, fizeram surgir uma nova pressão popular por reformas legislativas. De fato, a vagueza da Lei Sherman contribuiu para a incerteza no tocante ao seu alcance e mesmo à natureza das práticas por ela proibidas, permitindo a continuidade da proliferação dos *trusts*¹³⁹.

Sinalizando as mudanças na legislação concorrencial, as Cortes norte-americanas passam a modificar a interpretação do *Sherman Act* pela adoção da “regra da razão”, que abranda a rigidez do texto legal. Dessa forma, relativizou-se a proibição *per se*, de modo que apenas os contratos e acordos que promovessem **desarrazoada e injustificada** restrição ao comércio deveriam ser considerados ilegais. Em decorrência, conferiu-se às Cortes a responsabilidade de caracterização de um ato como ilícito ou não, segundo o exame do caso concreto.

Conforme já analisado na presente pesquisa, a regra da razão também possibilitou a flexibilização legislativa de modo a adequar a lei aos objetivos perseguidos pela política antitruste, sem que para isso fosse necessária uma reforma da legislação.

O resultado de aplicação da regra da razão, contudo, foi o fortalecimento da já acentuada onda de concentrações, notadamente no início do século XX, sobretudo na forma de *trusts*. Os setores de metalurgia, petrolífero e açucareiro foram os mais sensivelmente afetados por tal tendência.

Portanto, a solução encontrada para impor a exigida efetividade da lei antitruste foi a edição de uma nova lei, capaz de detalhar em melhores condições as práticas consideradas ilegais e atender os anseios da população. Eis então que, em 1914, é promulgado o *Clayton Act*.

¹³⁹ Interessante é a observação dos doutrinadores Phillip Areeda e Louis Kaplow. Na visão destes, a vagueza do *Sherman Act* reflete justamente as correntes ideológicas opostas presentes na esfera política, caracterizadas pela incontornável discussão acerca do papel do Estado na atividade econômica: enquanto alguns defendem a ampla liberdade ao administrado na condução dessa atividade a partir do conceito de eficiência, outros defendem uma intervenção mais incisiva por parte do Estado, justificada na consideração de valores múltiplos, tais como a proteção dos consumidores e pequenos empresários, desenvolvimento da economia, etc. (KAPLOW, Louis; AREEDA, Phillip. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4th ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 6.).

O *Clayton Act* buscou colmatar as lacunas até então existentes na legislação antitruste norte-americana, regulamentando, dentre outras coisas, o controle de concentrações econômicas previsto no *Sherman Act*.

Dessa forma, o *Clayton Act* sedimentou a aplicação da regra da razão, estabelecendo que as práticas nele elencadas só poderiam ser consideradas ilegais, caso tivessem por efeito uma redução substancial da concorrência, ou tendessem à criação de um monopólio em qualquer esfera do mercado¹⁴⁰. Obviamente que tal regramento se aplicava aos atos de concentração econômica.

Também em 1914 foi criado o *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), órgão administrativo independente, responsável pela aplicação das leis concorrenciais. O FTC, como é conhecido, atua em conjunto com a *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) - (Divisão Antitruste do Departamento de Justiça), com a principal missão de investigar práticas anticoncorrenciais descritas na lei antitruste, inclusive os atos de concentração, bem como iniciar ações judiciais para obter a determinação de sua cessação e aplicação de eventuais penalidades.

Não obstante, em que pese os esforços empreendidos com a edição das primeiras leis em matéria concorrencial e criação da agência governamental com competência para aplicação dos dispositivos nelas constantes, a preocupação da população e do pequeno e médio empresariado em relação aos *trusts* não cessou.

Mais uma vez, em 1950, foi editada uma nova norma: o *Cellar-Kefauver Act*. Dentre as alterações mais significativas, o *Cellar-Kefauver Act* incluiu a hipótese de aquisição de ativos dentre as aquisições proibidas pelo *Clayton Act* e, mediante subtração de trecho desta última lei, alargou o controle estrutural da concorrência, e modo a albergar as hipóteses de concentrações verticais e conglomerados.

Formalizada, portanto, está a base de sustentação e o fundamento do direito concorrencial norte-americano, consubstanciada nos três diplomas legais analisados, vale dizer o *Sherman Act*, o *Clayton Act* e o *Cellar-Kefauver Act*. Atualmente, todas as relações envolvendo questões de interesse concorrencial passam, obrigatoriamente, pelo exame de um destes diplomas legais.

¹⁴⁰ Na redação original do dispositivo legal: “*That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce.*”

Avançando ao exame das características gerais do controle dos atos de concentração exercido nos Estados Unidos da América, observa-se que este é dotado de várias particularidades.

Basicamente, o controle das operações de concentração do poder econômico é efetuado de forma prévia, ou seja, antes da realização do ato corporativo. Portanto, as operações atingidas pela Seção 7 do *Clayton Act*, com as emendas constantes do *Cellar-Kefauver Act* devem ser apresentadas à *Federal Trade Commission* (FTC) e também à *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ), que farão, por sua própria conta, a divisão de tarefas na análise antitruste.

Dentre as operações sujeitas ao controle estrutural do FTC e do DOJ encontram-se aquelas nas quais uma empresa envolvida detenha vendas líquidas ou ativos superiores a US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares) ou mais e uma outra empresa envolvida também detenha vendas líquidas ou ativos, contudo, em valor de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) ou mais, e, ainda, que a operação resulte na transferência de 15% (quinze por cento) ou mais de ações com direito a voto ou de ativos, no montante mínimo de US\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de dólares).

O sistema antitruste norte-americano é, basicamente, judicial, na medida em que o FTC e o DOJ são competentes para investigar as práticas anticoncorrenciais, negociar com as partes envolvidas e representar judicialmente, porém, não o são para impor a cessação da prática ou da operação e, muito menos, para imposição de penalidades. Tal tarefa compete ao Poder Judiciário, que também formula as diretrizes da política antitruste no país.

Os órgãos governamentais de defesa da concorrência (FTC e DOJ), portanto, não possuem o condão de aprovar ou reprovar qualquer operação. A estes cabe apenas iniciar representação judicial para impedir a realização da operação, se entendê-la inviável, ou, então, fazer publicar no diário oficial federal que não pretendem iniciar ação alguma, caso a julguem legal.

Com o fito de orientar a atuação dos agentes econômicos e oferecer-lhes maior segurança jurídica, as agências antitrustes governamentais publicam, de tempos em tempos, as chamadas *Mergers Guidelines*, que nada mais são do que manuais, sem conteúdo normativo, destinados a esclarecer a interpretação das normas antitrustes.

As *Mergers Guidelines*, em última análise, indicam a política antitruste adotada pelo governo e expressam, sobretudo, as teorias econômicas dominantes na análise

concorrencial. A propósito, é de se ressaltar que o controle dos atos de concentração nos Estados Unidos da América é pautado eminentemente em análises econômicas, e não em regras ou princípios jurídicos, razão pela qual assumem força as teorias econômicas relativas ao antitruste.

Desde o final da década de setenta e início da década de oitenta, os postulados teóricos dos doutrinadores de Chicago assumiram condição de destaque no cenário antitruste norte-americano, sobretudo no governo do presidente Ronald Reagan. Passaram, pois, a orientar a interpretação das leis antitrustes e as análises concorrenciais. Até os dias atuais, prevalecem na sistemática antitruste norte-americana os postulados teóricos da *Chicago School*, que influenciam diretamente o controle dos atos de concentração. Pode-se afirmar que a orientação seguida atualmente pelas Cortes federais, pelo FTC e pelo DOJ é diametralmente oposta à hostilidade predominante em relação aos *trusts* no início dos anos setenta.

Com efeito, seguindo as teorias econômicas da Escola de Chicago, a defesa da concorrência norte-americana tornou-se, praticamente, sinônimo de defesa da eficiência econômica. Neste diapasão, raramente as agências e o Judiciário se voltam contra integrações verticais, operações de conglomerados e concentrações horizontais. Mesmo em relação às práticas anteriormente consideradas como ilícitas *per se*, os tribunais norte-americanos têm sido bastante lenientes.

Em decorrência, sob o fundamento de priorização da eficiência, a política antitruste norte-americana enfatiza o desenvolvimento tecnológico e o ganho de competitividade externa, permitindo o crescimento dos agentes no mercado. Na prática, o que se tem observado é que, mesmo nos casos em que a concentração do poder econômico pode ser prejudicial ao mercado, a regra da razão tem sido aplicada de forma bastante elástica, possibilitando a aprovação de megafusões.

A crença na auto-regulação dos mercados, um dos postulados básicos da corrente doutrinária da Escola de Chicago, tem elevado a promoção das eficiências econômicas como objetivo quase que exclusivo da atuação da legislação antitruste nos Estados Unidos da América.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se resumir o modelo de defesa da concorrência norte-americano em quatro características fundamentais.

A primeira delas trata da própria noção de concorrência enraizada na cultura norte-americana. Na sistemática dos Estados Unidos da América, a concorrência é um fim em si mesma, essencial para o bem-estar da sociedade e vértice do sistema capitalista implantado no país. Portanto, a concorrência é tão fundamental para a ordem econômica como a democracia o é para a ordem política.

Dessa concepção de concorrência decorre outra característica bastante marcante do direito antitruste norte-americano, qual seja a previsão de ilicitude *per se*. A rigidez dos dispositivos legais estadunidenses faz com que determinadas práticas, previamente elencadas na legislação antitruste, sejam tidas como ilegais, independentemente de quaisquer justificativas e dos efeitos produzidos. Ou seja, determinadas práticas são taxadas de anticoncorrenciais por sua própria natureza, sem que se analisem os eventuais efeitos líquidos positivos resultantes das mesmas.

Uma terceira característica diz respeito ao fato de o direito norte-americano ser o único a prever a possibilidade de propositura de ações privadas em matéria antitruste. Na ótica da doutrina dos demais países do globo, tal faculdade representa uma indevida possibilidade de ingerência do particular em assuntos que pertencem à política nacional, capaz, inclusive, de promover conflitos de natureza transnacional.

Por último, uma quarta característica do direito antitruste norte-americano relata a contumaz aplicação extraterritorial de sua legislação concorrencial, muitas das vezes em conflito com legislações de outros países. Tal problemática, contudo, será objeto de tópico exclusivo.

5.2 União Européia: a concepção instrumental da concorrência

Ao contrário dos Estados Unidos da América, os países europeus, em geral, não possuem longa tradição no que tange ao direito antitruste. Até o ano de 1927, apenas Alemanha e Noruega possuíam legislação específica voltada à defesa da concorrência.

Não obstante, justifica-se o estudo da sistemática de defesa da concorrência adotada pelos europeus, na medida em que apresenta uma concepção da concorrência bastante diferenciada daquela concebida pelos norte-americanos, chegando até mesmo a ser conflitante em determinados aspectos.

Nesse particular, ao se analisar o fenômeno antitruste europeu, observa-se, mais uma vez, a fundamental importância e influência do elemento histórico na determinação do modo como a concorrência é concebida, bem como da forma como é sustentada. Em se tratando da União Européia, fruto da associação econômica operada entre a maioria das potências existentes no continente e obtida ao decorrer de décadas, o ideal de integração ganha merecido destaque.

De fato, a União Européia encontra sua base de sustentação no Tratado de Roma, de 1957, que, por sua vez, corporifica todo o movimento de reconstrução dos países da Europa Ocidental após a devastação promovida pela Segunda Guerra Mundial. Ou seja, o movimento de integração europeu tem como “pano de fundo” a necessidade de se reerguer e modernizar a economia dos países afetados pela guerra, sobretudo aqueles que tiveram seus parques industriais destruídos durante os combates travados.

E foi justamente o sentimento integracionista que formatou a idéia de instrumentalidade na defesa da concorrência européia. Assim, na Europa, a concorrência assumiu um caráter absolutamente pragmático, consubstanciado na sua subordinação a outros interesses e objetivos eleitos pelo Tratado de Roma, de ordem econômica, social e política.

O desenvolvimento econômico europeu foi alavancado, dentre outros fatores, pela promoção da concorrência, através da qual foram reprimidas as práticas anticoncorrenciais, foram harmonizados os mercados nacionais, além de estimuladas a eficiência e competitividade entre os agentes econômicos.

Se é verdade que os elementos ideológicos e históricos determinam os objetivos perseguidos pelo direito antitruste em determinado ordenamento jurídico, não é exagero se asseverar que na União Européia a defesa da concorrência amoldou-se pela função da integração, no atendimento das finalidades da Comunidade. Por essa mesma razão é que se ressalta o caráter nitidamente instrumental do antitruste europeu.

Portanto, a concorrência na Europa não é entendida como um fim em si mesma, mas sim como um valor não absoluto, que pode ser sacrificado em prol de um bem maior, desde que assim considerado pelo Tratado de Roma e demais normas que instruem o ordenamento jurídico da União Européia. Trata-se, pois, de claro exemplo de modelo de concorrência-meio.

Tal concepção encontra fundamento no pensamento ordo-liberal da Escola de Freiburg, que se contrapõe ao liberalismo neoclássico da Escola de Chicago, de ampla

aplicação no direito antitruste norte-americano. O pensamento ordo-liberal, conforme já visto na presente pesquisa, defende a garantia de competição nos mercados, não necessariamente a concorrência efetiva, bastando a concorrência potencial, encontrando na possibilidade de escolhas, em si considerada, o maior objetivo de aplicação da legislação concorrencial¹⁴¹.

Em decorrência, a teoria da ilicitude *per se*, que, conforme já visto, é utilizada pelos norte-americanos, também não se aplica no regramento antitruste da União Européia. A estreita interligação entre o sistema de proteção à concorrência e os objetivos de política industrial e econômica da Comunidade não se coadunam com a caracterização da ilicitude de determinada conduta ou operação, independentemente dos efeitos líquidos decorrentes.

Basicamente, as normas comunitárias de direito antitruste estão disciplinadas no Tratado de Roma e em regulamentos esparsos emitidos pelo Conselho Europeu ou pela Comissão. Ao contrário dos Estados Unidos da América, o sistema de proteção à concorrência na Europa é eminentemente administrativo, o que, contudo, não retira das decisões judiciais o fundamental papel de orientação da atuação dos agentes econômicos junto aos mercados.

Dentre os dispositivos legais mais relevantes em matéria antitruste, constantes do Tratado de Roma, encontram-se os artigos 81 e 82.

De acordo com o artigo 81, são proibidos, por incompatibilidade com os objetivos de integração, “todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”.

Não se aplicam as disposições constantes da norma supra descrita aos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que, cumulativamente: (a) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que seja distribuída aos consumidores, de forma equitativa, uma parte dos efeitos líquidos positivos resultantes da operação; (b) não imponham quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução dos objetivos visados pela operação; e, (c) não restrinjam a concorrência em parte substancial do mercado.

O artigo 82, por sua vez, trata da repressão ao abuso da posição dominante, na medida em que este implica numa restrição ao comércio entre os Estados integrantes da

¹⁴¹ Para maiores esclarecimentos sobre a teoria econômica ordo-liberal, vide Capítulo 3.

União Européia. A norma, contudo, não define o que vem a ser posição dominante e, também, não traça qualquer parâmetro objetivo para sua caracterização, deixando a cargo da jurisprudência tal mister.

Interessante observar que as disposições legais, ora referidas, se aplicam apenas quando as operações promoverem restrições ao comércio entre os Estados-Membros. Ou seja, as normas concorrenciais constantes do Tratado só têm aplicação nos assuntos de interesse da Comunidade, notadamente quando houver prejuízos ou efeitos transfronteiriços. Do contrário, as práticas deverão ser reguladas pelos ordenamentos nacionais dos países envolvidos.

Também é relevante notar que o Tratado de Roma não possui normas específicas para regular o controle dos atos de concentração econômica.

Apesar da jurisprudência dos Tribunais Europeus admitir a aplicabilidade dos dispositivos constantes nos artigos 81 e 82 do Tratado a determinadas espécies de concentração, certo é que não se tratam de instrumentos normativos adequados para tanto.

Com efeito, foi somente em 1989 que o Conselho editou o Regulamento 4.064, com o intuito de suprir tal lacuna. Este foi certamente o primeiro diploma normativo com regras próprias para o exercício do controle das concentrações econômicas junto a então Comunidade Econômica Européia.

Na atualidade, no entanto, o controle das concentrações é disciplinado pelo Regulamento 139/2004, que define sua aplicabilidade às operações de concentração econômica de dimensão comunitária.

O próprio Regulamento, por seu turno, define como regra geral que uma operação de concentração econômica é considerada de dimensão comunitária quando, cumulativamente: (a) o faturamento total das atividades mundiais das empresas envolvidas for superior a 5 bilhões de euros; (b) o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas envolvidas for superior a 250 milhões de euros; e, (c) cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu faturamento total na Comunidade num único Estado-Membro¹⁴².

¹⁴² Há ainda outros critérios definidores das operações que devem ser submetidas ao controle estrutural. Pela impossibilidade de se realizar uma abordagem mais extensa e completa, o que implicaria na elaboração de um novo trabalho e, sobretudo, por escapar ao objeto imediato da presente pesquisa, optou este autor pela descrição apenas do critério geral de obrigatoriedade de notificação das operações de concentrações econômicas. Para o exame das exceções, vide o texto completo do Regulamento nº 139/2004, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:PT:HTML>>. Acesso em 25 set. 2007.

Uma vez subsumida determinada operação a tais critérios, a mesma fica sujeita à exclusiva disciplina das normas comunitárias, independentemente do que dispuser a legislação nacional do respectivo Estado-Membro.

A regra geral adotada pelo sistema antitruste europeu determina que as concentrações de dimensão comunitária devem ser notificadas à Comissão previamente à sua realização e após conclusão do acordo, da oferta pública de aquisição ou de troca ou aquisição de uma participação de controle. Há ainda a possibilidade de notificar a operação antes da conclusão de um acordo vinculativo, situação na qual as partes ficam desincumbidas da obrigação de notificar a operação no prazo de uma semana após a conclusão do acordo.

Basicamente, a aplicação das regras de caráter antitruste da União Européia fica a cargo de três órgãos, a saber: o Conselho Europeu, a Comissão e o Tribunal Europeu.

O primeiro deles (Conselho Europeu) é o órgão legislativo comunitário por excelência e, como tal, responsável pela condução da política econômica da Comunidade, através da elaboração de regras, diretrizes e regulamentos em matéria antitruste.

Já a Comissão é o órgão executivo incumbido de zelar pela implementação do direito antitruste na Comunidade, podendo adotar medidas contra violações promovidas pelos Estados-Membros ou particulares, inclusive imposição de multas, apreciar notificações, propor elaboração de normas ao Conselho, emitir regulamentos e diretivas por delegação do Conselho, responder consultas formuladas, conceder isenções, etc.

O Tribunal Europeu, por fim, desempenha função jurisdicional e tem como principais atribuições o julgamento de recursos interpostos pelos Estados-Membros em face de decisões da Comissão e a análise de questões formuladas pelas Cortes Nacionais quando prejudiciais às decisões de suas competências.

Traçado o panorama geral do sistema de defesa da concorrência praticado pela União Européia, é possível defini-lo como um instrumento de consecução de diversas políticas públicas, eleitas segundo os interesses da Comunidade, que, por sua vez, refletem os objetivos dos Estados-Membros.

Algumas particularidades apresentadas pelo modelo europeu de defesa da concorrência reforçam tal conclusão e o tornam ainda mais interessante à análise.

A primeira particularidade digna de nota faz referência à exclusão à incidência da legislação antitruste sobre uma prática caracterizada como anticoncorrencial

através do chamado “sistema de isenções em bloco”. Por meio de instrumentos normativos expedidos pela Comissão, determinadas categorias de operações são afastadas da incidência do controle concorrencial, seguindo interesses da Comunidade.

Em suma, a “leniência” apresentada pelos norte-americanos mediante a invocação do argumento de primazia da eficiência econômica, também ocorre com o sistema europeu por meio das isenções em bloco, guardadas, é claro, as devidas diferenças. Numa ou noutra legislação, contudo, a medida não deixa de se apresentar como um protecionismo travestido.

Outra peculiaridade digna de destaque no modelo europeu trata do controle das atividades dos Estados-Membros. Em verdade, tal controle mostra-se como verdadeira exigência e pressuposto ao bom desempenho do processo de integração.

Nesse sentido, a regulação sobre as atividades de empresas públicas e sobre os estímulos concedidos pelos Estados às empresas neles estabelecidas é de rigor, na medida em que podem impedir criação de vantagens indevidas a determinadas empresas em detrimento dos demais concorrentes. Por exemplo, uma empresa situada em território francês e que recebe estímulos estatais do próprio governo terá melhores e maiores condições de enfrentar a concorrência com empresas situadas em outros Estados-Membros e que não recebem os mesmos benefícios. Isso implicaria numa inegável distorção da concorrência dentro da própria Comunidade, consubstanciada na colocação de empresas nacionais em posição artificialmente vantajosa em comparação aos demais concorrentes dos outros países.

Outra função importante da atividade de controle das atividades dos Estados-Membros trata do impedimento de criação de leis nacionais de bloqueio à incidência da legislação concorrencial comunitária. De fato, sem tal controle os Estados-Membros poderiam editar normas no âmbito nacional que tornariam inócua ou conflitariam com a aplicação da legislação comunitária, como, por exemplo, leis de controle de preços, regras abusivas para acesso ao mercado nacional por parte de empresas situadas em outros países, etc..

Em suma, o direito antitruste comunitário aplicado pela União Européia tutela uma concorrência praticável, possuindo uma legislação intencionalmente caracterizada pela subjetividade de suas regras e pela relatividade de suas sanções, que remete, obrigatoriamente, ao exame individualizado de cada caso para se determinar a incidência ou

não das normas concorrenciais. Nada mais adequado para a proteção de interesses diversos e execução das políticas públicas da União Européia.

5.3 A aplicação extraterritorial da lei antitruste e os conflitos decorrentes

Nos últimos anos, a questão acerca da aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência tem sido alvo de intensos debates entre os doutrinadores e aplicadores do direito antitruste, além de objeto de preocupação por parte da comunidade internacional. Deveras, muitos e nocivos podem ser os efeitos decorrentes de tal prática.

Conforme já afirmado, com o fenômeno da globalização, o mundo tornou-se um verdadeiro mercado global, no qual as empresas restaram obrigadas a estabelecerem alianças entre si, das mais variadas formas, o que lhes possibilitou uma atuação também global.

Com efeito, a atuação de boa parte dessas empresas transnacionais e multinacionais no cenário internacional passou a provocar efeitos danosos aos mercados nacionais e, por conseguinte, à economia mundial como um todo.

Fala-se do aparecimento de tendências de obtenção de posição monopolista no mercado mundial, através das concentrações econômicas, o abuso da posição dominante, além das mais diversas práticas anticoncorrenciais, tais como os cartéis internacionais, a prática de preços predatórios, as restrições verticais colusórias e todos os acordos com o propósito de ilidirem a concorrência nos mercados.

Na ausência de mecanismos adequados para o enfrentamento e combate dessas novas práticas e tendências que se apresentavam no mercado, os Estados, visando resguardar seus mercados e suas economias, passaram a invocar os seus próprios modelos de controle e defesa da concorrência. Eis então que se acentua a política de aplicação extraterritorial das leis antitrustes nacionais, sobretudo nos Estados Unidos da América¹⁴³.

A aplicação extraterritorial tem íntima ligação com a já mencionada teoria dos efeitos e, basicamente, consiste na afirmação de que o Estado é capaz de aplicar a

¹⁴³ Para um estudo aprofundado acerca da jurisdição extraterritorial no direito da concorrência, cf. LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **A jurisdição extraterritorial no direito da concorrência e a ordem internacional contemporânea**. 2004. 582 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

legislação interna às pessoas (físicas ou jurídicas) estrangeiras, bem como a fatos ocorridos no exterior, desde que produzam efeitos dentro do território nacional. Ou seja, o Estado aplica a legislação concorrencial interna para coibir condutas anticompetitivas ou controlar concentrações econômicas que ocorrem fora de seus limites territoriais, sob a justificativa de que tais condutas ou concentrações produzem efeitos negativos em seu mercado interno.

A exemplo dos Estados Unidos da América e da União Européia, o Brasil também é adepto da aplicação extraterritorial da lei antitruste, conforme preconizado no art. 2º, da Lei nº 8.884/94: “Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.” (grifo nosso)

Segundo assevera o Prof. Antonio Carlos de Magalhães, profundo estudioso da matéria, a aplicação extraterritorial da legislação antitruste encontra seu fundamento na teoria do impacto territorial,

[...] segundo a qual, o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes também não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado¹⁴⁴.

É claro que a aplicação extraterritorial das leis concorrenciais não é bem vista no cenário internacional por motivos óbvios, dentre os quais podemos destacar os principais: *(a)* fomenta tensões internacionais; *(b)* promove o conflito de jurisdições; *(c)* afronta a soberania do Estado alvo da aplicação extraterritorial; *(d)* afronta a nacionalidade dos agentes econômicos acusados; *(e)* acentua as diferenças culturais e jurídicas; etc.

Não há que se olvidar que a aplicação extraterritorial do direito, seja lá de qual ramo for, nada mais é do que uma distorção do sistema. No caso concorrencial, em específico, a distorção na aplicação extraterritorial acabou culminando na criação de outra distorção para combater o unilateralismo: são as conhecidas “leis de bloqueio” (blocking laws).

Segundo Paula A. Forgioni, “as leis de bloqueio são destinadas a impedir, em território nacional, a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso - direito antitruste brasileiro**. São Paulo: RT, 1995. p. 666.

¹⁴⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 328.

Isso, contudo, não amenizou as tensões internacionais e as divergências acentuadas pela aplicação extraterritorial da lei concorrencial nacional relativamente aos conflitos estabelecidos no cenário mundial. Buscou-se então a celebração de acordos no âmbito bilateral ou regional como alternativa à implantação de um regime de cooperação entre os Estados, todos fundados na prática da cortesia positiva (*positive comity*).

Outrossim, a experiência demonstrou que os acordos se mostraram insuficientes e inadequados no tratamento da questão, sobretudo nas hipóteses em que relevantes interesses nacionais de cada país estavam integrando a contenda concorrencial. Nestas situações, os acordos foram flagrantemente desrespeitados em detrimento à consecução dos objetivos das políticas nacionais, estabelecendo um ambiente de tensão internacional e iminente guerra comercial entre potências econômicas.

Foi o que ocorreu no famoso caso envolvendo a fusão de duas multinacionais norte-americanas do setor de aviação, Boeing e McDonnell Douglas, de repercussão mundial.

Em 14 de dezembro de 1996, as empresas concluíram um acordo segundo o qual a Boeing adquiriria a McDonnell Douglas, que se tornaria uma empresa totalmente filiada à primeira. O ato de concentração foi apresentado conjuntamente à Comissão Européia de Concorrência e a *Federal Trade Commission* – FTC -, agência concorrencial norte-americana, em fevereiro de 1997.

Numa análise preliminar, considerando a posição dominante já usufruída pela Boeing no mercado em questão, a Comissão Européia suspendeu a fusão com espeque na legislação comunitária até o julgamento final do ato de concentração, comunicando tal decisão à FTC, conforme previa o acordo bilateral de cortesia positiva firmado entre as nações envolvidas (art. VI do Acordo de 1991).

Em que pese a FTC tenha informado em resposta que a opinião da Comissão Européia seria levada em consideração na análise da concentração, logo em seguida, em 01 de julho de 1997, a agência antitruste norte-americana decidiu não representar a operação aos órgãos judiciais, ou seja, aprovando o ato sem qualquer restrição.

Contrariamente, ignorando o julgamento por parte da FTC, a Comissão Européia, na data de 04 de julho de 1997, portanto, três dias depois, proferiu decisão no sentido de se recomendar reprovar a operação, reiterando-se os argumentos de que, caso a fusão fosse aprovada, a concentração no mercado seria elevada a níveis inaceitáveis e

comprometeria o estabelecimento da competição no setor.

Após ser acusada de se valer da lei concorrencial para proteger as empresas européias (em especial o consórcio europeu que deu origem à Airbus Industrie), a Comissão Européia passou a ser flagrantemente pressionada pelo governo norte-americano. Os Estados Unidos da América chegaram a ameaçar impor sanções comerciais aos países europeus caso a operação não fosse aprovada, levando a discussão a patamares estranhos à análise concorrencial¹⁴⁶.

As pressões norte-americanas acabaram por atingir seu intento, sendo que a operação restou sendo aprovada pela Comissão Européia mediante o cumprimento de condições que não afetaram o cerne da fusão, tendo em vista que os efeitos anticoncorrenciais perduraram. Por certo que a Comissão não se valeu de fundamentos legais para aprovar a concentração das empresas, mas sim de elementos diplomáticos e comerciais, evitando deflagrar uma guerra comercial sem precedentes.

Contudo, o mal-estar provocado pela crise entre a União Européia e os Estados Unidos da América foi sentido por alguns anos e poderia ter sido evitado caso já se tivesse adotado o modelo multilateral para solução de tais conflitos.

Pior ainda é constatar que o caso envolvendo a fusão Boeing e McDonnell Douglas foi apenas o mais famosos dentre muitos existentes nos recentes registros de conflitos de jurisdições no plano internacional.

5.4 Perspectivas para a adoção de um modelo multilateral de defesa da concorrência supranacional

De acordo com o já assinalado, a aplicação extraterritorial da lei antitruste pode ter efeitos funestos à economia mundial, além de ameaçar a harmonia das relações entre os países do globo. De fato, é na aplicação concreta do controle antitruste exercido pelos

¹⁴⁶ Analisando-se a fusão das empresas norte-americanas Boeing e McDonnell Douglas comparativamente à fusão das empresas suíças Ciba-Geigy Limited e Sandoz Limited, a qual deu origem à empresa Novartis AG, vê-se quão contraditório são os argumentos e critérios utilizados pela FTC na análise dos atos de concentração de interesse nacional dos Estados Unidos da América (EUA). Nesta situação, apesar da concentração nos mercados envolvidos ser muito inferior à percebida no caso Boeing/McDonnell Douglas (que beira o monopólio), a FTC impôs uma série de rigorosas restrições para a aprovação do ato, ao passo que a Comissão Européia aprovou a operação mediante o cumprimento de pequena condição. Decisões disponíveis em: <<http://www.ftc.gov/opa/1996/12/ciba.htm>> e <<http://europa.eu.int/eur-lex/pt/search>>. Acesso em: 16 maio 2005.

Estados junto às práticas e operações de efeitos transnacionais que são ressaltadas e evidenciadas as diversidades entre os respectivos modelos de defesa da concorrência.

Por outro lado, a celebração de acordos bilaterais ou regionais mostrou ser ineficiente para conciliar os objetivos das legislações antitrustes nacionais e harmonizar as regras aplicáveis nos casos de jurisdição concorrente.

Primeiro, porque os acordos não possuem previsões coercitivas no caso de descumprimento, razão pela qual, uma vez apresentados relevantes interesses nacionais em litígio, os Estados tendem a adotar posturas unilaterais e arbitrárias. Veja como exemplo o caso Boeing/McDonnell Douglas e Ciba-Geigy/Sandoz.

Segundo, porque o alcance dos acordos de cortesia positiva é extremamente limitado, em muitos dos casos, excluindo de sua abrangência o controle de atos de concentração, regulando tão somente as condutas anticoncorrenciais.

Ainda, o bilateralismo e o regionalismo eliminam as tensões entre países pertencentes ao mesmo núcleo de integração, mas não extirpam os possíveis atritos envolvendo aqueles e terceiros países. Então, para os terceiros países continuam a existir tensão e protestos em face da aplicação extraterritorial de leis locais em relação a atos que possam restringir a concorrência nos mercados dos países integrados.

Neste cenário, a solução para tal impasse deve necessariamente abordar a questão relativa ao surgimento e consolidação de um mercado global e pode ser extraída do ensinamento trazido pela Professora Jete Jane Fiorati, segundo a qual “se as empresas são globais, o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global”¹⁴⁷.

Ou seja, a adoção de um modelo multilateral de defesa da concorrência apresenta-se como alternativa mais adequada à pacificação dos conflitos internacionais decorrentes da aplicação extraterritorial das leis antitrustes nacionais.

Diretamente, a razão fundante para a adoção de um modelo institucional de defesa da concorrência internacional baseado no multilateralismo reside na possibilidade de se estabelecer uma harmonização de conceitos, regras, procedimentos e interpretações aplicáveis aos conflitos concorrenciais estabelecidos no plano transnacional. Frise-se que não se trata de uma harmonização de legislações, haja vista que, segundo a experiência demonstra, trata-se

¹⁴⁷ FIORATI, Jete Jane. A defesa da concorrência no Brasil e o projeto de lei que cria a ANCC: aspectos polêmicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 38, n. 151, p. 67-83, jul./set. 2001.

de uma tentativa inadequada e utópica.

Fruto da disseminação de legislações antitrustes ocorrida nas últimas décadas¹⁴⁸, os modelos de política concorrencial dos países são baseados em padrões e fundamentos que raramente são uniformes, mostrando-se, por muitas vezes, conflitantes. A introdução de regras e princípios uniformes, aceitos de comum acordo entre os Estados, além de trazer solução aos conflitos, conferem legitimidade ao sistema, promovendo benefícios mútuos.

Indiretamente, o multilateralismo se justifica na medida em que promove a obtenção de vantagens e eficiências à economia mundial e ao comércio internacional, por meio da promoção da liberalização do comércio e da garantia de competição no mercado, culminando na obtenção de benefícios às economias nacionais e aos consumidores, em última análise.

Desta feita, a adoção de um modelo multilateral sobre a defesa da concorrência internacional, por meio da mencionada harmonização, funcionaria de maneira preventiva no surgimento de conflitos entre Estados, resultante da aplicação diversa das leis concorrenciais nacionais para um mesmo fato de efeitos transnacionais.

Há que se considerar também que o multilateralismo evita a ocorrência julgamentos simultâneos de atos de concentração e/ou condutas anticoncorrenciais por vários sistemas de defesa da concorrência nacionais. Imagine como exemplo uma empresa condenada pela prática de conduta anticoncorrencial por várias jurisdições. Nesse caso, a somatória das penas pode inviabilizar o prosseguimento das atividades da empresa condenada ante a excessiva onerosidade a que foi submetida, o que não é um objetivo almejado pela aplicação do direito antitruste.

Ao contrário, o julgamento realizado por um único órgão de jurisdição internacional, atento aos interesses dos Estados envolvidos, permitiria, ao menos em tese, a prolação de uma decisão mais equânime, mais justa. Isso porque a justiça das decisões demonstra-se como decorrência lógica da imparcialidade do órgão além da legitimidade a ele conferida por força da união das vontades, fruto do consenso, dos Estados-membros na criação e organização do mesmo. Apresenta-se, portanto, o elemento da substitutividade

¹⁴⁸ Gesner de Oliveira aponta que na década de 90 o número de países que possuíam leis de concorrência dobrou em relação à década de 80. Em 1999, mais de 80 países contavam com leis de concorrência, em contraste com menos de 40 até os anos 80. (Cf. OLIVEIRA, Gesner de. Defesa da concorrência na OMC: uma proposta de agenda de cooperação internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.)

jurisdicional, na medida em que os interesses do órgão internacional iriam se sobrepor aos interesses singularmente considerados dos Estados-membros, subrogando-os.

A harmonização dos preceitos e princípios em nível multilateral impediria ainda a utilização das leis concorrenciais nacionais como forma de imposição de barreiras (no sentido coloquial, e não econômico) internas ao comércio, privilegiando as empresas nacionais em detrimento da atuação das estrangeiras. Tais barreiras podem ser observadas pela aplicação excessivamente rigorosa da lei antitruste às empresas estrangeiras, mas também pela leniência por parte do órgão antitruste nacional às práticas anticoncorrenciais cometidas pelas empresas nacionais.

Nesse sentido, interessante a doutrina de Vera Thorstensen:

Vários exemplos de práticas anticompetitivas com efeitos comerciais podem ser citados, sejam elas praticadas pelos governos, pelas empresas, ou por empresas com suporte do próprio governo. Algumas vezes o governo participa diretamente na operação, mas outras vezes pode não aplicar a lei anticoncorrência do país, para proteger uma indústria ou serviço nacionais. Dentre tais exemplos: formação e operação de cartéis de crise, cujo objetivo é a recuperação e reestruturação de indústrias em dificuldades; manutenção de barreiras à entrada no mercado para produtores estrangeiros, com objetivos de proteger a indústria doméstica, através do controle das importações; acordos de preços predatórios para os produtos exportados, mas não para os produtos de venda doméstica; [...].¹⁴⁹

Ademais, um mecanismo multilateral de defesa da concorrência promoveria o combate às condutas anticoncorrenciais transnacionais e o adequado controle dos atos de concentração de efeitos também transnacionais.

Contudo, a implementação de um modelo multilateral de defesa da concorrência internacional não é de todo simples. Há inúmeros entraves para tal adoção.

Basicamente, a dificuldade para a implementação do multilateralismo em sede antitruste escapa do aspecto meramente técnico ou teórico. Mais uma vez, a problemática relaciona-se muito mais com o aspecto ideológico dos Estados e pode ser explicada pela “Teoria Econômica do Equilíbrio”. Senão vejamos adiante.

Reduzindo a Teoria dos Jogos à sua forma mais simples de jogos com dois participantes, sempre vai haver uma matriz de cooperação ou deserção onde existem quatro resultados possíveis: 1º - ambos os jogadores cooperam; 2º - ambos os jogadores desertam; 3º

¹⁴⁹ THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

- o jogador “A” coopera enquanto o jogador “B” deserta; ou, 4º - o jogador “A” deserta enquanto o jogador “B” coopera.

O raciocínio é simples: eu suponho que o outro pensa que eu não vou cooperar; se ele pensar assim, ele deve desertar; concludo então que devo desertar também, pois se eu cooperar, eu serei mais prejudicado. Este raciocínio é a essência da teoria que ficou conhecida como “Equilíbrio de Nash”, que deu o Nobel de Economia a John Nash Jr., em 1994¹⁵⁰.

Trazendo a teoria à aplicação no campo concorrencial, podemos afirmar que a cooperação mútua, *in casu* representada pelo multilateralismo, é a estratégia que traz os melhores resultados em longo prazo. Porém, em situações de desconfiança, onde o jogador “A” acredita que o jogador “B” irá desertar, a deserção mútua acaba prevalecendo. Principalmente se o jogador “B” perceber que o jogador “A” não confia nele (jogador “B”).

A deserção mútua pode ser representada pela aplicação extraterritorial da legislação antitruste e por todas as medidas unilaterais adotadas em sede de defesa da concorrência internacional. Todavia, os fatores que levam os jogadores (Estados-membros) a desertarem, motivados pela desconfiança recíproca, e, assim, comprovando a “Teoria do equilíbrio”, são, sobretudo, fruto de concepções ideológicas.

O primeiro e, talvez principal entrave à adoção do multilateralismo é que muitos países, apesar de participarem ativamente do comércio internacional, inclusive integrantes de organismos internacionais como a ONU e a OMC, sequer possuem legislações concorrenciais nacionais¹⁵¹. Partindo da premissa de que o multilateralismo pressupõe a harmonização entre as legislações existentes, observa-se a dificuldade existente. Afinal de contas, como é possível harmonizar aquilo que sequer existe?

Por outro lado, a implantação de sistemas concorrenciais nacionais demanda, além de esforço político dos países em questão, o custeio de gastos elevadíssimos, notadamente em se tratando de países menos desenvolvidos, dotados de frágeis e precárias economias¹⁵².

¹⁵⁰ Outra aplicação da “Teoria dos Jogos” muito utilizada pela Economia no ramo concorrencial, principalmente na explicação do pensamento oligopolista em relação ao mercado, é o chamado “Dilema do Prisioneiro”.

¹⁵¹ De acordo com o levantamento feito pelo Secretariado da UNCTAD, em 13 de janeiro de 2003, dos 191 países integrantes da ONU, menos da metade, ou seja, 98 países, possuíam órgãos de defesa da concorrência. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs/c2clp99d16.em.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2005.

¹⁵² Em estudo realizado, o Prof. Gesner de Oliveira (OLIVEIRA, Gesner de. Defesa da Concorrência na OMC: uma proposta de agenda de cooperação internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 303 et seq.) aponta as várias fases que devem ser

Já nos locais em que há um modelo de defesa da concorrência sistematizado, a exemplo de Brasil, União Européia e Estados Unidos, as dificuldades são de outra ordem, porém, tão significativas quanto as dos países desprovidos de legislação concorrencial.

Aqui, a harmonização encontra entraves nas divergências de conceitos, padrões e regras estabelecidas, além dos diferentes graus de maturidade institucional das autoridades antitruste nacionais. Ilustrativo exemplo é dado pelo exame comparativo dos sistemas de defesa da concorrência dos Estados Unidos, da União Européia e do próprio Brasil, já realizado.

Somada a todas essas dificuldades, encontra-se a forte resistência dos Estados Unidos da América, maior potência econômica e bélica do planeta. De fato, os Estados Unidos não possuem interesse na adoção de um modelo multilateral antitruste, que pressupõe concessões recíprocas e relativização da concepção clássica de soberania. Isso porque, a aplicação extraterritorial da legislação concorrencial norte-americana tem encontrado uma aceitação passiva por parte da maioria dos países atingidos por tal medida, o que leva à conclusão de que, pelo menos para os Estados Unidos, a jurisdição além-fronteiras é um mecanismo absolutamente eficiente.

Inobstante tais entraves descritos e sem prejuízo de outros existentes, pelo menos um consenso tem se afirmado nos estudiosos do direito da concorrência: a escolha do foro onde o eventual modelo multilateral de defesa da concorrência deve ser implementado.

Indubitavelmente, o local mais profícuo para tal discussão parece ser, sem sombra de dúvidas, a Organização Mundial do Comércio (OMC), notadamente pela experiência já adquirida após completar 10 anos de existência, mas também pela difusão da cultura das boas práticas comerciais internacionais e da lealdade nos mercados, das quais a concorrência é corolário¹⁵³.

Pela íntima relação criada com o comércio e interdependência na abordagem, os debates acerca da defesa da concorrência já vêm tomando assento na

percorridas para a implementação do sistema de defesa da concorrência por um dado país, que vão desde o estabelecimento da consciência acerca da necessidade de se praticar a defesa concorrencial até a formalização de acordos ou tratados de cooperação internacionais. O doutrinador atenta ainda para as dificuldades culturais, políticas e econômicas de cada país, dando enfoque aos elevados custos necessários à mencionada implantação.

¹⁵³ Para um estudo acerca da relação entre defesa da concorrência e Organização Mundial do Comércio – OMC, Cf. FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 341 et seq.

Organização Mundial do Comércio, verdadeiro pilar do comércio internacional, desde longa data¹⁵⁴.

Apesar dos avanços obtidos durante as várias Conferências Ministeriais da Organização, sobretudo em Doha, e dos esforços empregados pelo Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política da Concorrência (WGTCP), as negociações fracassaram no período logo após a Conferência Ministerial de Cancun.

As divergências dos interesses econômicos dos Estados-membros que integram a OMC, notadamente acerca das questões envolvendo agricultura, acabaram se espraiando aos demais temas em discussão, atingindo de maneira decisiva a defesa da concorrência internacional, que foi escoimada da agenda de negociações da Rodada Doha.

A exclusão de boa parte dos chamados “Temas de Cingapura” representou verdadeiro retrocesso à Organização Mundial do Comércio e ao próprio comércio internacional. O pleno desenvolvimento do comércio internacional exige a harmonização das regras de defesa da concorrência na comunidade internacional, e depende, sobretudo, da correta aplicação desse direito. Somente assim se poderá evitar a aplicação do direito da concorrência com cunhos protecionistas, como forma de restrição não-tarifária aos produtos estrangeiros, além do combate às práticas anticoncorrenciais internacionais.

¹⁵⁴ A propósito, a discussão acerca da defesa da concorrência no âmbito dos organismos internacionais não é recente. Ao longo de quase 60 anos, desde a negociação dos acordos de Breton Woods, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, os debates acerca da matéria buscaram revelar a importância e, sobretudo, a necessidade de tratamento global deste tema tipicamente globalizado.

CONCLUSÃO

O tema “O controle concorrencial dos atos de concentração como instrumento de implementação de política pública estatal” não se esgota, e nem poderia, com a abordagem efetivada neste estudo, que cuidou apenas da análise do fenômeno concentracionista com enfoque no controle das estruturas, exercido pelos órgãos de defesa da concorrência no Brasil.

Estudar o controle estrutural da concorrência é examinar as relações jurídicas e econômicas, através das quais o poder econômico dos agentes se forma ou, ao menos, se reforça, ao nível dos atos corporativos. Uma análise completa do poder econômico, contudo, há de incluir também o regramento do controle das condutas anticoncorrenciais, cuja abordagem, no entanto, implicaria na confecção de um novo e distinto trabalho.

Com efeito, em que pese as limitações inerentes a um trabalho de natureza acadêmica, como o ora apresentado, o exame da problemática concernente ao controle dos atos de concentração econômica nos permite apontar algumas conclusões, críticas e, também, proposições.

Conforme foi visto nos capítulos iniciais da presente pesquisa, a globalização, aliada ao processo de liberalização econômica, foi a responsável por promover inúmeras alterações junto às economias nacionais e, também, ao comércio internacional. Sensíveis mudanças nos padrões de concorrência foram implementadas, especialmente com o alto nível de especificidade dos produtos, demandando atuação sobremaneira eficiente por parte dos agentes econômicos atuantes.

Este cenário de competitividade extremada provocou verdadeira modificação na *ratio* capitalista, fazendo-se inserir no vocabulário das estratégias empresariais modernas um novo sinônimo para sobrevivência econômica: crescimento.

Desta premissa decorre a primeira conclusão da pesquisa: o fenômeno das concentrações empresarias é uma realidade crescente, incontestável e inexorável. Isso porque a prática comercial demonstra que uma das formas mais eficazes das empresas crescerem e, com isso, enfrentarem com vantagem a guerra comercial estabelecida no mercado global, consiste na concentração empresarial, seja a que título for. Apesar de não serem as únicas, as concentrações empresarias demonstram ser a mais eficiente dentre as formas de

estabelecimento de uma economia de escala e, conseqüentemente, da melhoria da eficiência econômica.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que impulsionam a economia nacional e fortalecem a indústria, as concentrações empresarias podem representar falhas de mercado, além de abrir caminho para a formação de cartéis, estabelecimento de monopólios indesejados e possíveis práticas colusórias da concorrência. Conforme afirmado no capítulo 5, é ínsita à razão capitalista da empresa moderna, inserida no mercado atual, o ideal de estabelecimento de uma posição dominante, capaz de lhe possibilitar uma atuação com independência e indiferença relativamente aos demais concorrentes e, sobretudo, às normas jurídicas de regência implementadas pelo Estado.

Assim é que, verificado que o padrão econômico de concorrência perfeita é utópico e que é inviável a afirmação espontânea de um mercado saudável, o Estado é chamado para garantir-lhe o funcionamento. Daí se conclui que a atividade estatal de controle dos atos de concentração nada tem a ver com dirigismo econômico ou intervencionismo indevido na autonomia privada dos agentes do mercado. A livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta. Da mesma forma, não há de ser entendida como uma liberdade anárquica, mas social, que pode, conseqüentemente, ser limitada pelo ordenamento jurídico.

Posta assim, a ação coativa do Estado, legitimada na ordem jurídica, é de primária importância à manutenção do equilíbrio do mercado, promovendo eficiências econômicas e benefícios à coletividade, que são os titulares da legislação antitruste.

Interessa, pois, determinar até que ponto a atuação estatal de limitação à liberdade de iniciativa dos agentes econômicos encontra legitimação na ordem jurídica e econômica. Ainda, interessa reconhecer em que sentido se orientam as normas antitrustes positivadas e a forma como se opera o controle dos atos de concentração econômica. Eis então os questionamentos principais da pesquisa, ora apresentada.

No confronto com tais questões, concluímos, inicialmente, segundo a abordagem trazida no capítulo 2 da presente pesquisa, ser impossível se traçar um conceito unívoco e absoluto ao direito da concorrência, posto que a concorrência, enquanto fato econômico essencialmente dinâmico, encontra-se contaminada por elementos ideológicos. Nesse sentido, o direito da concorrência assumirá, em determinado Estado, contornos e definições distintas segundo o momento histórico vivido, bem como segundo a orientação política adotada.

No caso brasileiro, em particular, afirmarmos que o antitruste não pode ser visto apenas como meio de eliminar os efeitos auto-destrutíveis de mercado, ou utilizado para correção de distorções tópicas, como nos primórdios. Atualmente, o direito da concorrência deve ser concebido como um importante instrumento de implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas, estas entendidas como meios de que dispõe o Estado para influir, de maneira sistemática, sobre a economia, visando garantir o bem-estar social.

Desta feita, o Estado atuará a sua legislação antitruste com obediência aos pressupostos ideológicos eleitos e contidos nas normas de modo a conduzir todo o sistema econômico. Não por outra razão, ressalta-se o caráter instrumental da concorrência no Brasil (“concorrência-instrumento”), de tal forma que a própria concorrência pode ser sacrificada em prol de um fim maior, assim classificado pelo próprio Estado. Entre nós, portanto, a concorrência é apenas um valor informador, fundamental, contudo, na viabilização das políticas públicas estatais, especialmente as de conteúdo econômico.

Em conseqüência, concluímos, segundo foi sustentado no capítulo 3, que o constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese de que o Estado brasileiro se utiliza do controle da concorrência a fim de promover o reconhecimento e a proteção de uma pluralidade de interesses.

Com efeito, o art. 170 da Constituição Federal de 1.988 prevê como princípios gerais da ordem econômica, a orientar toda a aplicação da legislação nessa área, a livre iniciativa, a livre concorrência, o abuso do poder econômico e a defesa do consumidor, o que é repetido pela Lei antitruste.

De um lado, o termo “livre concorrência” invoca a idéia ordo-liberal do sistema concorrencial, preocupada com a igualdade de condições mínimas de concorrência, ou mais precisamente, com a liberdade de acesso e permanência no mercado. Conseqüência direta dessa concepção, imanente ao objetivo declarado na Constituição e na Lei de Defesa da Concorrência, é a preocupação com estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear a livre concorrência.

De outro lado, a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 8.884/94, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais (Lei 8.884/94, art. 20, inc. III), ainda que excepcionalmente. Conseqüência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica, defendida pela idéia neoclássica dos economistas da

Escola de Chicago, e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores, igualmente prevista na Lei nº 8.884/1.994.

Portanto, toda essa pluralidade de interesses protegidos, elencados seja pela Constituição Federal, seja pela Lei de Defesa da Concorrência, corroboram a conclusão de que, no Brasil, as normas de antitruste constituem instrumento de consecução de políticas públicas, de forma a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, o que é conseguido por meio da repressão ao abuso do poder econômico, orientada pelos mandamentos constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores. É exatamente dentro dessa baliza e com atenção aos fins constitucionalmente previstos que a atuação estatal sobre a ordem econômica se faz legítima e necessária.

Avançando no exame da Lei nº 8.884/1994, concluímos, através da abordagem efetuada nos capítulos 3 e 4, tratar-se da primeira legislação brasileira em matéria de antitruste com eficácia material na repressão ao abuso do poder econômico. Além disso, é a responsável pela sistematização de toda a matéria relativa à defesa da concorrência, bem como pela transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal, afirmando sua condição de órgão judicante e conferindo-lhe independência e autonomia de atuação.

Restou observado que, embora em alguns aspectos a legislação brasileira se encontre em sintonia e, em alguns pontos, até mesmo superando as legislações antitrustes alienígenas, por outros aspectos carece de uma clareza de interpretação e, principalmente, de segurança jurídica quanto à sua aplicabilidade e inserção no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não consegue se afastar das críticas.

Especificamente no que tange ao exercício do controle das concentrações econômicas, as críticas são ainda mais acentuadas e os problemas são indubitavelmente mais aparentes. O anacronismo da legislação antitruste brasileira atingiu o limite máximo de sustentação perante o dinamismo de atuação dos agentes econômicos, inseridos no contexto dos mercados comerciais. Se as alterações tendentes ao aperfeiçoamento da legislação tardarem a se efetivar, o sistema atual poderá entrar em colapso, provocando a derrocada de todos os avanços até então percebido em matéria antitruste.

Conforme observamos no capítulo 4, basicamente, o problema do controle dos atos de concentração no sistema de defesa da concorrência brasileiro relaciona-se à

insegurança jurídica imposta aos administrados, que pode ser resumida pela implicação de três elementares, a saber: (a) demora da análise antitruste; (b) inadequações legislativas; e, (c) jurisprudência inconsistente.

A existência de critérios legais demasiadamente amplos, capaz de promover uma verdadeira “avalanche” de submissões à autoridade antitruste de operações desprovidas do menor potencial ofensivo à concorrência; a falta de aparelhamento institucional dos órgãos que compõem o SBDC, tanto em nível de pessoal, quanto em nível de estrutura; e, a replicação de esforços por parte dos órgãos responsáveis pela emissão de pareceres técnicos à análise concorrencial, parecem ser causas preponderantes para a morosidade da análise concorrencial dos atos de concentração no Brasil.

Além disso, as imperfeições legislativas existentes e a inconsistência da jurisprudência do CADE, sobretudo na questão envolvendo a determinação do momento de realização da operação de concentração, contribuem para difundir junto aos administrados um sentimento de enorme insegurança jurídica, dificultando, inclusive, a atração de novos investimentos no país.

Urge, portanto, que as análises e os julgamentos das operações de concentração econômica sejam efetivados em tempo econômico. Isso porque não é lícito, nem muito menos legítimo, impor ao administrado ônus tão excessivo, resultante da ineficiência dos órgãos estatais. Se a máxima diz que “tempo é dinheiro”, sem o dinamismo da autoridade antitruste as empresas envolvidas na operação restam prejudicadas, na medida em que perdem competitividade frente aos concorrentes internacionais, que gozam da desejada agilidade na apreciação das suas concentrações.

Neste diapasão, uma alteração da atual legislação concorrencial apresenta-se como sendo de rigor. A adoção do controle preventivo dos atos de concentração e uma maior triagem das operações sujeitas à análise dos órgãos antitruste nacionais, com a alteração do dispositivo contido no atual art. 54 da Lei nº 8.884/1.994, parecem ser as alterações mais prementes. O aparelhamento dos órgãos que integram o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência também é outro aspecto de relevância fundamental ao sucesso na aplicação do controle concorrencial no Brasil.

O controle *a posteriori* dos atos de concentração, autorizado pela atual Lei Antitruste, é um malefício à economia e às relações comerciais entre os agentes econômicos. Na atual sistemática, as conseqüências promovidas por uma eventual e posterior desaprovação

do ato corporativo podem ser nefastas e irreparáveis, tais como a reorganização da plataforma de produção, indenização dos compromissos já assumidos, abalo na imagem da marca junto ao mercado, desconfiança dos investidores, demissão de possíveis funcionários contratados para atender a nova demanda, etc.. Tome como exemplo operação de aquisição da empresa de chocolates Garoto S.A. pela subsidiária brasileira da multinacional Nestlé.

Conforme asseverado no capítulo 4, atento a tais questões, encontra-se o Projeto de Lei nº 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo, em tramitação perante o Congresso Nacional.

Basicamente, o projeto de lei referido corrige as imperfeições mais gritantes existentes no atual sistema, através de um redesenho institucional do SBDC e da racionalização da sistemática de defesa da concorrência, principalmente com a extinção da possibilidade de apresentação *a posteriori* dos atos de concentração à apreciação da autoridade antitruste. Se confirmada em lei, a proposta promete alçar a legislação concorrencial brasileira ao mesmo patamar das jurisdições tradicionais em sede de antitruste, com boa expectativa de que os julgamentos sejam efetuados em tempo econômico.

Todavia, conforme salientamos na presente pesquisa, em que pese a relevância e urgência no tratamento da questão concorrencial, o Poder Público não tem se investido do exigido empenho para que o aludido projeto ingresse de fato no ordenamento jurídico. A perspectiva de que a proposta se confirme em lei num futuro próximo não é das mais animadoras, sobretudo se considerado que, no Brasil, a promulgação de leis de interesse da coletividade exige, em grande parte dos casos, a comoção popular para sua promulgação. Com efeito, o próprio desconhecimento por parte da sociedade civil acerca do antitruste e a ausência de difusão da cultura da concorrência impedem que tal mobilização ocorra.

E dessa forma, sem adequar sua legislação à realidade atual, o Brasil permanece impossibilitado de participar com autoridade das discussões acerca do controle da concorrência no plano supranacional. Ou seja, fundamental que cumpra inicialmente com a sua “lição de casa” (pedindo vênica pela utilização da expressão coloquial), consolidando efetivamente o controle da concorrência no plano interno, para, tão somente, legitimar-se a participar dos debates envolvendo o controle da concorrência ao nível supranacional.

A propósito, conforme observamos no capítulo 5 da pesquisa realizada, os conflitos estabelecidos entre os modelos de defesa da concorrência adotados principalmente por Estados Unidos da América e pela União Européia, têm elevado a relevância da discussão

do tratamento das questões concorrenciais ao nível supranacional, sob pena de se macular a higidez do comércio internacional.

As concepções distintas acerca da defesa da concorrência apresentadas pelos Estados Unidos da América e pela União Européia, fundadas em divergências ideológicas e culturais existentes entre os mesmos, extrapolam a seara meramente teórica e ganham corpo na prática por meio da aplicação extraterritorial da lei antitruste, culminando em conflitos comerciais de proporções gigantescas.

Tal cenário reforça o indesejável unilateralismo, culminando com o surgimento de leis de bloqueio, que, a exemplo da aplicação extraterritorial da legislação antitruste, foram por nós caracterizadas como distorções do sistema.

Observando a experiência, a qual demonstra que os acordos de âmbito bilateral ou regional, todos fundados na prática da cortesia positiva (*positive comity*), não se mostraram eficazes na harmonização da problemática dos conflitos entre jurisdições em matéria antitruste, concluímos que a adoção de um modelo multilateral de defesa da concorrência apresenta-se como alternativa mais adequada à pacificação dos conflitos internacionais decorrentes da aplicação extraterritorial das leis antitrustes nacionais.

De fato, o multilateralismo, fundamentado na conjugação dos valores concorrenciais, bem como no estabelecimento de concessões mútuas por parte dos Estados, muitas vezes preterindo os próprios interesses nacionais, permite obter, ainda que em médio prazo, benefícios igualmente mútuos, solucionando os conflitos estabelecidos no plano supranacional,

Por outro lado, baseados na aplicação da teoria econômica do equilíbrio, acentuamos que a cooperação só se justifica a partir do momento em que os Estados percebem, conjuntamente, que essa via lhes proporciona maiores benefícios e ganhos individuais. Por tal razão, acreditamos ser prematura a celebração de adoção de um modelo multilateral para estabelecer o controle dos atos de concentração e a repressão das práticas anticompetitivas de impacto global, pelo menos no atual estágio do comércio internacional.

Entendemos que a hipótese mais provável é a de que tais questões sejam, em médio prazo, reguladas por meio de acordos plurilaterais, vinculantes apenas aos Estados-membros signatários dos mesmos. A única exceção que se pode fazer diz respeito à prática dos cartéis internacionais, condenada pelo consenso das nações que integram a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Por fim, concluímos que o local mais adequado para que tal discussão tome assento parece ser, sem sombra de dúvidas, a OMC, notadamente pela experiência já adquirida nos mais de dez anos de existência, mas também pela difusão da cultura das boas práticas comerciais internacionais e da lealdade nos mercados, das quais a concorrência é corolário.

Enfim, o futuro está para ser desenhado, descortinando diante dos economistas e, sobretudo, dos juristas um horizonte com inúmeros desafios, que só serão ultrapassados através de um árduo trabalho de invenção e superação dos dogmas do passado. À frente deste movimento, encontra-se a disciplina da defesa da concorrência, fundamental para a promoção do bem-estar social e manutenção da higidez do comércio internacional, bem como das economias nacionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano J. **Hermenêutica jurídica no brasil**. São Paulo: RT, 1991.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4th. ed. Boston: Little, Brown and Company, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense Universitária, 1987.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezione di diritto industriale. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. **Regimen jurídico de la intervención administrativa en la economía**. Madri: Technos, 1966.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Origens do direito da concorrência. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio internacional e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BLAKE, Harlam M.; GOLDSCHMID, Harvey J. **Trade regulation**: cases and materials. 3rd. ed. Westbury: The Foundation Press, 1994.

BORK, Robert. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. 2nd. ed. New York: The Free Press, 1993.

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico**. São Paulo: Atlas, 1964.

BRASIL. Portaria conjunta SEAE/MF e SDE/MJ nº 50, de 01 de agosto de 2001. Expede o guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, nº 158-E, 17 ago. 2001, Seção 1, p. 12-15.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 134-144, 1996.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito empresarial moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

_____. **Problemas de direito empresarial moderno: contratos comerciais, falências e concordatas, propriedade industrial, concorrência desleal e proteção ao consumidor, responsabilidade civil, títulos de crédito, sociedades**. São Paulo: Atlas, 1989.

CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CASELLA, Paulo Borba. Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 121, p. 122-130, jan./mar. 1994.

CASTRO, Heitor Faro de. Globalização e a defesa da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 22, p. 25-27, jan./mar. 1996.

CHIARO, José Del; SILVEIRA, João Marcos; LEMES, Selma M. Ferreira. Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 25, p. 61-70, jan./jul. 1997.

CLARK, John Maurice. **Instituições econômicas e bem-estar social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 375, v. 56, p. 29-35, jan. 1967.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro, 1978.

_____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Intervenção do Estado no domínio econômico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 23, p. 107-123, abr./jun. 1996.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**, São Paulo, n. 1, v. 4, p. 9-10, jan. 1997.

_____. **A concentração do poder: jurisprudência anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARINA, Elizabeth. Política Industrial e Política Antitruste: uma proposta de conciliação. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**, São Paulo, n. 8, v. 3, p. 34-64, 1996.

FERGUSON, Charles E. **Micro-economia**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 21, p. 23-31, out./dez. 1995.

FIORATI, Jete Jane. A defesa da concorrência no Brasil e o projeto de lei que cria a ANCC: aspectos polêmicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 38, n. 151, p. 67-83, jul./set. 2001.

_____. **A Disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das Nações Unidas de 1982 e na jurisprudência internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação de normas jurídicas. **Revista de Estudos Jurídicos**, Franca, ano 1, v. 1, p. 155-160, 1996.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006.

_____. O processo de formação de normas no âmbito da Organização Mundial do Comércio. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 10, p. 27-48, 2001.

_____.; LEHFELD, Lucas de Souza. Os serviços de telecomunicações no Brasil e os direitos do usuário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 147, v. 1, p. 111-128, 2000.

_____.; MAZZUOLI, Valério O. **Novas vertentes do direito do comércio internacional**. São Paulo: Manole, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Posição dominante e seu abuso. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 26, p. 105, ago./dez. 1997.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence. **Cases and materials on antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1989.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____.; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso - direito antitruste brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Prática abusiva de mercado e abuso de poder econômico: revogação da lei anterior pela posterior e interpretação do direito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 182-204, jul./set. 1993.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS Petors C. **Economic, competition policy and the World Trade Organization**. Washington DC: Banco Mundial, 2002, p. 4. Disponível em: <http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2002/11/22/000094946_02111404425138/Rendered/PDF/multi0page.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2006.

HOVENKAMP, Hebert. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1986.

_____. **Federal antitrust policy: the law competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 1994.

JOHNSON, Bruce B. et al. **Serviços públicos no Brasil- mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública**. São Paulo: Edgar Blücher, 1996.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits**, 12. ed. Paris: Dalloz, 1939.

KAPLOW, Louis; AREEDA, Phillip. **Antitrust analysis: problems, texts, cases**. 4th. ed. Boston: Little-Brown, 1988.

KLAJMIC, Magali. Defesa da concorrência: política de Estado e interface com políticas de governo. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 22, p. 69-72, jan./mar. 1996.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEVI, Giulio. **L'abuso del diritto**. Milano: Giuffrè, 1993.

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **A jurisdição extraterritorial no direito da concorrência e a ordem internacional contemporânea**. 2004. 582 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 113, v. 37, p. 30-44, jan./mar. 1999.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatórios de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicacoes>>. Acesso em: 21 set. 2007.

_____. **Relatórios de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Gestao_2006_19-04-2007.pdf>. Acesso em: 21 set. 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. **ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

_____. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Defesa da concorrência na OMC: uma proposta de agenda de cooperação internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

_____. Globalização, abertura e concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 23, p. 9-12, abr./jun. 1996.

_____. O papel do CADE na nova economia brasileira. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo (Coord.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

_____.; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINTO, Olavo Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. In: INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA. **Estudos sobre a Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1954.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

POSNER, Richard A. **Economics analysis of law**. 4th. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

_____.; EASTERBROOK, Frank H. **Antitrust: cases, economic notes and other materials**. 2nd. ed. St. Paul: West Publishing, 1981.

POSSAS, Mário Luiz. **O conceito de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996, p. 1. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf> Acesso em: 25 set. 2006.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, André de Carvalho; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo (Coord.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

ROSS, Stephen F. **The principles of antitrust law**. Westbury: The Foundation Press, 1993.

SALGADO, Lúcia Helena. O conceito de mercado relevante. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 26, p. 37-46, ago./dez. 1997.

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

SCHUARTZ, Luis Fernando. As razões do direito da concorrência. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 118, v. 39, p. 77-87, abr./jun. 2000.

_____. Monopolization, attempt to monopolize e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 119, v. 39, p. 128-136, jul./set. 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 23, v. 94, p. 13-27, jul./set. 1998.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. London: Unwin Hyman, 1987.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações**. São Paulo: Ltr, 1998.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel, A atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 26, p. 19, ago./dez. 1997.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1977.

SULLIVAN, Lawrence E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. 3rd. ed. Charlottesville: The Michie, 1994.

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

TURCZYN, Sidnei. O Direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VITA ROSO, Jayme. **Novos apontamentos à lei antitruste brasileira**. São Paulo: LTr, 1998.