

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Mariana Duarte Garcia de Lacerda

O Estado, a Empresa e a Defesa da Concorrência: os limites de cada um dos atores e a justificativa dessa política, estudados pela análise dos atos de concentração.

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Mariana Duarte Garcia de Lacerda

O Estado, a Empresa e a Defesa da Concorrência: os limites de cada um dos atores e a justificativa dessa política, estudados pela análise dos atos de concentração.

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para o título de Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica sob a Orientação da Profa. Dra. Rosa Maria B. B. de Andrade Nery

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora:

Mariana Duarte Garcia de Lacerda

O Estado, a Empresa e a Defesa da Concorrência: os limites de cada um dos atores e a justificativa dessa política, estudados pela análise dos atos de concentração

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo estudar o direito antitruste de uma perspectiva de direito privado, de forma a compreender as restrições impostas pelo CADE à empresa no que se refere à análise de atos de concentração.

Desta forma, o trabalho analisará o mercado como uma instituição criada pelo Direito de acordo com a evolução social e econômica de determinada sociedade e que, sem a devida institucionalização e balizamento, funciona de forma incorreta, afastando-se dos objetivos estabelecidos na sua idealização e criação. A detenção de poder de mercado por parte de alguns participantes gera as maiores distorções nessa instituição, operando as três falhas existentes: o monopólio, a assimetria de informações e o prejuízo ao consumidor. Desta forma, o próprio Direito cria limites utilizando-se de técnicas diversas para regular o mercado e garantir o seu correto funcionamento.

A partir dessa concepção do mercado, far-se-á uma análise da formação do Estado – e conseqüentemente do mercado – brasileiro e da legislação em vigor no que se refere ao entendimento da intervenção do estado na economia e também da regulamentação da empresa.

Após delimitada as formas de atuação do estado e as formas de atuação da empresa e do seu modo de intervir no processo concorrencial, far-se-á o encontro desses limites no momento da análise antitruste, de forma a verificar que, justificada a intervenção do Estado, a mesma está circunscrita a normas legais e constitucionais que se lhe exige seja feita com respeito ao direito de propriedade; direito fundamental e cláusula pétrea.

Exsurge, então, como conclusão do trabalho que a limitação à atuação da empresa para proteção da concorrência é de extrema necessidade e guarda total embasamento legislativo e que ao Estado é imperativo realizá-la. No entanto, ao impor as restrições que entender necessárias, ao Estado não cabe, também por força da legislação nacional, dirigir a atividade privada com as suas restrições e tampouco negligenciar os direitos detidos pelas empresas no momento de determinar as restrições necessária, devendo assim, cuidar de dar às partes a opção de escolher a forma que melhor remunerá-la, ou garantir indenização pelos danos causados pela restrição determinante.

Palavras Chaves: Direito da Concorrência, Ordem Econômica, Função Social da Empresa.

Abstract

The work presented herein has its purpose in the study of Antitrust Law from a perspective of the private law as to an attempt to understand the restrictions imposed by CADE to corporations when reviewing mergers and acquisitions that would allegedly likely to reduce competition.

In this sense, the paper will examine the market as an institution established by Law in accordance with the social and economical development of a given society and which, without the proper guidelines and institutionalization, it functions incorrectly, thus it moving away from the primary objectives established in its idealization and inception. In fact, market power produces the biggest distortions in this institution, operating the three existing flaws: monopoly, information asymmetry and consumers losses. Therefore; it is the very Law that conceives boundaries and limits, employing a variety of techniques, in order to regulate the market and ensure its correct functioning.

Bearing this concept of market in mind, the paper considers the formation of the State – and consequently its own market - and of the current legislation as to the understanding of State's economic intervention and corporation regulation.

In determining the courses of action from both the government and the corporation its boundaries will be met in the moment of the antitrust analysis, in order to verify that once the State's intervention is justified, it shall be done with respect to the laws and constitutional rules applied to the principles of the right of property, fundamental rights and stony clause.

As a conclusion to this work, it will surface that limiting a company's actions for the sake of free competition is of utmost necessity. Further, it is legislative based and it is imperative to the State to carry it out. However, when imposing the restrictions it deems necessary, the State – also by force of national legislation - must not guide private activity nor neglect the rights withheld by corporations when determining the required restrictions. Thus, the State shall then see that the parties may choose on the best way to be remunerated or guarantee the indemnification due to the damages caused by the imposed restrictions.

Key Words: Antitrust Law, Economic Order, Corporation social function

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE – Justificativas para a defesa da concorrência e a limitação à atuação da empresa	16
CAPÍTULO I – O exercício da livre iniciativa	17
1. AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIVRE INICIATIVA E O PODER ECONÔMICO	17
2. PANORAMA HISTÓRICO DO PENSAMENTO ECONÔMICO	20
3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO OU LAW AND ECONOMICS	27
CAPÍTULO II – O papel do direito na organização do mercado	32
1. O ESTABELECIMENTO DO MERCADO	32
2. A JUSTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE INTERFERÊNCIA	35
3. DELIMITAÇÃO DE DIREITOS PRIVADOS.....	38
4. A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO	40
5. UM BREVE TRAÇADO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	46
6. VALOR INSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA	48
CAPÍTULO III – A organização do mercado brasileiro	54
1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL HISTÓRICA	54
2. O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL	63
SEGUNDA PARTE – Justificativas para as decisões empresariais privadas e a limitação à atuação do Estado	72
CAPÍTULO I – A atividade da empresa no Brasil	73
1. O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	74
2. BREVE PASSAGEM PELA TEORIA DA EMPRESA MODERNA.....	76
3. PANORAMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL HOJE.....	79
4. A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A CONCORRÊNCIA	82
CAPÍTULO II – Atos de concentração e liberdade de empresa	85
1. O OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	85
2. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS	90
3. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA.....	93
4. ALIENAÇÃO DE ATIVOS.....	94
5. JOINT VENTURES E CONSÓRCIOS.....	98
6. ACORDO DE ACIONISTA.....	99
7. OUTROS ACORDOS.....	104
CAPÍTULO III – O Atos-infração	108
TERCEIRA PARTE – Análise antitruste: o embate entre os limites do estado e da empresa .	114
CAPÍTULO I – Análise de Atos de concentração pelo CADE	115
1. A SUBMISSÃO DOS ATOS AO CADE.....	116
2. A ANÁLISE CONCORRENCIAL	119
2.1. Mercado Relevante	120
2.2. Índices de concentração econômica	126
2.3. Os demais itens que devem ser analisados	129
2.3.1. Barreiras à entrada.....	131
2.3.2. Rivalidade	132

2.3.3. Eficiências.....	133
2.4. <i>Situações particulares:</i>	137
2.4.1. Companhia Falida.....	137
2.4.2. Entrante Potencial.....	139
2.4.3. Empresa <i>Maverick</i>	142
3. AS DECISÕES POSSÍVEIS.....	143
4. RESTRIÇÕES COMPORTAMENTAIS.....	148
5. RESTRIÇÕES ESTRUTURAIS	150
CAPÍTULO II – Natureza da decisão proferida pelo CADE	153
1. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO.....	154
2. DECISÃO DESCONSTITUTIVA.....	160
CAPÍTULO III – Alguns comentários à jurisprudência do CADE	172
 CONCLUSÃO	 183
 BIBLIOGRAFIA.....	 187

INTRODUÇÃO

O tema que aqui me propus desenvolver é a defesa da concorrência à luz do sistema de Direito Privado. A escolha do tema justifica-se pelo aumento da importância do direito da concorrência no cenário nacional, tendo sido tomadas pelo CADE nos últimos anos decisões de maior interferência em direitos na denominada esfera individual – proibições de aquisições, veto a cláusulas de preferência e a disposições de acordos de acionistas, inclusive –, o que tem gerado debates, principalmente no plano acadêmico.

É evidente e cada vez maior a intervenção do Estado na esfera privada, seja através da direta regulação estatal ou através do papel do Estado como organizador das relações sociais. O fato é que há uma manifesta tendência de publicização do direito privado.

A crise do direito privado foi muito acuradamente identificada por WIEACKER¹, que a definiu em virtude de o antigo sistema do direito privado não estar totalmente integrado ao *conjunto da ordem jurídica atual*, tendo as principais questões jurídicas migrado para os demais ramos, principalmente do direito econômico, despovoando os *núcleos centrais do direito privado tradicional*.

Disso decorre a crescente mitigação dos limites entre o direito público e o privado, ficando, portanto, cada vez mais difícil a distinção entre esses dois

¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 716-722

âmbitos. O ramo do direito em que essa confusão se dá mais freqüentemente é o direito econômico. Gaspar Ariño ORTIZ, conceitua-o, com muita propriedade, inclusive, como categoria sistemática que cruza o ordenamento jurídico na diagonal², pois o Direito Econômico abarcaria os ramos dos direitos privado e público nos quais há interferência em assuntos afetos à economia.

No crescente debate a respeito da *comercialização do Direito Civil, a publicização do Direito Comercial, a privatização do Direito Administrativo*, escreve Camargo VIDIGAL já em 1976³ – constatando a imediata necessidade de alteração, inclusive, do Código Civil, que se verificou apenas 25 anos depois – que *ao abranger-se na lei o ordenamento da iniciativa econômica, parece inadequada a demarcação anterior dos territórios jurídicos* [o direito público e o direito privado].

Calixto SALOMÃO F^o⁴ sobre essa divisão conclui que:

--- um direito metodologicamente compartilhado entre público e privado não está apto a regular e imprimir à sociedade rumos e valores sociais capazes de substituir ou ao menos complementar parcialmente a ineficiência do Estado. (...) se nem o Estado nem o mercado são capazes de organizar a sociedade, é preciso encontrar um novo elemento organizador. (...) O direito tem grande vocação para assumir tal função, por sua capacidade valorativa e idealizadora. É necessário, no entanto, que esta ciência esteja apta, do ponto de vista metodológico e estrutural para exercê-la.

² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares, 1999, p. 16

³ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. São Paulo, 1976, p. 31

⁴ SALOMÃO F^o, Calixto. *Direito Empresarial Público*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro, RT, v. 112, out-dez. 1998, p. 17-18.

Essa função de ser o elemento organizador, principalmente das relações de cunho econômico, cabe ao direito dito econômico. Direito esse que não se resume ao intervencionismo estatal, mas é melhor traduzido como o Direito da ordenação econômica. Diante de uma perspectiva substantiva, o Direito Econômico, em sua acepção mais estendida, reúne as normas e instrumentos jurídicos através dos quais o Estado dirige a atividade econômica; fundamentalmente a Constituição Econômica.

Dito isso, verifica-se que não só a atuação do Estado tem aumentado e se tornado mais enérgica, como também as empresas têm passado a dar maior atenção às normas antitruste do país, inclusive buscando utilizá-las como instrumento para a tutela de seus interesses.

Nessa esteira, há de se ver que o direito da concorrência – matéria atinente ao direito econômico – afeta as relações privatísticas disciplinadas pelo direito comercial, no que se refere à autonomia privada e à livre iniciativa, respectivamente princípio e fundamento constitucional da ordem econômica.

Assim, faz-se imperativa a análise da conjugação dos princípios próprios do sistema de direito privado que circundam as relações do direito de sócio com os anseios da concorrência. Isso porque, ao lado dos já mencionados princípios da ordem econômica, repousam outros como o da função social – ordem do dia nas relações privadas.

Desta forma, deve-se usar o direito como técnica científica de pacificação social, atendendo ao compromisso científico do jurista, através da interpretação dos instrumentos jurídicos que atendem a esse propósito, especificamente os princípios de direito, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Afinal, nos dizeres de Calixto SALOMÃO F^{o5}, a função social é:

o princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua e deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. (...) Está aí a concepção social intervencionista, de influência re-equilibradora de relações sociais desiguais.

Ainda assim, o direito antitruste é pouco aplicado e, por que não dizer, pouco (re)conhecido. Não só há ainda empresas que descuidam da responsabilidade concorrencial, deixando de apresentar seus atos de concentração ao CADE – quando não adotando condutas anticompetitivas –, como existe um recente princípio de queixume no que se refere ao endurecimento da postura das autoridades da concorrência, com beligerante clamor a favor de um inadequado e antiquado ultraliberalismo, porém com preocupante tentativa de realização de ‘justiça social’ e distribuição de renda. Queixume que, por isso mesmo, é, às vezes, confuso, com o apregoamento de serem absolutos os direitos de propriedade e de livre iniciativa, sem dúvida incompatíveis com a finalidade que os queixosos buscam perseguir⁶.

⁵ SALOMÃO F^o, Calixto. *Função social do Contrato: primeiras anotações*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro, RT, v. 132, out-dez. 2003, p. 17-18.

⁶ Ver por exemplo as questões relativas à distribuição de medicamentos e procedimentos médicos não cobertos pela rede estatal, como nos Mandados de Segurança n^{os} 2006.005996-0, 2006.006795-0, em trâmite no TJ/RN; Mandado de Segurança 2007.001334-5, em trâmite no TJ/AM; e Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7, corrente no TJ/AL. Sobre esse assunto, ler especialmente o Parecer do Dr. Luis Roberto BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, publicado em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582 (acessado em 08.fev.2008). Também ilustram o mencionado assunto, as discussões sobre a assinatura básica da telefonia (sobre isso ver <http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=778>, acessado em 08.fev.2008)

No entanto, o Estado organizador das relações sociais tem sido tão questionado quanto freqüentemente estudado⁷. E o motivo do questionamento é que a teoria civil, apesar de ter apresentado recentemente grande evolução, nunca foi pensada de forma a concordar com a teoria administrativa. E o discurso que já era dicotômico – intervenção do estado vs. direitos individuais – tem se afastado por demais.

É preciso, então, definir claramente os princípios da atividade econômica e, conseqüentemente, a justificativa da aplicação do direito da concorrência no nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à restrição de direitos privados, para que não se avalie como infundado o intervencionismo estatal nesses interesses.

Ao analisar a legislação nacional, torna-se possível traçar a legitimidade da restrição de direitos quando, ao serem mal utilizados, deixam de ser direitos e passam a configurar infração à ordem econômica, à luz da lei 8.884/94.

Nessa esteira, o tema aqui proposto, por lidar com conceitos com os quais o positivismo *não tem meios para lidar*⁸ – como os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e normas em branco que devem ser preenchidas com valorações –, necessariamente partirá de um tratamento histórico dos valores tais como liberdade e propriedade para, então, concluir como é que o direito estabelecido no Brasil define o direito de propriedade exercido pelo empresário e regula as suas limitações.

Verificada a proibição do exercício de um direito, espera-se também definir os limites do controle sobre essa vedação por parte do órgão julgador – o CADE – e

⁷ Em rápida análise da biblioteca de teses da PUC/SP foi possível identificar mais de 15 dissertações/teses a respeito da intervenção do Estado ou da necessidade de intervenção para a garantia ou estabelecimento da ordem social – seja ela expressada pela atividade econômica ou pela organização familiar.

⁸ CORDEIRO, A. Menezes. Prefácio. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: 3ª ed. Fundação Calouste Goulbenkian, 2002 pp. XXII.

examinar se há possibilidade de o órgão julgador prescrever a conduta a ser adotada pela (o) empresa/ sócio.

Desta forma, neste trabalho, debruçei-me sobre os atos de concentração que têm o condão de gerar efeitos anticompetitivos – ou seja, que provocam altas concentrações em mercados cujas condições são propícias ao abuso do poder formado – pois são estes que justificam a imposição de restrições ao exercício de direitos.

O estudo foi dividido em três partes, sendo que a primeira buscará analisar os fundamentos dessa restrição. A segunda parte discutirá qual o limite da proteção da concorrência dado que a mesma dever ser protegida, e a última parte buscará encontrar o equilíbrio entre o limite do exercício da livre iniciativa e o limite da ação do Estado, no momento da aplicação do direito antitruste aos casos concretos.

Dessa forma, passa-se na primeira e segunda parte por uma breve construção científica a fim de estabelecer os motivos das normas postas serem as presentes, para então, na terceira parte, definir como estas devem ser aplicadas, portanto uma definição da tecnologia do direito antitruste.

Para a análise dos fundamentos da proteção à concorrência, examinarei no primeiro capítulo da primeira parte o exercício da autonomia da vontade, da autonomia privada e da livre iniciativa, principalmente em face da existência do poder econômico. Para tanto, levantarei o desenvolvimento do conceito da livre iniciativa, mais especificamente do direito de propriedade – aspectos econômicos, sociais e de Direito Civil – desde o *laissez faire* até os dias atuais, incluindo a análise da sua influência nas teorias da responsabilidade e a crescente intervenção do Estado nos negócios privados. A partir da definição desses

conceitos, e da sua valoração frente aos demais princípios jurídicos, é possível definirmos os limites de seu exercício.

No capítulo seguinte, ainda nesta primeira parte, irei identificar como o Direito configura o mercado e define os valores que deseja tutelar, identificando e delimitando o ramo do direito que abarca tais normas – o Direito Econômico – e, então, realizando o corte relativo às normas que irão ser analisadas no presente trabalho, quais sejam, especialmente aquelas que se referem ao Direito da Concorrência. Aqui serão identificados os instrumentos usados como restrição à liberdade de iniciativa.

O Terceiro Capítulo faz, então, a delimitação do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao direito antitruste, de forma que possamos verificar quais são as escolhas brasileiras feitas para a criação de seu mercado, que justificam a atuação do Estado e limitam a atuação da empresa. Novo corte é realizado para que se identifique como objeto de análise do presente trabalho exatamente as normas antitruste que interessam: as que se referem ao controle preventivo dos atos de concentração.

Encerra-se essa primeira parte, então, tendo definido o arcabouço jurídico brasileiro e filosófico que permite que o Estado interfira nas atividades econômicas privadas, especialmente naquelas que envolvem os atos de concentração.

A Segunda Parte verificará, por outro lado, qual é a justificativa para a atuação da empresa e os limites do Estado na sua intervenção, pois a propriedade privada foi escolha realizada pelo constituinte, alçada a princípio constitucional e cláusula pétrea⁹. Para tanto, no seu Primeiro Capítulo devo pôr o foco sobre a teoria que hoje trata das empresas, seu estabelecimento e seu funcionamento para que fique justificada a sua atividade e atuação

⁹ Elencado no art. 170 da Constituição como princípio da ordem econômica e entre os direitos individuais garantido no art. 5º, XXII

e se possa, então, identificar os problemas que daí decorrem, especialmente na dinâmica que as envolve, principalmente nos atos de concentração, de modo que ultrapassem o limite da sua liberdade passando a exigir uma atuação do Estado.

Já no Segundo Capítulo dessa segunda parte, verificarei exatamente qual a gênese e forma dos atos de concentração, justamente de modo a identificar em que situações da atividade ou do desenvolvimento das sociedades empresárias podem dar ensejo aos atos de concentração, e quais deles são utilizados com o fito ou efeito de burlar a concorrência.

O Capítulo seguinte abará o tratamento dado pela lei antitruste aos atos de concentração tidos como anticompetitivos. Além de definir quais são, concluirei através da análise sistemática da Lei 8.884/94 e da evolução do antitruste apontada no capítulo anterior, que esses atos anticompetitivos são, na verdade, infrações à ordem econômica.

Tendo definido a justificativa da intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas e a justificativa para a atuação da empresa, é imperativo analisar como se dá a aplicação da lei antitruste, sob os vetores dos limites do Estado na sua intervenção e das balizas da realização da empresa. Esse, então, é o objeto da terceira parte.

Desta feita, o primeiro capítulo da terça parte tece os requisitos do CADE para a análise da concorrência, de forma a decidir sobre os atos de concentração. Como identificar o ato-infração e como lidar com os diversos tipos de decisão possíveis e as espécies de restrições que podem ser daí advindas, com especial foco sobre as decisões estruturais, é o foco desse capítulo.

O propósito do segundo capítulo é examinar, em face dos passos para a análise estabelecidos na lei, qual é a natureza da decisão do CADE e os limites da decisão desconstitutiva.

O terceiro e último capítulo busca observar o comportamento do CADE em matéria de restrições, para verificação do cumprimento da função de manter a concorrência livre do abuso do poder econômico das empresas. O escopo não será analisar as decisões individualmente consideradas, mas sim onde estão as principais restrições impostas.

A conclusão, assim, como se verá, identificará os pontos para a decisão e justificativa das restrições impostas, clamando, porém pela observação do órgão nacional da propriedade e dos limites decisórios que se lhe impõem.

Assim, pretende-se com este estudo unir à ponta de direito público do direito da concorrência, já amplamente debatida, a ponta de direito privado desta categoria sistemática, de modo a compatibilizar os discursos, que, como se verá, não são tão antagônicos como se imagina.

PRIMEIRA PARTE

Justificativas para a defesa da concorrência e a limitação à atuação da
empresa

Capítulo I

O exercício da livre iniciativa

O presente capítulo objetiva fazer um levantamento e analisar o histórico do exercício da livre iniciativa – mais especificamente dos aspectos econômicos, sociais e jurídicos do direito de propriedade – frente ao desenvolvimento liberal desde o *laissez faire* até os dias atuais. A partir de daí é que caminharei para a verificação da evolução do pensamento sobre tais conceitos, chegando à configuração jurídica e econômica do Brasil atual, tornando possível traçar a sua influência nas teorias da responsabilidade e justificar a crescente intervenção do Estado nos negócios privados.

Tais definições são de suma importância se considerarmos que o constituinte brasileiro elevou a liberdade de iniciativa a fundamento do Estado Democrático de Direito ao dispô-la entre os incisos (IV) do seu art. 1º.

1. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa e o poder econômico

Ainda que possa parecer tarefa simples a definição dos conceitos aqui tratados, com a simples disposição dos sujeitos e objetos que atuam em cada um deles, todos trazem em si uma grande dose de imagens sujeitas a diversas construções, a depender da ideologia informadora que os permeia, tais como a *liberdade* e a *vontade*.

Dessa forma, na tentativa simplista de dispor sujeitos e objetos, poder-se-ia conceituar a autonomia da vontade como a disposição do sujeito de direito em realizar a

sua vontade mediante os institutos jurídicos vigentes¹⁰. Seria a simples submissão do sujeito à sua própria vontade, ligada à dignidade da pessoa humana.

Na mesma esteira, a autonomia privada – que não se confunde com a autonomia da vontade, como definem Rosa e Nelson NERY e Francisco AMARAL NETO, muito embora assim não entenda grande parte de juristas¹¹ – conceitua-se como a capacidade de indivíduos celebrarem contratos entre si, fazendo normas que os submetam uns aos outros, sem a participação do Estado ou de qualquer ente investido de autoridade. A autonomia privada é, portanto, *motor da livre iniciativa econômica privada*¹².

A livre iniciativa, por sua vez, seria a capacidade de os particulares ingressarem livremente em qualquer atividade econômica, sem prévia autorização do poder Público e sem a atuação do Estado nas mesmas atividades, salvo em casos prescritos em lei¹³.

Dito isso, fica evidente que o exercício dessas três capacidades está sujeito à configuração do ordenamento jurídico, pois que dependente do significado que se

¹⁰ Nesse sentido, ver NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo, RT, 2005, p. 475; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia Privada*, disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm> acessada em 13.mar.2008

¹¹ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. loc. cit; AMARAL NETO, Francisco dos Santos loc. cit; e FERRI, Luigi. *La autonomia privata*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5-10. Especificamente a respeito da necessidade de distinção entre os dois conceitos, ver PARGENDLER, Mariana Souza. *A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão de valor de auto determinação da pessoa* em http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm Acessado em 28.jan.2008. Autonomia da vontade definida como capacidade de celebrar atos que fazem lei entre as partes, ou sinônimo de autonomia privada, ver GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico Jurídico*, São Paulo: Rideel, p.111; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40; GOMES Orlando, *Contratos*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-26; RODRIGUES Silvio. *Direito Civil, v.3: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 29ª, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

¹² PARGENDLER, Mariana Souza. *A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão de valor de auto determinação da pessoa*. op.cit.

¹³ Desta forma, ver GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 241-242; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 769; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16; e FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 107. Conceito às vezes confundido com a livre concorrência. Ver HORACIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 657

convencione adotar para “liberdade” e de eventuais limitações criadas, como por exemplo o reconhecimento da existência do mencionado poder econômico¹⁴, situação de fato, permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁵, como ficará configurado neste trabalho, por não ser expressamente proibida.

O poder econômico, ou posição dominante, que será especificamente tratado no Capítulo III desta parte, deve ser caracterizado menos por um dado numérico estático, e muito mais pela capacidade de determinado agente intervir de acordo com a sua vontade e interesse unilaterais no regular funcionamento do mercado. Segundo DUTRA¹⁶, *poder econômico é a soma dos meios materiais e não materiais, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária, no mercado de bens ou serviços onde atua.*

A capacidade jurídica de um sujeito submeter-se à sua própria vontade dependerá do objeto da sua vontade ser lícito e juridicamente possível. Nesse sentido, a vontade encontra-se restrita às possibilidades dispostas pelo ordenamento. O mesmo se dá com a autonomia privada e a livre iniciativa, que são limitadas pelo ordenamento¹⁷, não só na fixação de seus objetos, mas também na forma de seu exercício, considerando tautologias naturais do mercado, por exemplo, que serão objeto deste capítulo. Não pretendo aqui solucionar as questões relacionadas à noção de liberdade, genericamente, pois que o trabalho adquiriria um caráter por demais filosófico fora de seu escopo.

¹⁴ Conceito ligado à capacidade subjetiva do agente detentor influenciar na dinâmica natural do mercado em que está inserido, na medida em que toma decisões de forma independente, em CARVALHOSA, Modesto. *Poder Econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.1; ver FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 314. Em termos objetivos, o conceito de poder econômico é fluido, dependendo da positivação de determinada visão do pensamento econômico. No Brasil, o poder econômico é presumido para aqueles que detém mais de 20% de determinado mercado relevante.

¹⁵ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, p. 144-147

¹⁶ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.322

¹⁷ FERRI, Luigi,. *La autonomia privata*. op. cit, p. 11

Interessa-me, porém, fazer breve análise da evolução do pensamento econômico e, portanto, da propriedade, a fim de situar o momento histórico para a interpretação de tais conceitos, uma vez que o conceito de livre iniciativa está intimamente ligado à matéria econômica, por ser o aspecto econômico da autonomia privada¹⁸.

Ademais, é importante já adiantar que, se a propriedade nasceu absoluta no Direito Romano¹⁹, o final do século XIX e início do século XX²⁰ vieram sedimentar o necessário cumprimento da sua função social para legitimá-la. Leis ou construções jurisprudenciais ao longo do tempo vieram intervindo nos conceitos mencionados²¹, e todas elas justificaram-se na evolução do pensamento econômico e nas descobertas das diversas teorias clássicas e neoclássicas.

2. Panorama histórico do pensamento econômico

O desenvolvimento do pensamento econômico sobre as questões de liberdade e de propriedade é questão basilar da análise, pois é a partir do exame das idéias econômicas que se podem analisar as mudanças nos marcos legais e, conseqüentemente, no conceito de livre iniciativa, de que tenciono tratar, isso porque estas idéias são produtos do tempo e espaço que ocupam, como também é o Direito.

¹⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 116

¹⁹ O direito de propriedade era absoluto e se outras pessoas, incluindo aí o próprio Estado, os desrespeitassem, justificariam reação proporcional como medida de defesa. Sobre o tema ver MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Principais limitações ao direito de propriedade* no Código Civil de 2002. in: Revista do Advogado. Ano XXVI. Nº 90. São Paulo: AASP, mar/2007. p. 7 - 22.

²⁰ Augusto Comte (1798-1857), ao defender posição intermediária entre o liberalismo e o positivismo, pôs foco sobre a sociedade, elaborando o conceito inicial de propriedade como função. Sobre isso ver LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 94-96 e ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed. *Comprendre lê théories économiques*, tome 2, *Peitit guide des grand courant*, Édition du Seuil, 1988, p. 171-177

²¹ Sobre o tema, ver VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. op. cit., p. 29

Como bem lembra Gaspar Ariño ORTIZ²², a relação entre direito e economia alterou-se ao longo da história, dividindo-se em períodos. O primeiro, até final do século XVII, a chamada ordem moral da economia, quando a ética e a moral exigiam uma ordem jurídica que fosse condizente com a virtude e a justiça.

O segundo momento, que vigorou entre os séculos XVIII e XIX, época da Revolução Industrial, era chamado ordem natural da economia, ou liberalismo econômico. Na época, Adam Smith, o primeiro teórico a debruçar-se sobre a teoria econômica e formular algumas leis sobre o mercado, desenvolveu a sua tese da mão invisível, que reduzia a participação do Estado para poucas funções.

Se VON MISES considera o mercado como um processo movido pelos valores da sociedade nele atuante²³, é importante analisarmos como esses juízos de valor costumam formar o mercado. E não se pode olvidar que o direito também é formado pelos valores de determinada sociedade – que ora admitem a pena capital, ora podem admitir a realização do aborto, e às vezes determinada matéria pode ser definida de formas absolutamente contrárias ao mesmo tempo e em espaços distintos – de forma que o conceito de mercado que se utilizará aqui é o mesmo de Natalino IRTI²⁴: uma unidade jurídica das relações de troca de um dado bem ou de uma dada categoria de bens, ou seja, o mercado é um lugar artificial, criado pelo direito.

²² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. op. cit., p. 1-2

²³ O mercado, conforme definição de Ludwig Von Mises, é um processo e não um lugar, uma coisa, ou um ente personalizado. Esse processo move-se pela interação dos indivíduos nele atuantes, seus julgamentos de valor dos indivíduos e suas ações baseadas nesses julgamentos de valor. Ele organiza-se através das relações de troca estabelecidas pela interação daqueles que estão desejosos de vender com aqueles que estão desejosos de comprar. Desta forma, as ações individuais dos membros da sociedade ajustam-se aos requisitos da cooperação mútua. Os preços de mercado é que informam aos produtores o que produzir e em que quantidade. Ver MIESES, Ludwig Von. *O mercado*. Rio de Janeiro: José Olympio/Instituto Liberal, 1987, Disponível em: <http://www.fca.unesp.br/departam/Gestao/docentes/textdisc/alberto/mercado.doc>. Acesso em: 26 abr. 2006.

²⁴ No original: *unità giuridica delle relazioni di scambio di un dato bene o di una data categoria di bene* IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 5ª ed. 2003, p. 81-82

Smith concebeu o homem econômico como um ser racional, individualista e egoísta. Segundo sua teoria, a natureza guia o homem através de uma mão invisível, pela qual indivíduos que perseguem seus próprios interesses produzem um resultado não intencionado e imprevisível: o bem estar social. Reconhecia-se a ilusão projetada nas pessoas de que *a felicidade pessoal era fruto, principalmente, da riqueza material*²⁵.

As idéias de Smith levadas ao extremo resultariam em uma quase anarquia capitalista²⁶, *um estado em que o Governo tivesse adotado uma política de laissez-faire, permitindo que as forças da concorrência e o livre jogo da oferta e da procura regulassem a economia, que ficaria quase que completamente livre das restrições do Governo ou de suas intervenções*²⁷.

Smith, porém, reconhecia que o Estado deveria exercer algumas (poucas) funções:

Primeiro, a função de proteger a sociedade da violência e da invasão de outras sociedades independentes; segundo, a função de proteger, na medida do possível, todo membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer de seus membros ou a função de oferecer uma perfeita administração da Justiça; e, por fim, a função de fazer e preservar certas obras públicas e de criar e manter certas instituições públicas, cuja criação e manutenção nunca despertariam o interesse de qualquer indivíduo ou de um grupo de indivíduos, porque o lucro nunca cobriria as despesas que teriam estes indivíduos, embora, quase

²⁵ HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 1981, p. 66

²⁶ Com relação à defesa incontestável do *laissez-faire* ver as escolas austríaca e de Chicago, cujo maior expoente é Milton Friedman. Ver HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*, op. cit., p. 481-496

²⁷ HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*. op. cit., p. 78

sempre, tais despesas pudessem beneficiar e reembolsar a sociedade como um todo”²⁸.

Na verdade esse era o ideal de Smith. Ele, porém, reconhecia que o estágio do capitalismo em 1776 encontrava-se muito longe do seu ideal, com evidentes defeitos tais como o conflito de classes e a tendência monopolizadora dos capitalistas.

O desenvolvimento da teoria clássica, com Ricardo e Malthus, levou ao nascimento da teoria Utilitarista, ética normativa segundo a qual uma ação é moralmente correta se tende a promover a felicidade e condenável se tende a produzir a infelicidade, considerada não apenas a felicidade do agente da ação, mas também a de todos afetados por ela. Seus maiores autores eram Jeremy Bentham, Jean Baptiste Say e John Stuart Mill²⁹. Os economistas começam a se afastar da formulação da “ordem natural da economia” e começam a questionar os valores humanos na condução da mão invisível.

Com a mitigação da liberdade e o reconhecimento da pobreza, os economistas – ainda da escola clássica – como Karl Marx, passaram a defender a antítese do liberalismo, extremando-se para o total extermínio da atuação particular sobre o mercado. É dispensável analisar aqui o pensamento comuno-socialista, pois que não é o sistema adotado pelo Brasil, e que se afasta das concepções de mercado e liberdades informadoras do sistema brasileiro. O que é importante nas teorias antitéticas do liberalismo é a sua influência no pensamento capitalista e a síntese daí advinda do Estado do Bem Estar Social.

²⁸ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. apud HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*. op. cit., p.82

²⁹ Introdução aos princípios da Moral e da Lei, de *Jeremy Bentham*, publicado pela primeira vez em 1780; Um tratado de Economia Política, de *J.B. Say*, publicado pela primeira vez em 1821; e Princípios de política econômica, de *John Stuart Mill*, publicado pela primeira vez em 1848. Quanto ao desenvolvimento da teoria econômica e do capitalismo, ver ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed, *Comprendre le théories économiques*, op. cit.

A história da liberdade contratual pouco foi influenciada pelas teorias econômicas pós-1870³⁰, embora, em longo prazo, tenha havido, sem dúvida, um intercâmbio entre as disciplinas. Com o crescimento do poder político da classe trabalhadora e a aceitação de que a condição e pobreza era um problema econômico e não moral, deu-se início a um novo emprego da teoria da utilidade marginal³¹, como uma arma para lutar para maior igualdade de renda e riqueza.

John Maynard Keynes apregoou de vez a destruição do mecanismo de aprumo da economia – de que desemprego alto baixaria salários, o que faria os empregadores contratarem mais empregados – e propagou a idéia de que uma economia, quando deixada ao livre jogo das forças de mercado, é incapaz de alcançar e/ou permanecer em uma posição de pleno emprego da força de trabalho³².

A política do *laissez-faire*, segundo Keynes, seria inadequada para solucionar os problemas econômicos e sociais do mundo atual. Keynes inclusive decretou "o fim do *laissez-faire*" em um artigo do mesmo nome³³.

Ideologias mais intervencionistas, como a de Keynes e de seus discípulos, defendiam um papel permanente para o governo na economia, através da adoção

³⁰ ATIYAH, P.S.. The rise and fall of freedom of contract, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 605

³¹ Lei econômica que determina que quanto mais um indivíduo adquire de um mesmo bem, cada bem a mais adquirido tem menos utilidade do que o exatamente anterior. A teoria da utilidade marginal foi inicialmente aplicada com relação 1) à otimização dos recursos dos consumidores – mesma satisfação a cada centavo gasto –; 2) à otimização dos lucros dos produtores, ao garantir que o produto marginal de cada centavo merecidamente gasto seria retornado; e 3) ao agregado total da sociedade, que poderia ser substancialmente aumentado por uma maior equalização da riqueza. Com relação a isso ver ATIYAH, P.S.. The rise and fall of freedom of contract, op. cit, p. 602-604

³² ATIYAH, P.S.. The rise and fall of freedom of contract, op. cit, p. 626

³³ KEYNES, John Maynard. *The end of Laissez faire*, Disponível em: <http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>. Acesso em: 08.01.2008. No original: “The world is not so governed from above that private and social interest always coincide. It is not so managed here below that in practice they coincide. It is not a correct deduction from the principles of economics that enlightened self-interest always operates in the public interest. Nor is it true that self-interest generally is enlightened; more often individuals acting separately to promote their own ends are too ignorant or too weak to attain even these. Experience does not show that individuals, when they make up a social unit, are always less clear-sighted than when they act separately”.

de políticas econômicas dirigidas de modo a criar um ambiente estável e seguro que estimulasse a realização de novos investimentos³⁴. Não se confunde, portanto, com um intervencionismo nos moldes dos regimes comunistas totalitários.

Em resumo, Keynes defendia a economia mista com a crescente regulamentação de setores da economia, o *Welfare State* e políticas governamentais que focassem a manipulação da demanda agregada. Segundo HUNT³⁵, Keynes tentou eliminar um dos três pilares do pensamento neoclássico, ou seja, eliminar a premissa da “mão invisível”, mantendo, porém, a *fé na teoria da distribuição baseada na produtividade marginal e a fé na eficiência alocadora do mercado*.

O intervencionismo mínimo com maior distribuição de riquezas e da renda propagado por Keynes, por ser confuso³⁶, logo foi questionado pelos neoliberais, que preferiram aproximar-se da questão social de outras formas³⁷, sem, porém ignorar a importância da relativização do *laissez faire*.

Sem embargo, os novos economistas, sejam da escola histórica, institucionalistas ou da sociologia³⁸, passaram a dissociar a idéia de que *laissez-faire* e liberdade de contratar seriam verdades científicas da teoria econômica. Entendendo, porém que somente o Estado, ao agir como saneador das diferenças³⁹, poderia garantir que as liberdades fossem efetivamente exercidas em uma negociação contratual.

³⁴ Ibidem. *The most important Agenda of the State relate not to those activities which private individuals are already fulfilling, but to those functions which fall outside the sphere of the individual, to those decisions which are made by no one if the State does not make them.*

³⁵ HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*. op. cit., p. 449

³⁶ Ibidem, p. 451

³⁷ ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed, *Comprendre le théories économiques* op.cit., p. 152-155, mostra como evolução do pensamento econômico capitalista uma aproximação às teorias de economias social de Sismondi, e afastamento da teoria keynesiana.

³⁸ Ibidem, p. 152

³⁹ ATIYAH, P.S.. *The rise and fall of freedom of contract*, op. cit, p. 615

Essas novas correntes de pensamento econômico foram, então, concomitantemente, alterando o próprio conceito de competição, afastando-se da idéia de responsabilidade individual e adotando a idéia de um pensamento social. De fato, Sismondi é quem propõe a intervenção do Estado de forma a garantir que o interesse privado não lese o interesse social⁴⁰.

Desta forma, o desenvolvimento do pensamento econômico levou à racionalização das liberdades e o seu natural fronteiramento por conceitos tais quais a boa-fé e a função social da propriedade e dos contratos. Assim, restou patente em dado momento histórico que *nem à propriedade dos bens de produção, nem à dos títulos de participação societária pode aplicar-se o conceito romano do direito de usar, gozar e dispor*⁴¹. Como consequência dessa evolução do entendimento acerca das liberdades pela ciência econômica, surgiu, no fim do século XIX, início do XX, a teoria sobre a função social dos direitos subjetivos⁴². Foi fundamental para esse surgimento a contestação do individualismo apregoado pelo liberalismo econômico e a necessidade de opor-se a ele o bem estar da sociedade inteira.

Como síntese da teoria e das discussões dela surgidas, a função social da propriedade impossibilita o exercício do uso, gozo e disposição da propriedade em prejuízo a terceiros e impõe ao proprietário deveres de função voltada ao interesse público. A função social implica, assim, o *poder-dever de organizar, explorar e dispor*⁴³ restringindo, por

⁴⁰ Em ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed, *Comprendre les théories économiques*. op. cit., p. 154-155: *Chaque producteur, pour réduire les risques de l'incertitude, va tenter par tous les moyens de s'attribuer la plus grosse part du revenu social, aux dépens des autres (...) Pour remédier à cette situation, Sismondi propose l'intervention de l'État, qui doit veiller à ce que l'intérêt particulier respecte l'intérêt général.*

⁴¹ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. op. cit., p. 30

⁴² LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op. cit., p.109

⁴³ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. op. cit., p. 30

exemplo, a expectativa da participação societária nos resultados pelo limite do risco e da responsabilidade.

A partir do reconhecimento da necessidade de um direito que reunisse as normas e instrumentos jurídicos para a ordenação da atividade econômica, racionalizando as liberdades e permitindo que a distribuição de renda e o emprego fossem postos em prática, foi inevitável uma maior aproximação das duas disciplinas envolvidas, Direito e Economia. Desta forma, não tardou a surgir uma corrente que entende que as análises econômicas devem inspirar e fundamentar a interpretação jurídica⁴⁴ – a Law and Economics Theory, que nasceu em 1960 nos EUA.

3. Análise Econômica do Direito ou Law and Economics

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito é um movimento político social que pretende reformar a lei e as instituições legais, fazendo da primeira uma servidora do crescimento econômico e do progresso político e social. Ou seja, uma corrente de pensamento que entende que as análises econômicas devem inspirar e fundamentar a interpretação jurídica.

Desde que Stuart Mill, em 1883, debruçou-se sobre a distinção entre leis de produção e leis de distribuição – as primeiras cuidando da eficiência e as demais cuidando da justa alocação de recursos –, tentando coordenar o estabelecimento de um metamerca⁴⁵, submetido à lei da justiça, tem havido tentativas no sentido de realizar o que hoje se denomina análise econômica do direito. No entanto, pode-se afirmar que o nascimento da teoria

⁴⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, op. cit., p. 22

⁴⁵ Ibidem, loc. cit. Metamerca é o marco institucional criado pelo direito para regular as relações econômicas. Aprofundarei esse tema no Capítulo II da 1ª parte

propriamente dita se deu em 1960.

Coase, expoente de um movimento intitulado neo-institucionalista⁴⁶ e crítico da teoria das “falhas de mercado” de Mill, aponta, no seu trabalho intitulado “O Problema do Custo Social”, uma nova metodologia que sustenta que as instituições, e.g. o Estado, são vitais à análise econômica. A sua tese sustentava que, no caso de conflito entre dois sistemas de valores (liberdade, igualdade e justiça x eficiência), devem ser usados critérios para solucionar o conflito de forma que o resultado final para cada parte e para o conjunto da sociedade seja de eficiência, ou ótimo de Pareto⁴⁷.

Coase demonstrou que os efeitos externos se internalizariam sem necessidade de impostos e subsídios (intervenção administrativa) se os afetados pudessem contratar livremente. A solução mais eficiente para um conflito seria a admissão da solução negociada entre as partes atingidas pelas externalidades.

Para que as falhas de mercado fossem mais bem corrigidas, os defeitos do metamercado é que deveriam ser eliminados em primeiro lugar. Instituições e regras sólidas e eficientes que fomentam a produtividade é o que acaba por corrigir o mercado.

Na visão de Coase, as duas condições necessárias para que as externalidades pudessem desaparecer sem intervenção pública seriam a correta definição dos direitos de apropriação através de título jurídico, de conceito mais amplo que o de direito da propriedade em sentido civil, e a anulação dos custos de transação – é necessário facilitar as

⁴⁶ E que teve como expoente na geração anterior, Thorstein Vreblen (fim do século XIX). A corrente Institucionalista situa-se em algum lugar entre o liberalismo econômico e o intervencionismo. O Institucionalismo acreditava que o capitalismo era na verdade resultado das instituições jurídicas da época, como o direito de propriedade e a relação de trabalho. Na década de 60 esse movimento renasceu, tendo como adeptos, além de R. Coase, Douglass C. North e Samuels.

⁴⁷ “Uma distribuição de recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada”. Critério de Pareto segundo STEPHEN, Frank H., *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 41

transações entre as partes afetadas pelo conflito.

Richard Posner incrementou a teoria de Coase, na década de 70, quando a chamada Escola de Chicago fez da análise econômica do direito uma disciplina autônoma. A partir de então, desenvolveu-se a possibilidade de todo o direito ser analisado economicamente, uma vez que muitas instituições jurídicas estão construídas sobre uma lógica econômica. Diante das falhas de mercado, ao invés de corrigir os seus efeitos diretamente, pode-se melhorar o seu funcionamento, corrigindo-se os defeitos do metamerado. A hipótese básica de Posner era a de que as instituições jurídicas podem ser analisadas economicamente, examinando-se em que medida fomentam a produtividade da economia.

A Economia forneceria, assim, uma estrutura teórica para a análise jurídica: um método de dedução de prognósticos a respeito de um comportamento segundo a lei ou um método de dedução de um conjunto de normas para produzir o comportamento desejado. Um método analítico distinto, portanto, do estudo tradicional de interpretação de casos utilizados pelo Direito, que é, por excelência, indutivo. A distinção radical entre Posner e Coase era o papel diminuto que o direito assumia na formulação do primeiro – que, curiosamente era Juiz, enquanto Coase era economista. Posner assumia assim uma posição neoclássica, mais próxima do liberalismo.

Outros expoentes surgiram para criticar a majoritária Escola de Chicago, como Joanne Schoroeder, para quem os adeptos dessa escola pecam justamente por cercarem-se dessa objetividade econômica, esquecendo-se dos demais aspectos da natureza humana⁴⁸.

Claro está que a teoria encampada por Chicago é apenas um dos vários

⁴⁸ GONÇALVES, Priscila Brólio. *Direito e mercado: a liberdade de contratar como expressão da livre iniciativa e suas limitações - Dirigismo contratual e interpretação dos contratos comerciais*. Trabalho não publicado

matizes da chamada Análise Econômica do Direito; um outro destes espectros é o já citado neo-institucionalismo.

Priscila Gonçalves menciona ainda uma terceira corrente contemporânea às duas outras citadas: a teoria “liberal-reformista” capitaneada por Guido Calabresi, segundo a qual deve-se compreender que há outros valores sociais além da eficiência, do que decorre haver a necessidade de uma preocupação distributiva quando da análise do direito a partir da teoria econômica⁴⁹.

Este trabalho não tem a pretensão de aprofundar-se nas diversas escolas e ramos que professam a necessidade de se realizar uma análise econômica do Direito. Ainda assim é importante verificar que a utilização da teoria econômica para a solução de conflitos jurídicos é, em maior ou menor grau, uma ferramenta existente e útil. Até porque seus conceitos permeiam a análise antitruste, realizada, como desenvolverei no Capítulo I da terceira parte, pelas autoridades da concorrência brasileira.

O grande problema é, então, harmonizar os objetos, como identificou George STIGLER⁵⁰:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ STIGLER, George. Law or economics?. The Journal of law and Economics v. 35, n. 2, p 462-3, out. 1992 apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 4

economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas.

Desta forma, o direito de propriedade e a livre iniciativa devem sempre ser interpretados no contexto do pensamento econômico atual, porque conceitos intrínsecos à determinação do metamercaado pelo Direito. Como se verá no capítulo a seguir, tais princípios são, portanto, indissociáveis dos conceitos trazidos com o desenvolvimento do pensamento capitalista global e majoritário, como função social, hipossuficiência e as demais falhas de mercado reconhecidas.

Assim, o verdadeiro conceito de livre iniciativa não deve ser interpretado como a capacidade de os particulares ingressarem livremente em qualquer atividade, mas sim como o poder-dever de os particulares ingressarem responsavelmente nas atividades que se lhe aprouverem, da forma como o ordenamento permitir. O exercício da livre iniciativa está, então, condicionado à função social da empresa ou da propriedade e nas condições detidas por aquele que exerce essa capacidade, mormente se o mesmo detém qualquer posição que o privilegie, como poder de mercado. E se a existência do poder de mercado não é proibida por nosso ordenamento jurídico, como se verá a seguir neste trabalho, o seu exercício, nas precisas palavras de BRUNA⁵¹, *será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados*, ou seja, quando não caracterizar abuso.

A oposição desse poder-dever em face do interesse social será analisada no capítulo seguinte.

⁵¹ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, op.cit., p.144-147. No mesmo sentido, ver DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op. cit., p. 323.

Capítulo II

O papel do direito na organização do mercado

O objetivo do capítulo que ora se inicia será traçar – a partir do reconhecimento no capítulo anterior de que a livre iniciativa é um poder-dever dos particulares explorarem as atividades econômicas de interesse social – o papel do direito na criação e delimitação do interesse econômico social e da esfera de liberdades reservadas aos particulares.

1. O estabelecimento do mercado

Como visto no capítulo anterior, as teorias sobre as relações econômicas e o funcionamento do mercado são alteradas a cada mudança do pensamento da sociedade. Ora baseava-se na moral, ora na liberdade. Assim como o Direito que deriva da *peculiar evolução histórica do povo*⁵² ou ainda que é a expressão do espírito de um povo e de uma época, como bem definiu Ihering em seu *Espírito do Direito Romano*, como lembra VIDIGAL.

É fato que as ideologias de determinada sociedade em determinada época é o que traça o Direito e o que forma um Estado. É o Direito, através da Carta Constitucional, que organizará os quatro elementos constitutivos do Estado (povo, território, poder e finalidade), formando essa entidade e disciplinando os seus poderes. O Estado nada mais é que *uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global*

⁵² VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. op. cit., p. 18

*das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de um poder soberano institucionalizado*⁵³.

E é o Direito que se apresenta como um *sistema valorador, orientado para um ideal de Justiça, dinamicamente estruturado em instituições e preceitos que demarcam esferas de liberdade individual e organizam campos de coercitiva subordinação ao interesse coletivo*⁵⁴.

É importante que reconheçamos a importância do elemento jurídico na organização social. Para o Direito não existe uma norma vazia sem uma pretensão ou um interesse a proteger, sem um valor que lhe esteja por trás; a sociedade é uma representação de valores sociais democraticamente estabelecidos⁵⁵.

É na Constituição que serão estabelecidas as formas de Estado e de Governo e os fundamentos e os objetivos do Estado. Enfim, os direitos fundamentais e os demais princípios da política social delineados pela Constituição impõem determinados parâmetros para a ordem econômica, que não poderão ser violentados.

O Direito, portanto, deve configurar o sistema econômico criando um marco institucional, chamado por Gaspar Ariño ORTIZ⁵⁶ de metamercado, onde as relações econômicas devem mover-se. Até porque, segundo IRTI⁵⁷, a economia de mercado e a livre concorrência não são por si disciplinas jurídicas, mas agem como princípio que modelam o

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 21ª ed. Malheiros, 2002. p. 17, citando Balladore Palieri

⁵⁴ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. op. cit., p. 13

⁵⁵ SALOMÃO Fº, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32

⁵⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. op. cit., p.18

⁵⁷ IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. cit., p. 35. No original: *L'economia de mercato e la libera concorrenza non esprimono di per sé discipline giuridiche, che siano applicabili a ogni bene e situazione storica; ma agiscono come principi, su cual si modella la pluralità degli statuti normativi*.

ordenamento. Assim, o quanto visto no capítulo inicial deste trabalho trata exatamente da revisão desses temas como princípio.

Não se diga que a compreensão do direito como formador do mercado é ponto pacífico na doutrina. Celso BASTOS⁵⁸ levanta a questão sobre a existência ou não de uma Constituição Econômica, a exemplo das Constituições política ou social, mas de imediato a resolve ao defini-la como *um sistema ou conjunto de normas jurídicas, tendo como critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia*. Continua o mencionado autor lembrando que a constituição econômica não pode ser entendida autonomamente, fora de todo o arcabouço constitucional.

O metamercao abarcará as espécies normativas de distribuição de riqueza e de produção, até porque as leis de distribuição interagem com as leis de produção que não são normativos estanques, conforme constatado pelo próprio Stuart Mill.

A partir de um certo grau de redistribuição aparecem efeitos perversos sobre a produção – por exemplo: quando se priva um agente de um incentivo econômico para criar riqueza, aparecem falhas de mercado. De onde se pode concluir que existem interações entre as leis de produção e de distribuição e que, portanto, ambas compõem o marco institucional, que é um fator essencial para a criação de riqueza.

Assim, fica claro que cada sistema econômico requer seu próprio ordenamento jurídico. A ‘ordem natural econômica’ deve ser determinada pelo Estado, anteriormente à sua existência.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 7, p. 6

A organização jurídica da sociedade é um dado fundamental prévio a qualquer decisão econômica porque o estabelecimento de um marco institucional prescreve formas de comportamento e atitudes a serem assumidas pelos agentes econômicos e pelo Estado, tendo em vista a consecução de determinados objetivos. A criação do Estado pressupõe o estabelecimento desses objetivos. Assim, cada mudança na ideologia da sociedade gera mudança do pensamento econômico e, por conseguinte, do metamercaado. Cada escola de pensamento econômico, portanto, terá uma configuração do Direito Econômico distinta.

2. A justificação das medidas de interferência

Tendo visto que o mercado é aquilo criado pelo direito⁵⁹, pelo marco institucional, e que as diversas correntes de pensamento econômico compreendem, mais ou menos, a necessidade de regulamentação da atividade econômica, começamos a penetrar no cerne do presente trabalho, analisando as medidas de interferência estatal para a ordenação da economia e verificando a sua justificativa.

Como se viu anteriormente, na análise dos diversos tipos de sistemas econômicos, restou claro que não há consenso quanto à intervenção do estado na Economia. Algumas das correntes de pensamento realmente acreditam que as instituições jurídicas devem preservar e regular o mercado; outros acreditam que o Estado deve ser minimalista na sua atuação, e outros ainda que o governo deve tomar decisões que não seriam naturalmente tomadas pelos indivíduos. As críticas à atuação do Estado referem-se à concessão de

⁵⁹ Além de ORTIZ, a idéia do Direito como criador do mercado foi também desenvolvida, ainda mais detidamente por Natalino IRTI, na sua já citada obra *L'ordine giuridico del mercato*.

proteção exclusiva a grupos de pressão, à concessão de privilégios legais a um grupo ou a um indivíduo, e à alteração da estrutura da demanda decorrente dos custos inerentes à obtenção de um “favor” oficial.

No entanto, fica claro que proteções especiais a grupos de pressão são necessárias quando as instituições não estão bem definidas. Se o direito se ocupar de prescrever normas de fato aplicáveis, que buscassem fortalecer as instituições e conceitos adotados de modo a permitir maior produtividade, não necessitaria elaborar normas detalhadas e extensas acerca de cada um dos grupos, reduzindo o poder das críticas.

São exemplos de normas com esse intuito aquelas destinadas, por exemplo, para pacificar os fenômenos surgidos da desigualdade das partes nas negociações contratuais e que causaram, a partir da sua observação à época, o fim do *laissez faire*. Os fenômenos observados desde então são os monopólios, a assimetria de informação e a hipossuficiência do consumidor⁶⁰.

Cass SUSTEIN⁶¹, professor de Direito da Universidade de Chicago, aprofundou-se na questão da justificação das normas, através da descoberta da “causa da lei” para fins de interpretação. É possível decidir sobre a constitucionalidade da lei em função da existência ou ausência da justificação. Na realidade, o jurista sugere que, apesar das dificuldades, as normas reguladoras podem distinguir-se pelas suas funções e, nesse sentido, não devem ser tratadas como um todo indiferenciado, isto é, não podem ser julgadas constitucionais ou inconstitucionais de forma genérica.

⁶⁰ Sismondi, em ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed. *Compendre lê théories économiques*. op. cit., p.154

⁶¹ SUSTEIN, Cass R. *Lãs Funciones de las normas regulativas*. *Isonomia* - Revista de Teoria y Filosofia del Derecho, México: ITAM – Instituto Tecnológico Autónomo de Mexico, v. 17, oct. 2002, p. 44

As normas devem ser analisadas de maneira formal, em primeiro lugar, tendo-se por base a Constituição Federal. A lei só terá uma justificação, só será uma “boa idéia” se estiver dentro dos princípios e ditames constitucionais.

A intervenção não se justifica somente quando objetiva a busca de vantagens dos grupos de pressão. Nesse sentido, ainda segundo Sustain, as leis de distribuição e de tentativa de mudança de *status quo* são leis que não servem ao propósito de regular a ordem social. Ao contrário, prestam-se a perpetuar desigualdades e desperdício das atividades produtivas.

Por definição, as transferências de interesses de grupos não atendem ao interesse público⁶², pois geram produção de riqueza não por meio da ação dos diversos mercados, mas sim por meio de esforços políticos. Em verdade não há produção de riqueza, mas sim transferência estéril da mesma.

Mas o próprio Sustain conclui que *incluir todas as condutas políticas dentro da categoria censurável da busca de vantagens significa uma desvalorização grotesca das atividades de cidadania*⁶³.

Assim, a regulação estatal é capaz de provocar a superação das insuficiências do individualismo na medida em que determina qual é o interesse supremo de cada um dos valores estabelecidos dentro da organização social – materializado pela Constituição – que deve ser obedecido e preservado.

Quando normas de regulação, que sejam justificadas, atuam preservando o interesse a que buscam regular – não sem fiscalização e isenção – estão

⁶² SUSTEIN, Cass R. *Lãs Funciones de las normas regulativas*. op. cit., p. 73

⁶³ Ibidem, p. 76

efetivamente corrigindo as distorções causadas pelo do individualismo, ao contrário das normas sem justificativa, como visto anteriormente, que não só não produzem o efeito de inibir o individualismo, como acabam por reforçá-lo.

A idéia de justificação das normas reguladoras nada mais é do que encontrar o interesse público supremo por trás da regulação, que justifique a supressão ou diminuição do interesse privado por ela afetado.

O princípio da supremacia do interesse público, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁶⁴, é verdadeiro aforismo no Direito Público e deve transbordar essa antiga categoria, principalmente porque ao proclamar a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, assegura a existência deste último e é esse o objetivo deste trabalho: embora reconheça a importância do interesse coletivo, creio ser indispensável o correto tratamento dos interesses privados.

3. *Delimitação de direitos privados*

Uma das formas de ordenação da atividade econômica é a *delimitação administrativa do conteúdo normal do direito de propriedade* que não pode ser nunca ilimitado⁶⁵, conforme prescrito por ENTERRÍA e FERNANDEZ. A novidade em relação à ordenação comum é que a intervenção direta do executivo não mais é pressuposta, mas agora aparece a atividade legislativa atuando em função dos interesses públicos.

⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.30

⁶⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Madrid: Editora Civitas, 4ª edição, 1997, p. 158

A grande questão no que se refere a esta medida é assegurar a delimitação exata, de forma que não possibilite a justificação de intervencionismo ilimitado como ocorreram na França e na Itália fascista, na lição de Isabel VAZ⁶⁶.

Atualmente, sem dúvida, é técnica amplamente utilizada. O próprio Código Civil de 2002 trouxe consigo a modificação legislativa de legislar-se através do emprego de conceitos legais indeterminados, conceitos determinados pela função, cláusulas gerais e princípios gerais de direito, condicionando direitos privados à utilização concomitante e harmoniosa de tais conceitos para a solução das inúmeras questões apresentadas.

Esta técnica não só é compatível com a outorga de direitos individuais como é imprescindível para a existência destes, uma vez que os direitos só podem ser exercidos e opostos se delimitados precisamente. Por exemplo, lembra Ana LOPES⁶⁷ que o fenômeno da constitucionalização da função social da propriedade no mundo ocidental acompanhou a elevação de garantia constitucional da própria propriedade privada.

Dessa forma, há todo um arcabouço jurídico criado para, sob essa técnica, que delimita os direitos privados. O que nos interessa aqui é analisar a parte da legislação que trata dos limites ao exercício da livre iniciativa principalmente no que se refere ao exercício direito de propriedade do sobre os bens de produção e a atividade que exerce. Muito embora tais direitos estejam estabelecidos em normas específicas de direito privado⁶⁸, os limites a esses direitos não estão estabelecidos nesses mesmos diplomas legais. Ao contrário, a crescente mitigação dos limites entre o direito público e o privado, é traduzida por uma infinidade de normas que, ainda que não disponham diretamente sobre as questões

⁶⁶ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. 2ª ed. Rio De Janeiro: Forense, 1993, p. 67-72

⁶⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op. cit., p.120

⁶⁸ Mais concentradamente na Lei das S/As e no Código Civil.

diárias do exercício de atividade empresária, atuam firmemente sobre esses direitos. Essas normas fazem parte do ramo do econômico, que como já mencionado anteriormente, cruza o ordenamento jurídico na diagonal, e abarca os ramos do direito privado e público nos quais há interferência em assuntos afetos à economia.

4. A identificação do Direito Econômico

Tendo em vista que o direito atua como elemento organizador das relações sociais e que o direito é que estabelece o mercado e o seu funcionamento, nada mais óbvio que a existência de ramificação específica na ciência jurídica para a organização das relações de cunho econômico.

Dada a identificação do entendimento atual do desenvolvimento do pensamento econômico feita no capítulo anterior, chegando até o momento de junção do direito com a economia através da análise econômica do direito, fica ainda mais cinzenta a definição de quais são as normas existentes em dado ordenamento para organização das relações de cunho econômico.

Essa análise não deve se resumir em julgar *a norma a partir de seu efeito sobre a alocação de recursos*, segregando-as em benéficas quando *indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto* ou nocivas quando *dificultam sua obtenção*⁶⁹. Assim, não é difícil concordar com a crítica de Pêrsio Arida em continuidade à exposição da idéia citada acima, quando afirma que a visão dos neoclássicos é uma *visão simplista da realidade do direito*.

⁶⁹ ARIDA, Pêrsio. A pesquisa em Direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 p. 62

No mesmo sentido, manifestou-se José Reinaldo LIMA LOPES,

[n]o campo da economia a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos de eficiência o custo. No campo do direito, a crítica se dá pela legalidade. Isso quer dizer que a eficiência não pode ser o critério primeiro ou último de uma decisão jurídica, ela não dá sentido a uma questão jurídica. Pode ser que seja mais eficiente economicamente abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante. Mas à pergunta sobre a obrigatoriedade ou não de tais ações não se pode responder com o critério do custo. Em certas circunstâncias o custo não pode ser a razão (ou sentido) da ação. Algumas coisas simplesmente não se fazem⁷⁰.

Ressalta Calixto SALOMÃO FILHO que

regras de convivência, sejam formal ou informalmente impostas, têm forte relevância para o processo de desenvolvimento. Elas devem ser também estudadas a essa luz. (...) isso não significa que a construção institucional deva ser feita em torno de um resultado econômico pré-determinado, a ser obtido através dessas instituições. Ao contrário, a busca do conhecimento econômico será objetivo central.⁷¹

⁷⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *Raciocínio Jurídico e Economia*. Revista de Direito Público da Economia: Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2004, p. 142., *apud* GONÇALVES, Priscila Brólio. *Direito e mercado: a liberdade de contratar como expressão da livre iniciativa e suas limitações - Dirigismo contratual e interpretação dos contratos comerciais*. op. cit

⁷¹ SALOMÃO Fº, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. In: SALOMÃO Fº, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37

Dessa forma, não se trata de definir o ramo do Direito Econômico como ramo de análise da função econômica das normas, como faz ORTIZ⁷², refutando a idéia de Direito Econômico como ramo autônomo do direito e conceituando-o apenas como categoria instrumental para a análise e aplicação do direito. De fato, quando ORTIZ fala em direito da *ordenação econômica*, expressamente exclui o conceito de intervenção e de dirigismo estrito, mas afirma ser o direito econômico um conjunto de normas intervencionistas, meramente indicativas do comportamento privado na condução da atividade econômica, direito da ordenação econômica.

É importante destacar também a definição única proposta por VIDIGAL⁷³, segundo a qual o Direito Econômico dividir-se-ia em três grandes blocos, pois que a denominação única de “Direito Econômico” não teria o condão de ilustrar toda a sua complexidade. Segundo VIDIGAL, é econômica toda a matéria do direito comercial e quase toda a do Direito Civil e Administrativo – o que, aliás, coaduna-se com a posição esposada por ORTIZ, de instrumental de análise de todo o Direito.

Vidigal continua a sua proposta, sugerindo que o direito econômico seja dividido nos seguintes três *territórios jurídicos*: Direito do Planejamento, Direito Administrativo Econômico e o Direito da Organização dos mercados.

Resumidamente, a proposta de VIDIGAL é que sejam separadas as normas do Direito Administrativo, *voltadas à consecução do desenvolvimento e do bem estar*, de outros dois ramos, também autônomos: de um lado, a planificação estatal de atividades, de modo a atingir os fins essenciais adotados na Constituição, e a conseqüente determinação dos meios administrativos a serem utilizados para tanto (direito do planejamento); e, de outro, um

⁷² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. op. cit. p. 18

⁷³ VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Objeto do Direito Económico*. op. cit., p. 36-47

segundo ramo que disciplina a atuação de agentes privados sob o enfoque do interesse público, preservando, porém, o máximo de liberdade possível (o direito da organização dos mercados). Vidigal reconhece que este último ramo é o próprio Direito Econômico em sentido estrito.

A proposta de VIDIGAL me parece a mais completa, mas, com relação a ela, tenho que anotar que o Direito do Planejamento, tal como proposto, confunde-se com a Regulação dos mercados, matéria tão nova criada a partir do desenvolvimento do conceito das agências reguladoras⁷⁴. Desta forma, faria parte do próprio terceiro ramo, o Direito Administrativo Econômico. Ademais, a regulação de mercados é também uma maneira de o

⁷⁴ Na legislação brasileira, dois tipos de Agências estão estabelecidos: as Agências Executivas e as Agências Reguladoras.

As primeiras foram citadas em inúmeros diplomas legais sem, contudo, ter sido criada uma consequência prática da sua existência. As Agências executivas são, de acordo com o Decreto 2.487 de 2.2.98, o qualificativo atribuível às entidades criadas a partir de um contrato de gestão entre o autarquias e fundações da Administração Federal e o Poder Público. De toda legislação que tece determinações acerca deste tipo de agência, só a Lei 9.648 determina uma única consequência prática de sua existência: a ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar. Como hoje em dia não existem contratos de gestão celebrados entre entes estatais, as Agências Executivas simplesmente não existem na prática.

Já as Agências Reguladoras são autarquias sob regime especial criadas com o objetivo de disciplinar e controlar certas atividades, que podem ser serviços públicos – como energia elétrica e telecomunicações – ou atividades que o Estado exerce mas que bem poderiam ser realizadas por particulares – vigilância sanitária e petróleo –. Sua existência decorre da necessidade crescente do Estado influir na organização das relações econômicas de modo mais efetivo, por isso as entidades são gravadas de autonomia.

As Agências exercerão função de regular e fiscalizar os assuntos a elas atinentes. A regulação atingirá tanto os agentes dos setores ditos privados como aqueles operadores de área de reserva estatal e se dará através de ações que podem ter objetivos econômicos ou outras justificativas, mas com inevitável influência econômica.

Não fora adotado um modelo comum nem competências comparáveis para as agências criadas pela legislação brasileira a partir de 1998. Há semelhanças, no entanto. Todas as agências exercem atividades típicas do Estado (poder normativo, fiscalização, poder de sanção e outras), têm autonomia em relação ao Executivo e suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Pública.

As Agências Reguladoras foram criadas nos EUA, o que, embora objeto de ampla discussão, não impede que elas sejam implantadas aqui. Primeiro porque essas entidades não são próprias do *common law* e, em segundo lugar, porque a implantação delas no Brasil segue o modelo mais próximo àquele utilizado na Europa, que partilha dos mesmos desafios brasileiros, como a desestatização, a desregulação e a manutenção da concorrência.

Há que se distinguir as Agências Reguladoras dos recentes processos de privatização, pois estes não se confundem. Não há entes reguladores somente em setores privatizados – vide o setor da concorrência e o mercado financeiro (CADE e BaCen, respectivamente) – e há Agências até em países que não passaram pelo fluxo de privatizações pelo qual passou o Brasil na última década, como é o caso dos EUA. Há, porém uma tendência dos países que passam por esse fluxo criarem Agências Reguladoras. No Brasil, foi através dessa tendência que nasceram a ANATEL, a ANEEL e a ANP.

Estado dirigir a atividade econômica, no que se confundirá com o direito da organização dos mercados.

No entanto, tal debate não se revela primordial para a continuidade das discussões aqui travadas, pois focamos o Direito Econômico como o direito da ordenação econômica, ou a configuração estrita de Vidigal.

Sem dúvida, diante de uma perspectiva do seu conteúdo material, o Direito Econômico reúne as normas e instrumentos jurídicos através dos quais o Estado dirige a atividade econômica, promovendo-a ou limitando-a, no sentido do bem do conjunto econômico e da justiça social. É a disciplina da posição do Estado como operador econômico, buscando equilibrar os interesses particulares dos agentes econômicos privados e públicos e o interesse econômico geral.

O Direito Econômico, portanto, é o direito aplicável a todas as matérias correlatas à economia, isto é, abarca os ramos do direito privado e público que dizem respeito à atividade econômica.

De fato, o Direito Econômico, como disciplina que busca o equilíbrio, configura-se entre as antigas e conhecidas categorias de direito público e direito privado, como já dito anteriormente.

Nessa busca do equilíbrio, o Direito Econômico surge para dirigir a economia do Estado, ora através da simples direção do exercício da atividade econômica pelos particulares, ora através da intervenção do Estado. Portanto, não se identifica com o intervencionismo estatal, sendo, aliás, anterior ao fenômeno intervencionista. É, em verdade, o Direito da ordenação econômica. É importante que esta distinção seja bem delineada, pois a confusão existe.

Do que vimos dos sistemas econômicos, resta claro que qualquer que seja o sistema adotado por dada sociedade, as características do Direito Econômico desta moldar-se-ão pela ideologia abraçada. A característica que difere os modelos liberal e intervencionista é a função do Estado na atividade econômica. Para o primeiro sistema, o Estado apenas atua através de *princípios gerais proibitivos*⁷⁵, enquanto para o sistema intervencionista o Estado é quem, de fato, comanda a atividade econômica através de normas positivas e determinantes, as políticas econômicas dirigidas de Keynes. Os Estados do século XX, portanto, se posicionaram entre esses dois extremos, como lembra Celso BASTOS⁷⁶.

E a configuração jurídica posta com a Constituição Federal de 1988 para o Brasil atual é que deverá determinar o sistema econômico escolhido pelo Estado entre esses dois modelos postos e, conseqüentemente, a forma como a propriedade e as liberdades devem ser reguladas pelo Estado.

Entendido o Direito Econômico como instrumento ou reunião de normas e instrumentos através dos quais o Estado dirige a atividade econômica, verifica-se a possibilidade de subdividi-lo em diversos ramos de direito material, considerando o objeto de sua tutela. Neste sentido, faço aqui outro corte, para analisar especialmente as implicações jurídicas de aspectos relacionados à microeconomia, tais quais as estruturas de mercado (Monopólio, concorrência, Cartel, etc.), teoria da Produção, teoria do Consumidor, equilíbrio de mercado, abarcado pelo Direito da Concorrência.

⁷⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. op. cit. p. 11

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. op. cit., vol. 7, p. 5

5. Um breve traçado do Direito da Concorrência

O direito da concorrência, ou direito antitruste, como se conhece hoje, surgiu apenas no século XIX⁷⁷. Antes disso, embora houvesse menção à concorrência e, às vezes, regulamentação do monopólio, não se pode dizer que fosse um embrião do antitruste moderno.

O Direito da Concorrência moderno nasceu nos Estados Unidos e a primeira atitude anticompetitiva que mereceu punição e que justificou a criação da primeira lei antitruste – o Sherman Act, de 2 de julho de 1890 – foi tomada pela Standard Oil Company, de John D. Rockefeller.

Já em 1870⁷⁸, os irmãos Rockefeller, John D. e William, juntamente com outros empresários do setor, que detinham conjuntamente diferentes empresas dedicadas à produção e refino de petróleo, criaram a Standard Oil Company of Ohio, transferindo para esta empresa a direção de seus negócios. Outros empresários do setor optaram por participar desta colusão. Até 1882, a Standard Oil tornou-se a única dona de toda a indústria do petróleo nos Estados Unidos, controlando 90% da cadeia produtiva.

Em 1882, foi firmado um *Trust Agreement*, transferindo o poder derivado das ações de 40 empresas, inclusive as da Standard Oil of Ohio, aos *trustees* (semelhante ao fiduciário) e seus sucessores. Em troca, os *trustees* emitiam Standard Oil Certificates⁷⁹, que valiam exatamente à participação de cada empresário no acordo. Foram os

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. op. cit. p. 31. O estudo feito pela Dra. Paula é extremamente interessante do ponto de vista histórico.

⁷⁸ Standard Oil Co. of New Jersey v. U. S., 221 U.S. 1 (1911). Disponível em http://biotech.law.lsu.edu/cases/Antitrust/Standard_Oil_case. Acesso em 26.abr.2006

⁷⁹ São papéis que habilitam os seus detentores a participarem dos dividendos quando forem distribuídos.

trustees que organizaram as Standard Oil of New Jersey e New York, expandindo o modelo de controle por outros estados americanos.

Em 1899, houve o movimento final de todo o acordo, que foi a transferência das ações propriamente ditas de todas as companhias envolvidas na organização para a Standard Oil Company of New Jersey, que mudou o seu objeto para abarcar toda a cadeia de negócios de petróleo. Essa transformação para holding se deu em obediência à decisão da Suprema Corte de Ohio que, em 1892 (pós-Sherman Act, portanto), determinou a dissolução do truste. Se vê, portanto, que o que foi o primeiro cartel punido na história, em verdade, iniciou-se por meio de transferência de ações e de negócios, a princípio, legítimos, que configuravam atos de concentração.

Como se vê, a movimentação dos Rockefeller iniciou-se muito antes do Sherman Act e só foi efetivamente punida, muito após a passagem desta lei, em 15 de maio de 1911. Mas John Sherman, senador americano pelo Estado de Ohio – não por acaso – foi o grande combatente dos trustes naquela época, inspirando-se na Standard Oil Company e seus movimentos após 1879, principalmente o seu truste de 1882, para criar a primeira lei antitruste moderna.

Na mesma época em que se davam as negociações entre os irmãos Rockefeller, H. F. Foxwell⁸⁰ observava alguns movimentos, tais como o surgimento de Associações de comércio, fusões e acordos restritivos de vários tipos, surpreendendo os economistas que criam na tese de que a exclusão dos monopólios antigos (real/ corporações de ofício) faria desaparecer os monopólios de vez, pela competição.

⁸⁰ ATIYAH, P.S.. The rise and fall of freedom of contract, op. cit., p. 626

Após a passagem da Lei Sherman, verificou-se que a atuação repressiva do abuso do poder de mercado, que com ela foi instituída, não era suficiente para a solução das falhas de mercado ligadas ao abuso. Assim, em 1914, foi editado o Clayton Act, submetendo as concentrações de empresas à prévia análise por autoridade específica⁸¹. A União européia editou regra nesse sentido em 1989, o CEC 4064/89.

A questão que surgia era se a competição era o estado natural da economia ou apenas fenômeno de transição. E se também era observado que os cartéis são instáveis – com os seus participantes sempre tendendo à concorrência – também era fato que a competição realmente efetiva era um fenômeno muito mais raro do que as pessoas poderiam presumir e que nada havia sido mais favorável ao crescimento de monopólios do que o regime do *laissez-faire*.

6. Valor institucional da Concorrência

O mercado, a partir de seu estabelecimento jurídico, existe com ou sem proteção. Ele é um processo que, sem ordenação, opera com falhas. Já a concorrência é um mecanismo de funcionamento deste mercado e sem o qual as falhas serão dominantes. Se não protegemos o mercado ele não some, mas se o deixarmos agindo livremente, ele tenderá a monopólio, extinguindo a concorrência. Daí que é a última que precisa ser protegida quando se escolhe pela existência do mercado. Tanto é verdade, que vimos anteriormente que uma justificação para as normas de interferência é exatamente a daquelas que minimizam as falhas de mercado, como o monopólio⁸².

⁸¹ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op. cit., p. 328

⁸² SUSTEIN, Cass R. *Lãs Funciones de las normas regulativas*. op.cit. p. 44 a 53

Assim, o raciocínio concorrencial não é uma teoria geral, que impõe a sua filosofia a todo o sistema, e, portanto, concordo com o Professor Calixto quando afirma que a concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido⁸³. Isso porque o individualismo dos atores do mercado levará à exclusão dos demais e permanência de si próprio. Ao fim, temos a eliminação total da concorrência que, por si, não é uma doutrina individualista. Se se impusesse, não precisaria ser protegida.

O fundamento para a verdadeira regulação (e não intervenção direta), segundo a forma clássica do art. 174, CF, está na procedimentalização da atividade econômica; idéia semelhante à das correntes mais progressistas do realismo jurídico, que, colocadas diante do problema de encontrar o fundamento para a norma respondem defendendo a norma processual, direcionada a encontrar a regra jurídica justa, abrindo a porta para o desenvolvimento da *due process clause* (princípio do contraditório: uma forma de garantir a participação das partes no processo que a uma decisão mais justa). Da mesma maneira, a concorrência é a garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores.

A regulação, portanto, é obra da própria conformação do mercado pelo Direito. Se dentro dessa conformação couber, a regulação deve garantir condições para que os agentes econômicos possam desenvolver suas atividades em condições de igualdade material – mediante a difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos que só pode ser assegurada através de uma garantia firme de existência de concorrência.

⁸³ SALOMÃO Fº, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, op. cit., p.38

A regulação deve ser uma forma de garantia de um processo de integração econômica equilibrada; é preciso saber como, e em que, ela se diferencia da aplicação pura e simples do direito antitruste. Em termos de escolha pela concorrência, a regulação mais efetiva é a que impõe a existência de concorrência naqueles setores em que as condições estruturais do mercado impedem que essa se estabeleça somente com uma aplicação ativa do direito antitruste; há um paralelo entre o objetivo da tutela concorrencial e a regulação de mercado. A diferença entre direito antitruste⁸⁴ e regulação está basicamente na forma de intervenção: a do primeiro é passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas (atos de controle e fiscalização – o Estado não cria utilidade pública); a do segundo é ativa, preocupa-se com a verdadeira criação da utilidade pública (que, nos setores reguláveis, consiste na efetiva criação de um sistema de concorrência).

A imposição da concorrência, segundo Calixto Salomão, é o moto principal da regulação naqueles setores passíveis dessa imposição, pois a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi duplamente sobre a realidade, modelando-a e permitindo o seu conhecimento.

No direito concorrencial a regra jurídica é instrumental para garantir a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor; ele descobrirá sozinho a solução mais adequada para as suas necessidades. O ordenamento jurídico passa a ser formado de regras institucionais e procedimentais; garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais e estruturais. Essa teoria pretende assegurar a possibilidade de os agentes econômicos coordenarem suas relações da forma mais justa e eficiente; a possibilidade efetiva de competição é um valor fundamental da regulação

⁸⁴ SALOMÃO Fº, Calixto. SALOMÃO Fº, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, op. cit., p. 31

(denominada institucional); um valor mínimo (único que permite a avaliação crítica dos demais valores que deve a regulação perseguir) e não único (concorrência como diluição forçada do poder econômico).

A imposição da concorrência por meio de regulação em determinados setores, como propõe Calixto SALOMÃO F^o, é importante. A defesa incondicional da concorrência, porém, como feita pelo autor não pode ser considerada um axioma. Reconheço que a possibilidade de escolha tem um valor social que deve ser reconhecido pelo Direito e que o Direito reassume o papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas. No entanto, não se pode superdimensionar o valor social da escolha elevando-o acima de outros princípios constitucionais também importantes, como a livre iniciativa. Esse superdimensionamento é realizado quando se admite a existência da concorrência como um valor em si, com a conseqüente proibição da existência de detentor do poder econômico, admitindo-se a eficiência só no sentido distributivo e não alocativo.

É importante voltar aqui à idéia do mercado construído pelo Direito. A concorrência até pode ser eleita como princípio máximo, mas, como se verá no capítulo a seguir, não foi essa a escolha brasileira. A concorrência quando eleita como valor em si pode, como conseqüência, prejudicar o desenvolvimento econômico e tecnológico de determinada sociedade. Aqui reside um dos clássicos embates nacionais, por exemplo, entre a defesa da concorrência e a defesa comercial⁸⁵.

A difusão de conhecimento, ou mesmo a proteção do consumidor, não é incompatível com a existência de poder econômico, mas sim com o seu abuso. A propriedade

⁸⁵ A legislação de defesa comercial prioriza a indústria nacional em face de companhias mais eficientes vindas de outros países se ameaçarem a manutenção da indústria prejudicada. Na análise da defesa comercial, a estrutura do mercado não está em jogo, mas sim a manutenção da atividade econômica nacional.

é um bem que, se usado em observância de sua função social e sob o princípio da boa-fé, pode sim ser defendida integralmente e ter resguardado o seu caráter absoluto.

Em primeiro lugar, não se pode confundir os princípios constitucionais da livre concorrência e da proteção ao consumidor. Cada qual tem seu lugar e suas características. A defesa da concorrência auxilia na proteção à garantia de escolha do consumidor, mas existe também para proteger a livre iniciativa e coibir que o poder econômico seja usado contra os concorrentes.

Ademais, a existência de muitos concorrentes em um dado mercado não significa qualidade para o consumidor. Há muitas vezes um custo para a existência de muitos competidores, como a baixa tecnologia – se houvesse uma melhora tecnológica, nem todos os competidores poderiam acompanhar e se afastariam do mercado, restando alguns poucos e, conseqüentemente, pouca concorrência –. É verdade também que concorrência nem sempre significa muitos *players* em um mercado.

Assim, no que tange aos mercados em que a suas características não permitem o estabelecimento (criação ou permanência) da concorrência, ou seja: 1) quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência – regulação de posições dominantes⁸⁶; e 2) quando as mesmas condições estruturais não impedem que se crie a concorrência, mas faz com que esta se torne instável – regulação de mercados instáveis, deve haver o controle sobre a formação do mercado através da regulação. Nos demais mercados, não deverá haver tal espécie de regulação, a não ser que sirvam a interesses públicos legalmente definidos, o controle sobre a concorrência deve existir somente com relação ao abuso do poder econômico, e não com relação à sua criação.

⁸⁶ Aqui o Professor Calixto refere-se mais especificamente a mercados cuja atividade depende de instalações essenciais (*essential facilities*).

Ademais, só o Estado poderá calcular os benefícios sociais suficientes para compensar os custos sociais gerados pelas externalidades. No entanto, o uso de ações estatais para responder às falhas do mercado pode agravar ainda mais o problema, uma vez que ações públicas também criam benefícios e perdas em uma escala freqüente. Desta forma, as interferências estatais devem ser sopesadas para causar o menor impacto necessário.

Tendo concluído, então, que o mercado é estabelecido pelo marco legal que faz as escolhas de defender a concorrência, ou não, de regular esse ou aquele mercado através de instrumentos tais que permitam a interferência do Estado em direitos privados, devo analisar, evidentemente, o estabelecimento do marco legal brasileiro.

Capítulo III

A organização do mercado brasileiro

Após o levantamento e análise do histórico da livre iniciativa e do papel do direito na formação do mercado, devo identificar os valores tutelados pela defesa da concorrência no Brasil (Constituição e Lei 8.884/94) para concluirmos a tarefa dessa primeira parte do trabalho: conformação da racionalidade da intervenção do Estado brasileiro na atividade privada, limitando-a, com vistas a organizar o mercado. O uso de valores econômicos para o alcance da justiça, não só na aplicação do direito da concorrência como em todo o ordenamento pátrio, será a partir daqui estabelecido com um fato dado e que nos autorizará a passar para a análise mais profunda dos direitos privados efetivamente impactados por essa intervenção, na Segunda Parte.

1. Evolução Constitucional histórica

Tendo delimitado o papel do Direito e do Estado na ordenação dos mercados e tendo delimitado o escopo deste trabalho à ordenação antitruste, é importante descer à realidade brasileira e verificar como foi formado o nosso mercado e o nosso estado econômico e como o direito antitruste está aí inserido, em matéria principiológica e de seus fundamentos, pois daí exsurgirá o real papel das instituições nacionais e os seus objetivos.

A Constituição do Império nasceu como fruto do pensamento liberal⁸⁷, sendo lá previsto, inclusive, a proteção ao direito de propriedade *em toda sua plenitude*, conforme inciso 22 do art. 179.

O mesmo artigo, em seu inciso 24, estabelecia que a livre iniciativa seria ampla, conferindo aos particulares a capacidade de ingressarem livremente em qualquer *gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio* que não se opusessem aos costumes, segurança e saúde da sociedade e dos cidadãos. E o inciso 25 timidamente disciplinava a concorrência⁸⁸ ao abolir as corporações de ofício, que eram as detentoras dos monopólios das diversas atividades.

Em 1891, foi promulgada a primeira Constituição da República, com o mesmo espírito da carta anterior. No que se referia à livre iniciativa, esta Carta garantia o franco exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial, na mesma esteira da Constituição anterior⁸⁹. No entanto, os comentaristas⁹⁰ daquela Constituição já passaram a reconhecer que a liberdade não poderia ser absoluta, limitando-se pelo interesse coletivo.

Já sob a regência desta Constituição surgiram leis intervencionistas, principalmente no setor cafeicultor, contextualizadas pela ocorrência da 1ª Guerra Mundial.

Em 1926, uma revisão constitucional fez introduzir dispositivos relacionados à ordem econômica, como a atribuição de competência para o Congresso legislar sobre comércio *podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público*, de acordo com o artigo 34 número 5.

⁸⁷ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Objeto do Direito Econômico. op. cit., p. 83 No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. op. cit., vol. 1, p.316

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p.109

⁸⁹ Ibidem, loc.cit.

⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios*. e CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Estudos de direito público*., apud. TAVARES André. *Direito Constitucional Econômico*. op. cit., p. 110

A delimitação constitucional do chamado metamercado no Brasil deu-se com maior precisão através da Constituição de 1934, que foi a primeira a elevar a liberdade econômica ao nível constitucional, dedicando à ordem econômica, inclusive, um título inteiro. Segundo Pinto Ferreira⁹¹, essa Carta teve influência da Constituição alemã de 1919.

Elaborada após a Revolução de 1930, durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas – e marco do início do Governo Constitucional –, tinha como pano de fundo a Crise de 1929, os governos ultra-intervencionistas europeus, sob a manta do nazifascismo⁹² e a revolução Russa, então já instituída e em pleno vigor sob o Governo Stalinista.

O artigo 115 dispunha que *a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*. Fica clara, já neste primeiro artigo, a alteração no espírito da Carta.

Se antes a liberdade econômica estava amplamente garantida, desde que não se opusesse ao interesse público, na Constituição de 1934, com a simples inversão da ordem, o interesse público passa a ser mais importante que a garantia da liberdade econômica, que só é efetivamente garantida dentro dos limites impostos. E assim realmente se deu, a ponto de os constitucionalistas da época⁹³, reconhecerem nela um caráter social voltado para o interesse das classes menos favorecidas e os trabalhadores.

⁹¹ Apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. op. cit., p. 112

⁹² ibidem, loc.cit.

⁹³ Como Pontes de Miranda, Venâncio Filho, Celso Bastos e Araújo Castro, apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. Op. Cit., p. 113, BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. op. cit., vol. 1, p.336) dizem que a constituição de 1934 procurou, inclusive, *conciliar a democracia liberal com o socialismo*.

Quanto ao direito de propriedade o artigo 113 número 17, embora localizado no rol dos direitos individuais⁹⁴, e sem mencioná-lo no capítulo específico da ordem econômica, prevê limitação até então inexistente, vedando o seu exercício contra o interesse social e coletivo, inserindo o espírito do conceito da função social, embora sem utilização da expressão⁹⁵.

No artigo 116, a Constituição permitia o monopólio de indústria ou atividade econômica pela União por motivo de interesse público.

Pontes de Miranda, em crítica a essa carta, lembra que *a parte programática das Constituições burguesas de após-guerra não consegue dar fins precisos ao Estado (menos ainda o fim único, como ocorreu com a Constituição soviética). São Constituições de intenções teleológicas, que apenas atenuam o liberalismo sistemático do tipo constitucional do Século XIX e fim do Século XVIII*⁹⁶.

No entanto, ao manter a iniciativa privada como princípio, não se lhe pode negar o caráter liberal⁹⁷, até porque, embora tenha introduzido a ordem econômica como matéria constitucional, não preceituava qualquer controle sobre o exercício do poder econômico⁹⁸. Parece sintomático que a delimitação constitucional do tema tenha vindo mais presente na primeira constituição de caráter mais social. A ausência anterior era fruto da escolha mais afinada ao liberalismo.

⁹⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. op. cit., p. 114

⁹⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op. cit., p. 118

⁹⁶ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, t. I p. 13-14 apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. op. cit., p. 113

⁹⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. loc. cit., e BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. op. cit., vol. 1, p. 336

⁹⁸ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.67

A Constituição de 1937, imposta após o golpe de Estado promovido por Getúlio Vargas, aprofundou ainda mais o capítulo da ordem econômica. Consolidou de vez o Estado intervencionista, no seu artigo 135, ao prever a possibilidade de intervenção mediata ou imediata que, inclusive, revestisse a forma de gestão direta. De fato, a constituição ditatorial, fundada no espírito fascista da época⁹⁹, desenhou um Estado Novo *arbitrário despojado de quaisquer controles jurídicos*.

Assim, o período rico em intervenção realizada principalmente através de Decretos-lei, permitiu o surgimento das primeiras normas antitruste, como o Decreto-lei 869/38, que definia os crimes contra a ordem econômica popular, dentre os quais a participação em acordos para dificultar a concorrência (ar. 2º, II), e o Decreto-lei n.º 7.666/45, que com o mesmo objeto do anterior, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Esse Decreto-lei, porém, teve curta duração¹⁰⁰ e o embrião do que viria a ser o CADE não chegou a ser implantado.

Mas, com relação à disciplina da propriedade, o diploma de 1937 retornava à configuração da Constituição de 1891, garantido-a salvo desapropriação necessária (art. 122, § 14), nos moldes totalitaristas

Em 1946, nova constituição foi editada assegurando a liberdade de iniciativa, admitindo a atuação do Estado na atividade econômica somente em casos de interesse público. Reconhecia o condicionamento da propriedade privada ao bem estar social no art. 147, admitindo, inclusive, a sua *justa distribuição*.

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. op.cit., vol. 1, p. 340

¹⁰⁰ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p. 68

A constituição de 1946, em seu art. 148, exigia lei para reprimir o abuso do poder econômico¹⁰¹, disciplinando constitucionalmente pela primeira vez o tema. Neste sentido, o artigo mencionado tencionava reprimir *toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros*. Se era genérica na primeira parte do artigo, para os casos de concentração, exigia a finalidade de dominação dos mercados nacionais, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros¹⁰².

Em cumprimento à determinação do art. 148, sob essa Carta Magna foi editada a Lei 4.137/62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Em função de uma imaturidade econômica do Brasil à época – não se entendia a necessidade de controlar a concorrência, não havia claro à época o que era ‘abuso do poder econômico’ e havia resistência em outorgar ao CADE tanto poder – a lei ‘não pegou’. Segundo Paula Forgioni¹⁰³, foram *vinte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material*.

Já a Constituição de 67, pós golpe militar de 1964, prescindia da lei que regulasse o ordem econômica, e elevou a repressão ao abuso do poder econômico, juntamente com a liberdade de iniciativa e a função social da propriedade, à categoria de princípio da ordem econômica e social¹⁰⁴. A constituição continuava por caracterizar o abuso do poder econômico pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969 transmudou a repressão, de princípio a fim da ordem econômica.

¹⁰¹ ibidem, p. 75

¹⁰² FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.150

¹⁰³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 125

¹⁰⁴ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.76

Essa constituição usa pela primeira vez a expressão *função social*, ainda que apenas na parte relativa à ordem econômica e não no capítulo relativo às garantias fundamentais. LOPES¹⁰⁵ chama a atenção para esse fato, lembrando que disso surge a discussão da aplicação da função social da propriedade recair apenas sobre os bens de produção e não sobre os bens individuais. É importante lembrar que sob essa constituição foi promulgada a Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76, que nos seus artigos 116 e 154 dispôs sobre a função social da empresa.

A Constituição de 88, por sua vez, em vez de tratar da repressão ao abuso do poder econômico, incluiu a livre concorrência entre os princípios da ordem econômica. Isso, segundo Werter FARIA¹⁰⁶, regrou corretamente a matéria, deixando entendido que a livre concorrência não mais poderia ser corolário da livre iniciativa.

Ademais, a Constituição de 88 trouxe como mudança em relação às Constituições anteriores a determinação do abuso que visasse dominação dos mercados nacionais, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, deixando de caracterizar o abuso pela produção desses resultados.

A lei firmada sob a égide da Constituição de 1946 vigeu praticamente intacta até a Constituição de 1988¹⁰⁷, sendo então alterada pela lei de 1990.

Hoje, a fundamentação constitucional para as normas antitruste está no art. 170¹⁰⁸ da Constituição Federal e justifica a intervenção estatal na atividade econômica por alçar o mercado à condição de bem público.

¹⁰⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op.cit., p. 118

¹⁰⁶ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.149

¹⁰⁷ ibidem, p. 77

Pela configuração da vigente Constituição Federal, a livre concorrência é alçada ao patamar de princípio, enquanto que a sua finalidade – bem como dos demais princípios elencados nesse artigo – é a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa forma, o Estado brasileiro deve tentar realizar a Justiça social através, dentre outros instrumentos, da concorrência¹⁰⁹. A efetividade desta escolha é irrelevante diante da sua efetiva tomada pelo constituinte.

Ademais, alerta-nos Priscila GONÇALVES¹¹⁰ que os diversos princípios nominados pelo constituinte com o objetivo de promover a justiça social são, muitas vezes, incompatíveis entre si. No entanto, adverte a mencionada autora que as normas protetivas da livre concorrência só poderão deixar de ser aplicadas quando em conflito com outros princípios, ou objetivos, afetos à ordem econômica, e não em virtude de outros objetivos de política econômica.¹¹¹

Ainda no que se refere às escolhas do constituinte relativamente à concorrência, o parágrafo 4º do artigo 173, determina que *a lei reprimirá o abuso do poder*

¹⁰⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.¹⁰⁸

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

¹⁰⁹ Sobre isso ver GONÇALVES, Priscila. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002, p. 112; e SCHUARTZ, Luiz Fernando. *O direito da Concorrência e seus fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8884/94*. São Paulo: RDM, ano XXXIX, nº 117, jan./mar.2000, p. 57-86,

¹¹⁰ ibidem, p. 112-113

¹¹¹ A tratar do assunto, Priscila GONÇALVES menciona posição do Prof. Calixto SALOMÃO Fº (Regulação e Desenvolvimento, op. cit., p.131), em que o autor critica a política concentracionista havida nos anos 90, em desrespeito ao que chama de “garantia sistêmica ou institucional”. No mesmo sentido, ver FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.103

econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, o que significa, ainda segundo Priscila GONÇALVES¹¹², que a existência do poder econômico, per se, não é banida de nosso ordenamento, muito embora o seu abuso o seja.

Segundo Sergio BRUNA¹¹³, o poder econômico é exercido regularmente quando voltado à consecução dos ideais de justiça social. Para tanto é fundamental a observação da função social da propriedade e da empresa. E isso significa apenas que o titular de empresa privada deva, ao satisfazer os seus interesses, harmonizá-los aos interesses da comunidade.

A livre iniciativa, como visto, só será efetivamente livre se houver limites que impeçam que a iniciativa esteja apenas nas mãos de poucos. Por outro lado, o Estado atuante na economia não foi totalmente eliminado, porém significativamente restringido pelo *caput* do artigo 173¹¹⁴.

De mais importante no que toca o estudo pretendido com este trabalho, resta mencionar que o artigo 174¹¹⁵ *caput* atribui ao Estado, como agente normativo e regulador, três funções: a fiscalização, o incentivo e o planejamento apenas indicativo para o setor privado.

¹¹² GONÇALVES, Priscila. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: aspectos concorrenciais*. op.cit., p. 115

¹¹³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. op.cit., p.190

¹¹⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹¹⁵ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Anota-se que o modelo brasileiro atual aproxima-se do americano ao formular um sistema híbrido administrativo-judiciário¹¹⁶, onde um único órgão – o CADE – tem a função de analisar e reprimir os abusos, sem excluir do judiciário a apreciação da matéria, por força da divisão dos poderes instituída na Constituição ora em vigor.

Verifica-se, pois, que o Brasil, nas suas diversas configurações de Estado que teve, veio refletindo o desenvolvimento do pensamento econômico e, assim, ora adotando a ideologia liberal, ora se aproximando inclusive do socialismo. Assim, me parece lógico que se admita esse reflexo não só ao nível constitucional, mas também infra-legal.

2. O direito Antitruste no Brasil

Desde o início da República prevaleceram em nosso país políticas de preços e abastecimento de caráter manifestamente estatal, como por exemplo o Decreto 13.069 de 12 de junho de 1918¹¹⁷, apesar do caráter liberal das Constituições de então. E tais políticas atingiram o seu ápice com a criação da Comissão Federal de abastecimento e Preços – COFAP¹¹⁸, posteriormente substituída pela Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB¹¹⁹, e do Conselho Interministerial de Preços - CIP¹²⁰.

¹¹⁶ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.18

¹¹⁷ DUTRA, Pedro. *Preços e polícia*. São Paulo: Revista do Ibrac, v. 4, nº4, 1997, p.15

¹¹⁸ Instituída através da Lei 1.522, de 25 de Dezembro de 1951

¹¹⁹ Instituída através da Lei Delegada 5, de 26 de Setembro de 1962

¹²⁰ Decreto 63.196, de 1968

O controle governamental de preços na economia brasileira também foi caracterizado por inúmeros congelamentos, decorrentes dos planos heterodoxos¹²¹ que se sucederam.

Com efeito, pelo Plano Cruzado, instituído em 27 de fevereiro de 1986 pelo Decreto-Lei nº 2.283 e alterado pelo Decreto-Lei nº 2.284 de 10 de março do mesmo ano, os preços e as remunerações em geral, foram congelados aos níveis do dia da sua instituição. Este plano durou até novembro daquele ano, sendo substituído pelo Plano Cruzado II, que não trouxe muitas alterações em relação ao primeiro, embora tenha permitido uma violenta alta nos preços praticados, para posterior novo congelamento.

Outros planos eminentemente heterodoxos (Plano Bresser e Plano Verão) seguiram-se aos Planos Cruzado I e II, mantendo a fixação dos preços na economia nacional, com o intuito de conter a inércia inflacionária. Mesmo os planos notavelmente ortodoxos¹²² adotados posteriormente (Planos Collor I e II) mantiveram-se num esquema de controle governamental de preços, exigindo autorização prévia e expressa para a sua majoração.

Entre 1989 e junho de 1994, o Estado brasileiro manteve uma regulação de mercado de caráter híbrido; de um lado, exercendo um papel centralizador com a instituição de políticas de preços e, de outro, realizando reformas liberalizantes aceleradas¹²³.

¹²¹ Choque heterodoxo – política econômica de combate à inflação que consiste em aplicar o congelamento de preços em todos os níveis durante um período determinado de tempo e liberar as políticas monetária e fiscal. Ver Dicionário de Termos financeiros da FEBRABAN, disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicionario/FRConsultas.asp>. Acesso em 01/ago/05

¹²² Choque ortodoxo – política econômica de combate à inflação que consiste em realizar um corte brusco da expansão monetária e redução intensa do déficit público, acompanhado de uma liberalização dos preços para que os mesmos encontrem livremente o seu ponto de equilíbrio no mercado. Esta política tem como resultantes a elevação das taxas de juros, a redução dos gastos públicos (investimentos), a contenção do consumo e, consequentemente, a recessão econômica, cuja duração e profundidade dependem de uma série de fatores. Ver Dicionário de Termos financeiros da FEBRABAN, disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicionario/FRConsultas.asp>. Acesso em 01/ago/05

¹²³ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3

Nas eleições de 1989 foi amplo o debate acerca da necessidade de abertura do mercado brasileiro às importações¹²⁴, principalmente como medida antiinflacionária, de modo que inevitavelmente o presidente eleito teria de implementá-la.

As conseqüências da abertura simultânea de mercadorias e de capitais pelo governo Collor levou, segundo SINGER¹²⁵, várias empresas nacionais ao fechamento sem demonstrar o potencial antiinflacionário esperado. Mas ainda segundo o mencionado economista, foi o *boom* de investimento estrangeiro no mercado de capitais em 1993 que permitiu fosse *enterrada uma âncora cambial* para conter a inflação e fosse realizada a completa abertura da economia brasileira, o que, evidentemente, exigiu uma maturidade no que se referia à conformação das regras envolvendo a dinâmica do mercado.

Nessa esteira, ainda que legislações com o fito de conter o abuso tenham surgido durante o Estado Novo, a primeira lei que efetivamente instituiu o direito da concorrência no Brasil foi a Lei 4.137/62. Tem-se, portanto, que até a lei instituída na época da abertura econômica brasileira, a Lei nº 8.158/91, todos os diplomas conviveram durante todo o seu período de vigência com políticas intervencionistas, por meio de controle de preços, e, portanto, incompatíveis com um ambiente concorrencialmente saudável. A incompatibilidade era ainda maior sob a vigência dessa última lei, uma vez que a mesma já caracterizava as infrações à ordem econômica com base nos seus efeitos, mas o Estado muitas vezes era o promotor das condutas consideradas infrações nos termos dessa lei.

A desregulamentação governamental só veio em junho de 1994 com a edição da Lei 8.884 quando, concomitantemente¹²⁶, deu-se início à instituição do Plano Real,

¹²⁴ SINGER, Paul. *O Brasil na crise*. São Paulo: Contexto, 1999, p. 99

¹²⁵ *ibidem*, p.100

¹²⁶ O Plano Real teve início com a edição da lei 8.880, de 27 de maio de 1994, que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional e instituiu a Unidade Real de Valor (URV). Mas foi somente com a lei 9.069, de 29 de junho de 1995, resultado de Conversão da Medida Provisória nº 1.027, que o

permitindo a migração da política econômica nacional para uma política de livre concorrência, sem controle governamental de preços para a maioria dos setores¹²⁷.

Como parte do processo de amadurecimento legislativo exigido pela abertura, foi editada a Lei que atualmente vigora no Brasil, a Lei 8.884/94. Esse diploma legal transformou o CADE, criado em 1962 como órgão de governo, em autarquia independente, vinculada ao Ministério da Justiça, porém sem subordinação a ele.

Foram adotadas duas vertentes para a proteção da concorrência: o controle repressivo dos atos infrativos e o controle preventivo dos atos potencialmente lesivos à ordem econômica. No entanto, ambas as vertentes são convergentes no que se refere ao objeto do controle, qual seja, o abuso do poder econômico, tal como estatuído pela Constituição Federal.

O controle repressivo cuida da análise das condutas da empresa que têm como objetivo limitar ou falsear a concorrência, dominar mercados, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante, conforme o art. 20 da lei 8.884/94.

De acordo com o mencionado artigo, constituem infração à ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

Plano econômico, com a regulamentação da nova unidade do Sistema Monetário Nacional, foi efetivamente instituído.

¹²⁷ Por exemplo os setores de infra-estrutura e serviços públicos têm, até hoje, atuação mais presente do governo no que se refere à regulação das tarifas.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Novamente, a lei elimina a possibilidade de proibir a monopolização de mercados, ao descaracterizar como o ilícito do inciso II *a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*, conforme disposto no § 1º do artigo 55.

Mas define a dominação, no §2º do mesmo artigo, como a situação em que uma empresa ou grupo de empresas *controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa*.

A definição de controle aqui é de suma importância. Não é um conceito reduzido a uma percentagem, mas sim baseado no poder de contestação atual. A monopolização, segundo Werter FARIA¹²⁸ *refere-se ao comportamento, mais do que à posição da empresa no mercado*. Desta forma, se a empresa detém o poder de estipular ou influenciar significativamente preços e comportamentos do mercado, independente da participação de mercado que detém, esta tem o controle sobre o mercado em que atua¹²⁹.

Já o controle preventivo dos atos de concentração, que é com o qual se preocupa este trabalho, é aquele previsto no art. 54 e seguintes da Lei antitruste: a necessidade de aprovação, pelo Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, dos atos e contratos de concentração econômica que potencialmente possam lesar a concorrência nos mercados envolvidos pela operação sob análise.

¹²⁸ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica. Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p. 25

¹²⁹ Neste sentido, ver DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p.324.

Segundo esse capítulo que trata do controle de atos e contratos, *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*. No que se refere à definição desses atos *sob qualquer forma manifestados* e procedimentalização da apreciação do CADE sobre os mesmos, são assuntos abordados especificamente na segunda parte deste trabalho.

Aqui delimito, entretanto, que ficam definidos pelo art. 54 da Lei que se entende como atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, aqueles que, além de causarem alta concentração no mercado¹³⁰:

- a) **não** tenham por objetivo, *cumulada ou alternativamente* aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- b) ainda que gerem benefícios, estes não sejam *distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro*;
- c) eliminem a concorrência de parte substancial de mercado relevante – e quanto a isso devo alertar que, como será visto no capítulo I da terceira parte, e tal qual o conceito de controle mencionado acima, não estão reduzidos a uma percentagem; **e**
- d) não sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

¹³⁰ Mais de vinte por cento de um mercado relevante, conforme o §3º do artigo 54 e §3º do art. 20.

Como também verei no capítulo I da terça parte, tais atos ainda que anticompetitivos podem ser aprovados pelo CADE caso não estejam em conformidade com uma das condições mencionadas acima, *quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final*, segundo previsão expressa no art. 54, §2º.

Ainda com relação à possibilidade do CADE aprovar atos tidos como anticompetitivos é preciso lembrar que o art. 55 da mesma lei diz que a mesma *poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados*.

Com a vigência da lei ultrapassando a primeira década, foram identificados os seus principais defeitos, principalmente no que se refere ao tempo de análise e meios de aplicação da lei, especialmente relativos ao tempo de apresentação do ato. Assim, discute-se o Projeto de Lei 5.877¹³¹ desde 2005 objetivando alterar a legislação da concorrência no país.

O projeto de lei prevê um novo formato com vista à desburocratização do sistema, pelo qual a SDE se torna uma superintendência geral e se funde com o atual CADE, transformando-o em Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. O Novo CADE seria composto então do Tribunal mencionado, da superintendência e de um departamento econômico. Nesse contexto, os atos de concentração não mais passam pela SEAE, que passa a ter a atribuição apenas de advocacia da concorrência junto a órgãos de governo e perante a sociedade.

¹³¹ Foi analisado neste trabalho, o substitutivo apresentado pelo relator do projeto, o Deputado Ciro Gomes, em 31.out.2007

A rigor, um sistema prévio contribuiria para a eficácia das decisões do CADE, pois a experiência recente tem demonstrado que decisões importantes do órgão levam tempo para serem tomadas¹³² e, quando contrárias às operações, são questionadas na justiça, prolongando-se ainda mais a discussão. Durante todo esse período em que a operação permanece sob a análise, já realizada, porém, aguardando a definição final para a sua eficácia, nada impede que seja tornado fato consumado, tornando-se irreversível¹³³. Mas alterações em questões de mérito relativamente ao direito da concorrência não são substanciais.

No que se refere à definição de posição dominante, o § 2º do novo artigo 36, correspondente ao artigo 20 vigente, diz que *presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia*. Desta forma, o legislador tentou incluir no projeto a definição de controle há muito celebrada pela doutrina e já mencionada aqui.

Diferente da sistemática adotada atualmente, os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços que deveriam ser apresentados ao CADE não eram de plano proibidos e a definição de controle, em virtude da presunção *juris tantum* era

¹³² Tempo razoável, diga-se. Em levantamento feito em casos nos Estados Unidos verificou-se ser normal casos levarem mais de dois anos para haver final determinação pela *Federal Trade Commission*. De fato, o caso Exxon Corporation, The Shell Petroleum Company Limited and Shell Oil Company, File No. 971 0007, Docket No. C-3833 levou 2 anos e 4 meses para ser concluído e o caso Exxon Mobil, File No. 991 0077, Docket No. C-3907, tomou 2 anos e 2 meses das autoridades americanas. Outros casos de análise extensa são Dow Chemical e Union Carbide, File No. 991 0301, Docket No. C-3999, 1 ano e 7 meses; Nestlé e Dreyer's, File No. 021 0174, Docket No. C-4082, 1 anos e 6 meses; Chevron Texaco, File No. 011 0011, Docket No. C-4023, Conoco Phillips, File No. 021 0040, Docket No. C-4058 e AOL Time Warner, File No. 001 0105, Docket No. C-3989 todos levaram 1 ano e 3 meses para a decisão; Diageo Vivendi, File No. 011 0002, Docket No. C-4032, 1 ano e 2 meses; Nestlé Purina, File No. 011 0083, Docket No. C-4028 que levou 1 ano e 1 mês.

¹³³ O Acordo de prevenção para a reversibilidade da operação – APRO, instituído através da Resolução 28/2002 e a ser tratado mais detidamente na terceira parte do Capítulo I da última parte, não tem sido muito efetivo no seu propósito.

casuística. Agora, o § 5º do art. 88 proíbe expressamente os atos de concentração que possam criar ou reforçar posição dominante.

Como visto, o Brasil sempre buscou consagrar no seu Estado, o estado da arte em matéria do desenvolvimento econômico e social.

Assim, pode-se afirmar que o mercado brasileiro está organizado estruturalmente¹³⁴ pela Constituição Federal de 1988 e normas inferiores que o escolheram em um modelo neoliberal, para utilizar a vaga expressão que (não) o define¹³⁵, no sentido de adotar modelo fundado na liberdade de iniciativa, mas preocupado com a efetiva institucionalização dos conceitos jurídicos como a propriedade.

Desta forma, ao adotar esse modelo para a sua organização estática, teve de adotar, na sua concepção dinâmica, a proteção à concorrência, cuja finalidade é realizar a justiça social e não eficiência, note-se; e pela qual a propriedade está conceitualmente limitada pelo conceito de função social.

À legislação infraconstitucional coube, então, a ordenação da concorrência e repressão do abuso de forma inequívoca e similar às melhores práticas mundiais a respeito do pensamento antitruste. É, porém, fundamental que não seja feita transposição do pensamento alienígena para a realidade brasileira, especialmente porque os países em que o direito antitruste é mais evoluído, mormente os Estados Unidos, o Canadá e a União Européia, têm complexão jurídica completamente distinta da brasileira.

¹³⁴ A divisão da organização do mercado entre estrutural e dinâmica é feita por Luca di Nella em *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 2003). Segundo o autor, o mercado é organizado na sua estrutura quando são determinados os modelos e princípios que o informam. Já a organização dinâmica refere-se ao seu funcionamento, ou seja à concorrência.

¹³⁵ Sobre a diversidade dos modelos econômicos e ver ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed. *Comprendre lês théories économiques*, tome 2, *Peitit guide des grand couran*. op.cit.

SEGUNDA PARTE

Justificativas para as decisões empresariais privadas e a limitação à
atuação do Estado

Capítulo I

A atividade empresarial e a concorrência

Na primeira parte deste trabalho verifiquei que o mercado é uma instituição criada pelo Direito de acordo com a evolução social e econômica de determinada sociedade e que, sem a devida institucionalização e balizamento, funciona de forma incorreta, afastando-se dos objetivos estabelecidos na sua idealização e criação. Além disso, o poder de mercado ao ser mal utilizado gera as maiores distorções nessa instituição, operando as três falhas existentes: o monopólio, a assimetria de informações e o prejuízo ao consumidor. Assim, ao criar o mercado através da legislação, é possível estabelecer limitações e medidas mais ou menos intervencionistas com vistas a minimizar tais distorções.

No Brasil, delimitei o seu marco legal relativo ao controle preventivo dos atos de concentração, concluindo que a legislação preocupa-se com o abuso do poder econômico e menos com a sua formação.

Ficou estabelecido, então, que o Estado tem plena justificativa para restringir a atuação dos particulares em benefício do funcionamento do mercado, em virtude desse funcionamento ser de interesse público. Ficou também delimitado que os particulares, mais especificamente a empresa, devem comportar-se dentro dos limites estabelecidos.

No entanto, é de rigor verificar também qual é a justificativa para a atuação da empresa e os limites do Estado na sua intervenção, pois a propriedade privada foi, como visto no capítulo III da primeira parte, uma escolha realizada pelo constituinte, alçada a princípio constitucional e cláusula pétrea. Isso significa que, nesse modelo brasileiro, não há como se pregar desrespeito ao valor da propriedade privada, sendo admitidos apenas os limites também instituídos pela Constituição Federal.

Assim, neste primeiro capítulo da segunda parte, devo pôr o foco sobre a teoria que hoje trata das empresas, seu estabelecimento e seu funcionamento, para que fique justificada a sua atividade e atuação e se possa então identificar os problemas que daí decorrem, especialmente na dinâmica que as envolve, mormente nos ato de concentração, de modo que ultrapassem o limite da sua liberdade e passem a exigir uma atuação do Estado. Principalmente, porquanto alertado na introdução e verificado no capítulo III da terceira parte, das perspectivas futuras do direito da concorrência brasileira não serem nada promissoras para defesa do direito privado.

Tem-se, então, como ponto de partida que a liberdade de empresa é a base do Estado Democrático de Direito, pois que elevado a princípio fundamental da República (art, 1º da Constituição Federal)¹³⁶.

1. O advento do Código Civil de 2002

A promulgação do Código Civil em 2002 veio consolidar no Brasil, dentre outras coisas, a teoria da empresa no que tange a disciplina das relações econômicas privadas, o que alterou substancialmente o modo de se entender as relações privatísticas comerciais. Mas não só. O Código Civil alterou principalmente a forma de legislar e de pensar o direito privado¹³⁷.

Ao trazer consigo a modificação legislativa de não mais *legislar-se por normas que definissem precisamente (...) pressupostos e (...) suas conseqüências*¹³⁸, o sistema foi, então, aberto através do emprego de conceitos legais indeterminados, conceitos

¹³⁶ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica. Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p.106

¹³⁷ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit., p. 139, no anteprojeto, REALE lembra que unifica os institutos básicos e matrizes do direito privado

¹³⁸ Ibidem, pg. 156

determinados pela função, cláusulas gerais e princípios gerais de direito que devem ser utilizados concomitante e harmoniosamente para a solução das inúmeras questões apresentadas.

O uso de princípios gerais de direito não é exatamente uma novidade. Regras genéricas de conduta que auxiliam no preenchimento das lacunas da legislação no momento da aplicação do direito são usadas desde o direito romano clássico¹³⁹.

Já são mais modernos os conceitos legais indeterminados (expressões de conteúdo altamente vago enunciado pela lei e de consequência imediata por ela atribuída, preenchidos pelo aplicador do direito de acordo com seus valores¹⁴⁰) e os resultados de sua aplicação – os conceitos determinados pela função.

Cláusulas gerais são igualmente fontes de direitos e obrigações também de conteúdo vago mas que se distinguem dos conceitos legais indeterminados justamente por não terem atreladas a elas consequências imediatas estabelecidas na lei.

A abertura do sistema acompanhou o rompimento da nova legislação com o individualismo do Código Civil de 1916 identificado por Ana LOPES¹⁴¹ e estabelecido na própria Exposição de Motivos do Código¹⁴² e cuja transição foi tratada aqui no Capítulo I quando traçado o panorama histórico do pensamento econômico.

¹³⁹ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit.,pg. 157

¹⁴⁰ Ibidem, loc. cit., como exemplos são dados os conceitos de atividade de risco, caso de urgência, perigo iminente

¹⁴¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op.cit., p.119

¹⁴² NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit., p. 133-134

É claro o objetivo de Miguel REALE de apresentar uma obra que tivesse em si esse espírito social e de concretude, com a consagração dos princípios da boa-fé e da equidade¹⁴³.

Assim, a própria legislação civil acompanhou em seu desenvolvimento as mencionadas discussões tidas na esfera econômica.

2. Breve passagem pela teoria da empresa moderna

Até a promulgação do Código Civil em 2002, o Código Comercial Brasileiro, datado de 1850, claramente filiava-se à teoria francesa dos atos de comércio, que tratava como comerciais todos os atos que se destinavam à atividade mercantil e não apenas àqueles realizados pelos comerciantes, mas que ainda compreendia distintamente tais relações comerciais das demais relações privadas.

O projeto do Código Civil sancionado em 2002 já era discutido desde a década de 70 e trazia em si a novidade de adotar a teoria da empresa, originada na Itália cerca de trinta anos antes. As grandes alterações trazidas cuidavam de unificar a disciplina das relações privadas – embora mantendo a autonomia das matérias¹⁴⁴ – e alterar o foco da tutela, não mais para os atos praticados, mas sim para a forma de organização da atividade econômica, o que caracteriza a empresa.

¹⁴³ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit., p. 137 e 140

¹⁴⁴ Ibidem, p. 555

A empresa, então, é a atividade organizada para a produção ou circulação de bens e serviços¹⁴⁵ e se caracteriza pela habitualidade da atividade de prestação de serviço ou fornecimento de bem, a objetivação de lucros e a organização de tal atividade¹⁴⁶. Pela organização da atividade deve entender-se a utilização organizada dos fatores de produção tais como *força de trabalho, matérias primas, capital e tecnologia*¹⁴⁷.

Desta forma, tendo o Brasil adotado a teoria da empresa, unificando parcialmente o Direito Civil ao Direito Comercial (pois que permanece em vigor parte do Código Comercial de 1850, no que se refere ao Comércio Marítimo), inseriu as relações empresárias no mesmo regime das demais obrigações, estando aquelas sujeitas às cláusulas gerais que permeiam o Código Civil, mais especificamente a dignidade da pessoa humana, a livre concorrência, a função social da propriedade, o direito do consumidor e o meio ambiente, a função social da empresa e do contrato¹⁴⁸.

Assim, não resta à empresa outra atitude que não adequar-se à esse novo sistema, submetendo sua atividade e seus atos também a essas novas espécies normativas. E a questão que se encontra é justamente detectar o momento em que a atividade empresária tangencia tais cláusulas gerais e quando é que ela deve estar ainda mais atenta para a observância de tais normativos.

A empresa pode ser exercida por pessoa física de modo individual – empresário individual – ou pode ser exercida por um conjunto de pessoas, organizadas em sociedade, firmada em base contratual. A função econômica da sociedade, segundo Raquel

¹⁴⁵ art. 966 do Código Civil

¹⁴⁶ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit., p. 557

¹⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pg. 18

¹⁴⁸ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. op.cit., p. 556

STAJN¹⁴⁹, *é permitir o exercício em comum, por várias pessoas, de atividade econômica, mediante a reunião de recursos ou esforços (contribuições) dessas pessoas que dividem igualmente o risco do resultado.*

Dessa forma, a sociedade é a pessoa jurídica de fins econômicos, em oposição às associações e fundações de fins não econômicos¹⁵⁰. Mas nem todas as pessoas jurídicas de fim econômico exercem a empresa, no sentido de utilização organizada dos fatores de produção. De fato, produção de bens ou serviços pode ser realizada por mais de uma pessoa sem que haja utilização de força de trabalho e tecnologia, por exemplo, como atividade intelectual e artística, ou mesmo que a lei determine que não seja elemento de empresa. Estas sociedades serão classificadas como sociedades simples, enquanto que às sociedades em que inequivocamente a organização dos elementos esteja presente serão classificadas como empresárias¹⁵¹.

A questão que objetivamente me interessa é justamente quando a sociedade empresária se relaciona com outras sociedades principalmente quando é detentora de poder econômico ou quando se relaciona com quem o tem, justamente em virtude das falhas de mercado, pelo quanto se viu nos capítulos da primeira parte.

Se o que se viu leva claramente à conclusão de que o estado pode intervir de forma a corrigir tais falhas de mercado, a questão que coloco é que existe uma série de interesses e direitos legítimos por trás de várias dessas relações entre sociedades que

¹⁴⁹ in AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). *Código Civil comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195*, São Paulo: Atlas, 2008, p.78

¹⁵⁰ Quanto a essa distinção ver REALE, Miguel, *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil* (16 de janeiro de 1975), in Junior, 2005, p. 142. Segundo Fábio Ulhoa COELHO, sociedade é a união de esforços para a realização de fins econômicos comuns às pessoas que a integram, enquanto que associações são união de esforços para a realização de fins comuns (não econômicos). As Fundações delas se diferenciariam por ser afetação de patrimônio e não união de esforços pessoais. (Curso de Direito Comercial, vol. 2, 5 ed., São Paulo: 2002, p. 13)

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13

serão afetadas com a dita intervenção. O trabalho então é verificar quais são esses interesses e direitos legítimos e qual o limite dessa intervenção.

E antes de entrar diretamente na identificação das falhas a serem contornadas surgidas das relações entre empresas, é preciso delimitar o conteúdo de seu exercício e identificar todos os entes envolvidos nessa intervenção social e seus direitos – quais sejam, as sociedades empresárias e os sócios ou o empresário individual.

3. Panorama da função social da empresa no Brasil hoje

Com relação ao exercício da empresa é mister analisar o seu conteúdo, tendo em vista a previsão de a empresa dever observar a sua função social. A função social está prevista constitucionalmente nos artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal.

Na importante delimitação do conteúdo do exercício da empresa, já estabeleci, de acordo com a legislação, que se trata de exploração de atividade econômica de forma organizada, mas cumpre, no entanto, delimitar quais são os objetivos dessa atividade.

É desnecessário até tecer comentários à utilidade da exploração da empresa em sociedade capitalista e essa discussão, se houver, está fora do escopo do trabalho. É axioma da defesa da concorrência sobre o que me debruço, o reconhecimento de que o exercício da empresa é o que permite a evolução social, política e econômica da sociedade capitalista. A organização da atividade econômica pelo detentor dos meios de produção é o que permite, no capitalismo, que a sociedade atue em cooperação e se desenvolva.

Tampouco precisa ser discutido aqui a importância da criação das sociedades empresárias como entes personalizados, sujeitos de direito autônomo em relação aos seus sócios¹⁵², para a exploração da atividade econômica. Em primeiro lugar, a personalização é fundamental para a verificação da existência de *autorização genérica para a prática dos atos jurídicos*¹⁵³, de forma que se faça valer, para a pessoa, a permissão de fazer tudo o quanto não expressamente proibido.

Além da característica fundamental da personalização, a autonomia patrimonial da sociedade, é o que permite a empreitada¹⁵⁴ dos sócios e a própria garantia de que a empresa irá ser capaz de gerar empregos e tecnologia, auxiliando o país a trabalhar no pleno emprego¹⁵⁵.

Tendo dito o que para a análise da defesa da concorrência parece evidente, o que importa, são menos as questões sobre a relevância econômica do exercício da empresa, mas, principalmente, a sua inserção na organização social.

Segundo José Afonso da SILVA¹⁵⁶, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário enquanto aquela diria respeito à própria delimitação da propriedade. Segundo o autor, ao ser alçada a princípio da ordem econômica, juntamente com a propriedade, a função social tornou-se intrínseca ao direito da propriedade, não podendo configurar limitação a este direito, pois *limitações, obrigações e ônus são externos ao direito*

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2, op. cit., p. 34

¹⁵³ *ibidem*, p. 10

¹⁵⁴ *ibidem*, p. 15-16

¹⁵⁵ Em que pese a debatida questão entre os que se filiam à teoria instrumental da pessoa jurídica ou à concepção realista da pessoa jurídica, para os efeitos da análise antitruste, a efetiva definição não será de muita importância. No entanto, tem-se que as funções aqui mencionadas são entendidas como as únicas funções da separação entre sociedade e sócio, em clara adoção da teoria instrumental da pessoa jurídica.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, op.cit., p. 280-281. No mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, op.cit., p. 173; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, op.cit., p. 253 e LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op.cit., p. 123

de propriedade. Realmente, como visto no Capítulo II da parte anterior, a função social da propriedade se trata de efetiva delimitação administrativa do conteúdo normal da propriedade.

André TAVARES¹⁵⁷ lembra bem que, embora Duguit tenha definido propriedade como função e não direito subjetivo, esse conceito não pode prosperar na ordem econômica liberal adotada pela nossa Constituição. A propriedade, como seguro para o desenvolvimento do Estado socialista e do bem comum, não casa com a previsão constitucional expressa de que a propriedade é direito individual. Por isso, no modelo adotado no Brasil, o direito subjetivo de propriedade foi mantido com alteração de seu conteúdo, de modo a nele fazer constar os direitos sociais.

É importante delimitar o objeto da propriedade. Conforme o disposto no art. 5º da Constituição Federal, é toda patrimonialidade, incluídos aí os bens de produção. Aliás, a incidência da função social quanto a esses não é objeto de discussão no Brasil. Como já mencionado no Capítulo III, a previsão constitucional inaugural da função social da propriedade, foi feita no capítulo relativo à ordem econômica na Constituição de 67, pelo que os debates travados foram no sentido de a aplicação da função social da propriedade recair justamente apenas sobre os bens de produção.

Desta forma, a função social dos bens de produção impende que esses bens (força de trabalho, matérias primas, capital e tecnologia) devam todos ser utilizados em benefício da sociedade, e não apenas de não o serem em prejuízo de outrem. Assim, o princípio da função social impõe um comportamento positivo em favor da coletividade¹⁵⁸. Mas, ainda que a função social somente tivesse o caráter apenas negativo, como forma de

¹⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. op.cit., p. 162

¹⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. op. cit, p. 259-269 e LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. op.cit., p. 121

coibir abusos¹⁵⁹, ela seria suficiente do ponto de vista da concorrência para trazer à propriedade dos bens de produção uma nova conformação e justificar as limitações do estado, justamente porque, como visto na primeira parte, a preocupação é com o abuso do poder econômico e não com o seu exercício simplesmente.

Por ser a empresa justamente a organização desses fatores para a produção de bens e serviços, é conseqüente a aplicação da sua função social. Desta forma, seriam formas de atender à função social da empresa a geração de empregos e o atendimento à proteção do trabalhador, o desenvolvimento de novas tecnologias, a busca pelo pleno emprego, o respeito ao consumidor, e a observância às normas de direito antitruste¹⁶⁰. Observa-se, então, que a empresa transcende à própria pessoa do empresário ou da sociedade empresária que a executa, meros organizadores da empresa-atividade¹⁶¹.

Assim, ao ser aplicável também sobre os bens de produção, há que incluir na abrangência do conceito de propriedade a perseguir a função social, não somente esses bens de propriedade do empresário organizador da atividade econômica, como o próprio poder de controle empresarial e à propriedade de quotas e ações.

4. A atividade empresarial e a concorrência

Tendo visto como funciona a atividade empresarial, seus interesses e tendo analisado na primeira parte do trabalho o arcabouço jurídico e econômico no qual está inserido o Brasil, é importante inserir a atividade empresarial na dinâmica concorrencial.

¹⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67

¹⁶⁰ Sobre isso ver Cristoforo OSTI em *Nuovi obblighi a contrattate*. Torino: G. Giappichelli, 2004. Segundo o autor, o direito da concorrência seria cláusula geral do direito civil

¹⁶¹ MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 477

Concorrência é *disputar a preferência de quem procura bens ou serviços ofertados*¹⁶². Isso envolve, portanto, a incessante busca pela qualidade e satisfação do consumidor também no que se relaciona ao preço dos bens e serviços ofertados. Por isso mesmo, nem sempre a empresa ou o empresário tem o melhor interesse em concorrer. De fato, lembra Ricardo MACEDO¹⁶³ que o ponto de articulação entre a atividade e o seu organizador é a maximização de lucros, seja pelo aumento de preços ou pela diminuição de custos. Como o ambiente concorrencial pode impedir o aumento de preços, o empresário deveria buscar a diminuição de custos e melhor emprego destes. Tal tarefa pode não ser fácil e a escala de produção deve levar em conta a demanda. Às vezes, o aumento de lucros só vem de forma mais garantida se não houver quem divida com o empresário a fatia do mercado.

Dessa forma, a empresa pode ter o incentivo para burlar esse processo e lançar mão de expedientes que a auxiliem a controlar parcela substancial de mercado relevante, dominando-o. Esses expedientes, como vimos no capítulo IV da primeira parte, podem ter a real intenção de excluir concorrentes, como também podem revestir-se de atos bem intencionados de mera organização da sua atividade, que, no entanto, podem trazer o mesmo impacto maléfico de dominação de mercado. Assim, e justamente pela obrigação da sociedade de cumprir a sua função social, a empresa deve observar os impactos dos atos que tenciona empreender sobre o ambiente concorrencial, antes de tomar decisões que possam prejudicar a concorrência e conseqüentemente justificar uma intervenção do estado no exercício dos direitos de propriedade, seja dos bens de produção seja das quotas sociais, pelo sócio.

¹⁶² DUTRA, Pedro, *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 322

¹⁶³ MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. op. cit., p. 48-49

Assim, o próximo capítulo tencionará identificar justamente as relações entre sociedades, definindo os atos de concentração não só no que se refere aos seus aspectos formais, mas também quanto aos interesses que se lhes integram, inclusive os sociais, destrinchando as principais formas de organização desses atos e as situações em que possam prejudicar a concorrência. É a partir deste ponto que verificarei os limites do Estado como organizador da ordem econômica, justamente no seu embate com direitos privados legítimos.

Partirei da constatação de que, para atos potencialmente tidos como anticompetitivos de acordo com a legislação – ou seja, aqueles atos que, por envolverem grupos de grande porte no país ou por resultarem em participação substancial em mercado relevante, aumentam substancialmente o poder de mercado dos participantes a um nível que permita às partes abusar do poder que adquiriram, em um ambiente em que não há rivalidade atual ou futura para contrapô-lo –, as limitações aos direitos de propriedade são imperativas e analisarei a razoabilidade da autoridade ao impor restrições estruturais e comportamentais à operação, fundada justamente na não observância da função social da empresa.

Capítulo II

Definição de atos de concentração e liberdade de empresa

Após breve análise da moderna teoria da empresa, empregada no país, e verificar a problemática levantada pela atividade empresarial, neste primeiro capítulo da segunda parte farei uma pequena introdução genérica para definir o gênero dos atos de concentração, e depois analisarei uma a uma as suas principais espécies, na forma e nos interesses que encerram.

1. Os Atos de Concentração

As sociedades empresárias, ao se estabelecerem, organizam-se de maneira que possam iniciar as suas atividades de forma satisfatória e, às vezes, inclusive, desenvolverem-se até certo estágio.

No entanto, as condições econômicas e o desenvolvimento da atividade que realizam são dinâmicos e alteram-se constantemente. Deve-se contar ainda que, em uma sociedade, nem sempre a vontade dos sócios permanece a mesma. Pode haver, e isso certamente ocorre, perda da vontade de continuar na empresa.

Assim sendo, a solução encontrada para adaptações na estrutura da companhia para que esta permaneça prosperamente a empreender a atividade a que se propôs é a realização de operações societárias, aquisição de participação em outras sociedades, *joint ventures* e até mesmo reorganizações societárias, com acordos de acionistas aumentando o

poder deste ou daquele grupo dentro da sociedade. Não só esses. Para o desenvolvimento da própria sociedade empresária pode haver um sem-número de atividades que necessitem da cooperação de outras sociedades empresárias – desde o fornecimento de insumos, até cooperação para a realização do próprio objeto social.

Todos esses atos, mas não exclusivamente esses, podem ser entendidos como atos de concentração conforme a legislação pátria atual, se relacionarem as empresas de tal modo que as tornem unidas para a consecução de um projeto e podem ter a possibilidade de limitar a concorrência ou resultar em dominação de mercado relevante. De acordo com Pedro DUTRA¹⁶⁴, a lei não manifesta preocupação com a forma dos atos mas sim com os seus efeitos.

Segundo Paula FORGIONI¹⁶⁵, concentração é situação em que os partícipes perdem a sua autonomia ou constituem nova sociedade ou grupo econômico, cujo controle será compartilhado, ou ainda quando, na transferência de ativos ou aquisição de ativos, bens de produção antes separados somarem-se.

Pela análise da redação do § 3º do art. 54, dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000, pode-se ter a impressão de que atos de concentração são apenas aqueles referentes às formas de agrupamento societário¹⁶⁶. No entanto, tal impressão é equivocada. Como bem lembra o Prof. Fabio Ulhoa COELHO¹⁶⁷, por estar o direito da concorrência preocupado com as estruturas do mercado, para permiti-lo livre, a preocupação com o

¹⁶⁴ DUTRA, Pedro, *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 330

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 465-466.

¹⁶⁶ Forgioni sustenta essa posição ao tentar separar os conceitos de “acordo entre empresas” e “concentração econômica” (Fundamentos, 2005 p. 494-495) sustentando que somente os últimos deveriam ser obrigatoriamente submetidos ao CADE, devendo os acordos serem submetidos apenas quando prejudicarem a livre concorrência. Na sequência, a autora lembra que a jurisprudência do CADE rechaçou a possibilidade de apresentação dos atos apenas baseado no critério do prejuízo, sob pena de o § 3º ser considerado inútil, sendo expoente desse entendimento decisão na Consulta 0068/00, o que, no meu entender, faz a separação proposta perder totalmente o resultado prático.

¹⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol 1, op. cit. p. 494-495 No mesmo sentido, MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. op. cit., p. 177-187.

exercício do controle da companhia não se guia pelas mesmas balizas do direito societário para traçar tal definição.

Calixto Salomão FILHO¹⁶⁸, lembra, inclusive, que o caput do artigo 54 se aplica tanto às concentrações de empresa como às cooperações econômicas, nas quais se incluem também os cartéis. Até pelo que, passo a desprezar qualquer diferença que possa haver entre essas categorias (concentração e cooperação), pois que, do ponto de vista da legislação brasileira, pouco importa de que forma as empresas se unem para limitar ou prejudicar a concorrência.

Para o direito da concorrência, detém o controle não só aquele que é titular da maioria do capital votante, mas também pode sê-lo aquele que exerce influência na administração dos negócios, impondo o atendimento de seus interesses relacionados à concorrência.

Assim, atos de concentração advêm não só de atos envolvendo a organização da sociedade. Podem advir também da própria atividade, através de atos da administração ou estratégia do negócio que envolva qualquer conexão entre duas companhias, como um contrato de parceria, comodato, empréstimo bancário e até locação¹⁶⁹. Destarte, devem ser submetidos ao CADE todos aqueles que, além de alterarem a estrutura e dinâmica

¹⁶⁸ SALOMÃO Fº, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 322

¹⁶⁹ Com relação a isso ver Ato de Concentração nº 08012.003409/2004-92, entre Comal Combustíveis Automotivos Ltda, Lubrificantes Gasil Ind e Com. Ltda. e outras, cuja operação se trata de diversos contratos de comodato e de locação de postos da cadeia Texaco e BR para a rede Gasol, em que houve farta discussão sobre a necessidade de submissão desses contratos com decisão não-unânime pelo não conhecimento; e Ato de Concentração nº 08012.000311/2007-26, entre Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda, que envolvia contrato de licenciamento de tecnologia. Contra, DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 147

concorrencial do mercado, assumam quaisquer espécie de formalização, observarem os requisitos legais do § 3º do art. 54¹⁷⁰.

Dependendo de quais sociedades estiverem envolvidas no ato de concentração e dependendo do negócio realizado, ainda que perfeitos do ponto de vista societário, os efeitos econômicos resultantes podem prejudicar a concorrência, a economia do país, o nível de emprego e, em última análise, os consumidores, como visto na primeira parte desta dissertação.

Isso porque, quando uma empresa exerce influência na administração dos negócios de outra que não pertença ao seu grupo econômico, mesmo que não seja ela concorrente direta, pode haver alteração da dinâmica concorrencial, com privilégio a determinados grupos em detrimento de outros. Ricardo MACEDO¹⁷¹ exemplifica magistralmente em todo seu trabalho justamente em que situações, societárias ou não, esse controle pode estar: desde o deslocamento do centro decisório para os sócios minoritários, caso sejam ligados à atividade realizada (fornecedores, clientes e concorrentes), até o deslocamento do controle para a situações externas, nas quais, estruturalmente a companhia em questão tem sua *viabilidade condicionada ao fornecimento ou à manutenção de um fator determinado*¹⁷² ou circunstancialmente em situações em que a empresa encontra-se tão endividada que o seu credor passa a domina-la.

¹⁷⁰ § 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).

¹⁷¹ MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. op. cit., principalmente p. 125-174

¹⁷² ibidem, p. 145, e aqui, Macedo fala especificamente nas situações de franquizados, distribuidores exclusivos e afiliadas, ou qualquer atividade que dependa de know how ou tecnologia a ser transferido ou licenciado, de forma que sem tais contratos ou relações a empresa torna-se inviável.

A proteção da concorrência visa amparar também ao consumidor e não apenas o concorrente. O que está em jogo na proteção à concorrência é a liberdade de iniciativa, evidentemente a livre concorrência e, ao final, acessoriamente, a escolha do consumidor, sendo que, tudo isso somado, configura-se no efetivo funcionamento do mercado. Ou seja, a criação de barreiras para transações privadas logicamente visa proteger – e se fosse de forma diversa não poderia existir – interesses meta-individuais.

Por proteger interesses meta-individuais, encontra-se presente o chamado interesse público a se sobrepor aos particulares, permitindo ao Estado balizá-los de acordo com o primeiro, impondo aos atos ameaçadores desta ordem escolhida restrições, sejam elas comportamentais ou estruturais¹⁷³.

Não caberá analisar aqui a atividade decorrente meramente de poder de polícia do CADE de analisar todo e qualquer ato subsumido à norma. Não farei aqui a análise sequer da racionalidade da norma que determina a submissão de atos de concentração.

O escopo deste trabalho será voltado para o § 9º do art. 54¹⁷⁴ da Lei 8.884, que permite ao CADE impor restrições àqueles atos tidos por ilegais, conforme a regra do § 1º do mesmo art. 54.

¹⁷³ Restrições comportamentais são aquelas em que o Estado prescreve ao particular, participante de uma empresa, determinações no sentido de organizá-la, retirando-lhe a plena liberdade em nome da garantia de que os interesses meta-individuais protegidos permanecerão assegurados. Tais restrições podem referir-se a controle de preços, organização da distribuição ou outra parte da cadeia produtiva, o estabelecimento de determinado modelo de governança ou outra determinação relativa à organização dos elementos de empresa. Tais restrições atingem diretamente os direitos de voto dos sócios naquelas matérias atinentes à administração e às estratégias da empresa.

As restrições estruturais por sua vez, referem-se à organização do mercado, propriamente, com a determinação às partes envolvidas que se desfaçam de ativos tangíveis ou intangíveis e, eventualmente de companhias e negócios inteiros. Já essas restrições atuam mais diretamente no direito de propriedade dos sócios relativamente às suas quotas e ações, determinando que ações sejam vendidas ou até tenham o seu valor alterado a partir do desfazimento do acervo da companhia.

¹⁷⁴ § 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato

Feita a pequena introdução definindo o gênero dos atos de concentração, passarei a analisar uma a uma as suas principais espécies, na forma e nos interesses que encerram, de forma a delimitar os direitos privados especificamente envolvidos em cada uma das espécies e os riscos que eventualmente podem trazer à concorrência.

2. Operações Societárias

Operações societárias¹⁷⁵ são negócios jurídicos realizados por e/ou entre sociedades para alterar o tipo ou estrutura das empresas envolvidas. São sempre de caráter estrutural, sendo disciplinadas pelo direito societário e não pelo direito contratual. Dado que o vínculo jurídico entre as sociedades envolvidas será sempre societário, as operações podem, ou não, trazer a perda da personalidade jurídica.

A denominação de operação para tais negociações societárias foi dada pela Lei das Sociedades Anônimas nos arts. 220, 227, 228 e 229¹⁷⁶ ao tratar, em capítulo próprio, das Transformações, Incorporações, Fusões e Cisões das Companhias. Em 2002, a

ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

¹⁷⁵ Dentre as operações societárias, não se analisará neste trabalho a Transformação por dela não resultar ato de concentração, uma vez que se trata de simples modificação de tipo societário, não envolvendo relações com outra companhia de qualquer maneira, nem a Cisão, por ela configurar justamente o oposto que ora se pretende analisar: a limitação da autonomia de empresa ou controle compartilhado de negócios. Considerando que cisão é mais um instrumento de desconcentração do que concentração, ele será, justificadamente, deixado de lado. Faz-se mister anotar também que as operações societárias, mormente a fusão e a incorporação, serão analisadas conjuntamente em vista dos seus efeitos econômicos serem afins, ainda que os interesses sociais que se lhes encerra serem distintos.

¹⁷⁶ Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

(...)

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Lei 10.406, de 10 de janeiro, que resultou no novo Código Civil Brasileiro, por sua vez, absorveu as mesmas normas para as limitadas, transpondo para os seus arts. 1.116 e 1.119¹⁷⁷ os mesmos conceitos.

Atos de concentração por excelência, dentre as operações societárias estão a incorporação e a fusão.

A incorporação é a operação de absorção de uma sociedade por outra. À sociedade absorvida dá-se o nome de incorporada e à absorvente, incorporadora. A sua natureza jurídica é a de ato de subscrição e integralização de capital social¹⁷⁸, não se confundindo, portanto, com compra, venda, troca ou qualquer outra forma de alienação, uma vez que a intenção das incorporadas não é a de vender seu patrimônio, mas sim transferi-lo para fins de integralização do capital social da incorporadora, dela tornando-se participante.

O pagamento da subscrição de capital, portanto, é feito pela sociedade incorporada, em benefício de seus sócios ou acionistas. Os sócios ou acionistas da incorporada passarão a ser sócios ou acionistas da incorporadora, na medida de sua contribuição para integralização do capital na companhia que os recebe.

Os sócios da incorporada desejam de alguma forma permanecer contribuindo na empresa que exercem. Para tanto, vertem seus patrimônios para a incorporadora, passando dela a serem sócios.

¹⁷⁷ Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.
(...)

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

¹⁷⁸ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil – parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*. organizador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 514. O autor cita a lição de CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 5, p. 20 e ss e decisões do 4º grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (n. 78.119, de 4-10-1982, rel. Des. Olavo Tostes) e RT, 732/302.

A incorporadora, por sua vez, tem interesse legítimo de expandir o seu negócio, e seus sócios o de verem seu patrimônio crescer. No entanto, o interesse legítimo da incorporadora e de seus sócios pode eliminar parte substancial da concorrência, resultando em dominação de mercados, sem eficiências significativas, nem benefícios repassados ao consumidor, ou até mesmo ser o interesse real da incorporadora e de seus sócios a eliminação de concorrente e dominação de mercado relevante de produtos e serviços. Em qualquer um desses casos, como será exposto no Capítulo II desta parte, o ato que tiver esse intuito ou gerar esses efeitos será, na verdade infração à ordem econômica.

De qualquer modo, a incorporada desaparece, sendo sucedida pela incorporadora nos seus direitos e obrigações, inclusive com relação aos direitos dos credores. Se os credores entenderem que a nova situação não garante a satisfação de seus créditos, podem impugnar judicialmente a operação, requerendo a sua anulação.

Já a fusão é a união de duas ou mais sociedades em uma nova companhia. Há o desaparecimento de todas as sociedades primárias e o reaparecimento de uma nova pessoa jurídica. Por vezes, a fusão é inclusive tratada como gênero de que seria espécie a incorporação¹⁷⁹.

No entanto, a estrutura desse negócio jurídico é muito diferente da incorporação: embora a negociação se dê entre as sociedades que se tenciona fusionar, os seus sócios é que serão os responsáveis pela subscrição do capital social, enquanto que na incorporação essa responsabilidade cabe às próprias sociedades envolvidas. Assim, enquanto que a incorporação resulta em verdade em um aumento de capital social da incorporadora, a fusão resulta na constituição de nova sociedade.

¹⁷⁹ BATALHA, Wilson de Campos Souza. *Comentários à lei das S/A*. vol III, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 1050

Em ambos os negócios, porém, há transferência real, embora de forma indireta, do patrimônio das sociedades que serão extintas (incorporadas ou fusionadas), aos sócios das sociedades originais envolvidas, quando estes recebem as novas ações emitidas (sejam relativas ao aumento do capital social na incorporação, ou à constituição do novo capital na fusão).

Como na incorporação, a sociedade resultante sucede as primárias em seus direitos e obrigações. E também, como na incorporação, os credores podem questionar a operação se a nova situação não trouxer garantias de contentamento do crédito.

Com isso, mostro que a incorporação e a fusão se dão pela manifestação do interesse dos sócios da incorporada ou empresas fundidas em continuar participando da atividade econômica. A determinação de separação das companhias, ou o desfazimento desse arranjo, deve respeitar esses interesses, verificando porém que, se a fusão ou incorporação forem ilícitas, ou seja, tiverem por efeitos a dominação de mercados sem eficiências distribuídas aos consumidores, a operação não poderá ocorrer¹⁸⁰.

3. Alienação de participação acionária

A alienação de participação acionária opera como um regular contrato de compra e venda. O acionista que anseia abandonar a sociedade, seja por divergência ou mesmo por necessidade ou interesse de se desfazer das ações, simplesmente as aliena para outrem (acionista ou não), a depender do contrato ou estatuto que rege a sociedade.

Diferentemente da incorporação e da fusão, porém, os sócios que alienam a sua participação retiram-se da atividade totalmente, enquanto que a sociedade da

¹⁸⁰ Quanto a isso, ver Capítulo III desta terceira parte e Capítulo III.3 da última divisão deste trabalho

qual se vende a participação persiste na sua organização anterior, apenas com alteração da composição acionaria. Não há, portanto, alteração na estrutura societária da companhia alienada.

Esta alienação poderá ser feita a pessoas físicas ou jurídicas que estejam atuando no mesmo mercado em que atua a companhia alienada – quando há soma das participações anteriores, numa concentração evidente –, ou, ainda, pode ser feita a terceiro não atuante, ou ainda, atuante em mercado totalmente diverso. Nesses casos, a concentração, ainda que não evidente, existe, tendo em vista a análise de barreiras à entrada e de potencial rivalidade a ser feita, o que será explorado no Capítulo II, com maior aprofundamento.

Assim, se para os acionistas a figura é radicalmente diferente de uma incorporação ou fusão, os efeitos sentidos no mercado, a princípio, não apresentam qualquer diferença se comparados àqueles advindos das duas outras figuras: em qualquer das três situações, os participantes que haviam atuando no mercado ou que potencialmente poderiam vir a participar transformaram-se em apenas um.

4. *Alienação de ativos*

Em vez de desfazer-se de toda a sociedade, pode o empresário alienar partes do seu negócio, mantendo a sua organização social intacta. Essa alienação pode ser de parte de seus ativos (um prédio, mobiliário, maquinário) ou pode referir-se a todo o seu *complexo de bens organizado, para exercício de empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*, ou seja o estabelecimento comercial, conforme estabelecido nos artigos 1.142 a 1.149 do Código Civil.

O estabelecimento não é, portanto, apenas o local da atividade do comerciante, mas também a forma de organização da atividade econômica desenvolvida e os

equipamentos que o empresário utiliza para desenvolver a sua atividade. São todos os bens materiais e imateriais que permitem ao empresário explorar determinada atividade¹⁸¹. Assim, integra o patrimônio do empresário, com ele não se confundindo.

O contrato de compra e venda do estabelecimento, regulado pelos arts. 1143 e seguintes, é conhecido como *traspasse*. Através desse contrato, o *traspassante* se obriga a transferir o domínio do *complexo de bens corpóreos e incorpóreos*¹⁸² organizado para o exercício de empresa, ou seja, inclui entre eles o *aviamento* e a *clientela*.

Aviamento é o rendimento (variável) do estabelecimento, enquanto que a *clientela* é o conjunto das pessoas que mantém com o estabelecimento uma contínua relação e que constitui exatamente a manifestação externa do *aviamento*.

Importante diferenciar a transferência do estabelecimento empresarial da cessão de quotas sociais de uma sociedade, caso em que o estabelecimento não muda de titular, tendo apenas alteração na composição societária do comerciante, o que não tipifica a transferência da titularidade, mas apenas a transferência de participação societária.

Tal diferenciação, porém, é somente jurídica, não existindo com relação aos efeitos econômicos: para a concorrência e consumidores o importante é que o atuante no mercado mudou através de uma ou de outra: ou bem se tornou outro centro de decisões ou bem se eliminou um dentre os outros atuantes no mercado. De qualquer forma, a dinâmica concorrencial alterou-se.

Isso se dá mesmo que a alienação recaia sobre apenas parte dos ativos, pois nessa situação há uma troca de forças no mercado: aquele que se desfaz dos ativos diminui, enquanto que aquele que os adquire se fortalece.

¹⁸¹ BARRETO Fº, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed., São Paulo:Saraiva, 1988, p.75

¹⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol 1. op. cit., p. 117

De qualquer forma, é importante observar, a respeito da alienação do estabelecimento comercial, a peculiaridade de dele ser própria a cláusula de não concorrência. Tal aposição, neste ou em qualquer outro contrato, pode objetivar eliminação de concorrente e, portanto, configurar um ato de concentração; afinal, a parcela de mercado pertencente àquele afetado pela cláusula de não concorrência, ou a simples expectativa participação se o afetado puder ser considerado um novo entrante no mercado, será absorvida, provavelmente, por aquele que adquire a sociedade ou o estabelecimento.

O fundamento desta cláusula, porém, não é difícil de se encontrar, haja vista que a concorrência desleal é fato cada vez mais presente no mundo corporativo atual. A Lei nº 9.279/96, em seu art. 195 prescreve:

Em virtude da proteção do patrimônio intelectual da companhia, o empresário que se desfaz de seus ativos, que aliena seu negócio, ou mesmo o sócio retirante da empresa, se obriga a não atuar em empresa concorrente ou em determinado espaço territorial em empresa concorrente, evitando que os seu conhecimento de segredos de indústria e de comércio da empresa e da própria clientela, seja inadvertidamente transferido para concorrente.

É evidente que tal restrição só é cabível para aqueles indivíduos na vida da empresa que detém o conhecimento a que se pretende proteger, ou mesmo que mantém o contato e o acesso à clientela.

O Código Civil disciplina a concorrência entre o adquirente e o cedente de estabelecimento empresarial através da cláusula de não restabelecimento da

atividade comercial, no seu art. 1.147¹⁸³. É importante mencionar com relação a esse artigo que, embora haja limitação temporal à cláusula, não há outra limitação ao impedimento da concorrência: ela deve se dar por completo durante os 5 anos.

Isso porque o alienante tem a obrigação de tornar boa a coisa vendida, o que, no caso da venda de estabelecimento comercial e da participação acionária, acarreta a proibição de se estabelecer no mesmo ramo.

Como exposto na parte 3.1 deste capítulo, a aquisição de um estabelecimento empresarial compreende também a clientela desse fundo empresarial. A continuidade do antigo proprietário na mesma atividade, através de um outro estabelecimento empresarial, possivelmente atingirá a mesma clientela, prejudicando o adquirente e retirando o valor do bem adquirido. Fábio Ulhoa COELHO¹⁸⁴ preconiza, inclusive, que a cláusula seria implícita nos contratos de alienação de estabelecimento comercial, sendo necessária a expressa autorização no contrato para que o alienante possa fazer competição direta com o adquirente.

Isso posto, ainda que a cláusula de não concorrência seja instituto perfeitamente legal e estabelecido, configura ato de concentração na medida em que exclui concorrente potencial do mercado por um lapso de tempo e, como tal, poderá ter seus termos limitados pelos órgãos da concorrência, nos casos em que houver formação de poder econômico e possibilidade de seu abuso.

¹⁸³ Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subseqüentes à transferência.

¹⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, op. cit., p. 124-125. Mesmo entendimento tem BARRETO Fº, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, op.cit., p. 254: “Para atingir esse objetivo normal e desejado pelas partes, entende-se que, implicitamente, o alienante se obriga a não abrir concorrência ao adquirente, em circunstâncias que ensejem o desvio da clientela do estabelecimento transferido. Não se argumente que a liberdade do exercício profissional obsta à interdição de concorrência, pois o exercício dos direitos individuais pode perfeitamente ser condicionado e admite as limitações impostas pela lei. (...) Cremos, portanto, que o trespassse do estabelecimento comercial implica, virtualmente, para o alienante a proibição de se restabelecer com o mesmo gênero de negócio, em circunstâncias de tempo e de lugar que possibilitem o desvio da clientela do fundo objeto da alienação”.

É importante desde já, principalmente no que se refere às cláusulas de não concorrência, clarear que não se pode admitir restrições quando dos atos sob análise não advier qualquer impacto no mercado relevante. Essas condições serão mais bem exploradas nos capítulos I e III terceira parte.

5. *Joint Ventures e consórcios*

Tratarei aqui conjuntamente das *joint ventures* e dos consórcios por serem espécies de ligação entre duas ou mais empresas para a consecução de um esforço conjunto.

No caso dos consórcios, o esforço conjunto é no sentido de executarem empreendimentos¹⁸⁵, enquanto que as *joint ventures* buscam a exploração de atividade comercial. Pode haver a criação de uma nova sociedade na segunda figura, mas a *joint venture* independe dessa formalidade, podendo, inclusive, revestirem-se da figura de consórcios¹⁸⁶.

Com relação aos consórcios, principalmente se formados para a participação em licitação e se vencedores do certame, podem deixar de ser consórcios para formarem-se sociedades.

Segundo Calixto SALOMÃO F^o¹⁸⁷, é requisito das *joint ventures* a existência de empresa independente, coincidente ou não com a atividade das sociedades que dela participam, no sentido de ser atividade destinada ao mercado e não às próprias associadas. Assim, em oposição às *joint ventures*, SALOMÃO F^o vê nas situações de

¹⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., v. 2, p. 487

¹⁸⁶ Ibidem. loc. cit. Também SALOMÃO F^o, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas* op. cit., p. 333

¹⁸⁷ SALOMÃO F^o, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 333-334

cooperação de empresas para exercício de atividades meros acordos de cooperação ou associações entre empresas.

6. *Acordo de Acionistas*

O acordo de acionistas é contrato previsto no artigo 118 da Lei nº 6.404/76 e firmado entre os acionistas de uma companhia para regular diversos comportamentos, como a transferência das ações e o exercício do direito de voto.

Segundo o disposto no art. 118 da lei das S/A, acordos que versarem sobre: (a) compra e venda de ações; (b) preferência em adquiri-las; (c) exercício do direito de voto; e (d) o poder de controle, devem ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. Isso não significa que esses são os únicos objetos a serem usados pelos acionistas¹⁸⁸.

Nos termos do artigo 118, devem ser partes nos acordos de acionistas somente os acionistas da companhia, excluídos, portanto, a companhia, administradores ou terceiros. Há previsão expressa na Lei das S.A. (artigo 30, § 4º) de que a companhia não poderá exercer o direito de voto das ações de seu capital mantidas em tesouraria, exterminando, portanto, qualquer possibilidade de ela vir a integrar um acordo de voto, por exemplo. Ademais, o artigo 244, § 2º da mesma Lei veda o exercício do direito de voto das ações de uma sociedade em caso de participação recíproca.

A companhia, porém, pode ser parte do acordo na qualidade de interveniente, caso o acordo verse sobre direitos de ações do seu capital social. Essa prática, tem caráter meramente informativo e objetiva atender ao disposto no *caput* e no § 4º do artigo 118 da Lei das S/A.

¹⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2, op. cit., p. 316

Como visto acima, o acordo de acionistas pode tratar de regular a compra e venda de ações, bem como da preferência em adquiri-las. Desta forma, passa a representar restrições à circulação das ações objeto do acordo, determinando termos e condições para a alienação das mesmas a terceiros. Assim, o acionista onera suas ações, colocando impedimentos à sua livre circulação. Em virtude da imposição desses impedimentos, tais acordos são denominados acordos de bloqueio.

Nos acordos de acionistas em que se busca regular o direito de preferência, são reguladas as prioridades dos acionistas na subscrição de novas ações da companhia na proporção que detêm no capital social ou preferência na aquisição de ações existentes, observada, ou não, a participação de cada um no capital social.

A previsão de prioridade na subscrição de novas ações não encerra grandes discussões. No entanto, no que se refere a preferência na aquisição de novas ações, há duas negociações possíveis.

A primeira das cláusulas possíveis de ser negociada é o *right of first offer*, ou direito da primeira oferta, que garante aos acionistas de uma companhia que a eles devem ser oferecidas primeiramente as ações do acionista que desejar aliená-las, com exata indicação do número de ações que deseja alienar, preço por ação, condições de pagamento e demais informações relevantes. Os acionistas notificados deverão manifestar-se em determinado prazo sobre a intenção de adquirir tais ações nas condições propostas. Na hipótese de silêncio dos acionistas ou se todos manifestarem desinteresse em tal aquisição, o acionista alienante poderá oferecer suas ações a terceiros. A venda a terceiro deverá necessariamente observar as mesmas condições propostas inicialmente aos acionistas da companhia.

A segunda das cláusulas é o *right of first refusal* pela qual os acionistas de uma companhia têm a preferência ao adquirir as ações de acionista que tenha

recebido proposta de terceiro para adquirir suas ações da companhia, pelo mesmo preço, forma de pagamento e demais dados constantes da proposta. Para tanto, o acionista que recebeu a proposta deve comunicá-la aos demais acionistas, concedendo-lhes um prazo para se manifestarem sobre o exercício de seu direito de preferência, nas mesmas ou melhores condições oferecidas pelo primeiro proponente. O não exercício importará na liberação do acionista alienante para vender suas ações.

Desta forma, a celebração dessa espécie de contrato permite que determinado acionista antes minoritário adquira o controle da companhia, impedindo a entrada de novos sócios, configurando, assim, no momento do exercício da preferência, um ato de concentração, nos termos de qualquer aquisição de participação acionária.

Há outros objetos sob os quais é possível estabelecer o direito de preferência através de acordo de acionistas, como por exemplo, sobre a aquisição dos produtos da companhia. O estabelecimento de cláusulas com esse tipo de conteúdo configura também ato de concentração, pois que produtos que anteriormente, ou que presumivelmente, seriam colocados no mercado serão, a partir da celebração do acordo, destinados preferencialmente a um dos acionistas em particular.

Além da previsão de regular a preferência na aquisição de ações, o Acordo de acionistas pode regular o direito de venda das ações a terceiros.

Embora as cláusulas de compra e venda de ações dificultem a comercialização das participações acionárias, não vejo como tais cláusulas por si só possam configurar atos de concentração.

Isto porque tanto o *tag along*¹⁸⁹, ou o *drag along*¹⁹⁰, dispõem apenas de formas para que os interessados no seu estabelecimento consigam obter preço melhor para a venda de suas ações, se alienadas em conjunto com as ações do controlador.

Acordo de acionistas pode também regular o direito de voto, que, originalmente, se mede exatamente pelo número de ações detidas pelo acionista e que as ações representam uma fração do capital social.¹⁹¹ O direito de voto, assim, é, atributo das ações.

Por ser atributo da ação, e não do acionista, a negociação do direito de voto pelo acionista é crime conforme preceitua o artigo 177, parágrafo 2º do Código Penal¹⁹². Desta forma, no acordo de acionistas só é possível dispor sobre votos de vontade e não atos de verdade¹⁹³.

Assim, em termos de atos de vontade, os acordos de acionistas que regulem direito de voto podem ser de três espécies: acordos de controle, acordos de defesa e direito de veto.

O primeiro configura-se na reunião de acionistas que somem uma participação no capital social que lhes permita o exercício do poder de controle da companhia. Acordos de defesa são aqueles em que há união de acionistas minoritários para oposição das

¹⁸⁹ Direito de venda conjunta das ações, segundo a qual determinados ou todos os acionistas podem exigir de comprador das ações de acionista alienante adquira também as suas ações. De forma a garantir a venda conjunta deve haver ou a redução proporcional do número de ações do alienante a serem alienadas a fim de possibilitar aos demais a venda de suas ações na mesma proporção, ou o acionista alienante majoritário é quem deverá adquirir as ações dos exercentes do direito de venda conjunta, de acordo com o Artigo 254-A da Lei nº 10.303/01.

¹⁹⁰ Obrigação de venda conjunta, que dispõe sobre o direito de determinado acionista exigir que outro ou outros demais acionistas, alienem suas ações em conjunto com as ações do primeiro acionista.

¹⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 129.

¹⁹² Incorre em pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembléia geral.

¹⁹³ *será voto de vontade, na medida em que o acionista deva deliberar sobre matéria institucional da companhia. Constituirá um ato de verdade quando o objeto do voto tem em vista aprovar a gestão dos componentes dos órgãos diretivos da companhia.* CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 2. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 569.

ordens do controlador. Acordos que dispõe sobre o direito de veto permitem que acionistas com participações minoritárias guardem direito de veto com relação a certas matérias, por sua participação ser estratégica.

Em qualquer dos casos, acordos com esse tipo de disposição acabam por deslocar o centro decisório da companhia, alterando o seu comportamento perante o mercado. Portanto, acordos com essas disposição configuram atos de concentração e devem, desde que subsumidos aos requisitos do parágrafo 3º do art. 54, ser submetidos ao controle dos órgãos de defesa da concorrência.

A Lei nº 10.303/01 alterou o *caput* do artigo 118 da Lei das S.A. inserindo como matéria a ser objeto de acordo de acionistas o exercício do poder de controle. Há uma discussão se acordos sobre o exercício do poder de controle já era abrangida pelos acordos sobre exercício de voto¹⁹⁴. Tal discussão não nos cabe, importando apenas que qualquer disposição referente ao direito de dispor dos bens alheios como um proprietário¹⁹⁵, verdadeiro conceito de controle¹⁹⁶, implica na alteração do comportamento da companhia no mercado, configurando ato de concentração.

Em qualquer das situações dos acordos de vontade, os mesmos podem ser usados para burlar a concorrência se através dele o controle de empresa for transferido,

¹⁹⁴ Pela abrangência, Marcelo Bertoldi em *Reforma da lei de sociedades anônimas*, p. 80: “... a menção introduzida pela Lei nº 10.303/01 a respeito dos acordos sobre o exercício do poder de controle, já era abrangida pelos acordos sobre o exercício do direito de voto, pois é por meio do voto que se exerce o controle” Pela diferenciação estão CARVALHOSA, Modesto e EIZRIK, Nelson, em *A nova lei das S/A*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212: “temos assim que o acordo de acionistas, na conformidade do novo *caput* do art. 118 e seus parágrafos, tem por objeto o poder de controle e não apenas o direito de voto.” / “... como esse poder de controle é exercido, na maioria dos casos, primeiro nos órgãos da administração da companhia para, depois, exprimir-se na assembléia geral ou especial, estão vinculados ao acordo, no que respeita a seus votos, os membros do conselho de administração vinculados ao acordo, ou então os diretores na mesma condição também quanto a seus votos em reunião regular de diretoria (art. 143, § 2º).”

¹⁹⁵ Claude Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, p. 177 *apud* COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, op.cit., p. 91 e 92

¹⁹⁶ Artigo 116 da Lei das S.A: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

principalmente se o novo controlador for empresa participante da cadeia produtiva como fornecedor, cliente, ou concorrente da empresa objeto da sociedade na qual se firmou o acordo.

6. Outros acordos

Outros acordos podem ensejar a submissão obrigatória ao CADE, como dito no início deste capítulo, desde que dele resulte a perda de autonomia da empresa. Dentre esses, destaco dois tipos de acordo: os primeiros que convenciono chamar de contratos regulares, porque advém da atividade econômica empreendida, e os acordos associativos, ou quase-colusivos, que, se não apresentados ao CADE anteriormente à sua consecução, podem vir a ser interpretados como cartéis.

Relativamente aos primeiros destaco, por exemplo, os contratos de licença de marca, que impedem que a empresa licenciante inicie exploração da atividade similar à da atividade da licenciada. Um contrato hipotético que se encaixa nesse perfil, seria o de empresa de chocolates que licencia a sua marca para empresa concorrente que também fabrica sorvetes, para que a use nesse negocio com o qual por ora não concorre. Se o referido contrato impedir que a empresa que está licenciando a sua marca entre no mercado de sorvetes posteriormente, tal contrato configura ato de concentração indubitavelmente. E assim com qualquer contrato que, embora decorrente da atividade das companhias envolvidas, e que retire de uma, ou de todas as empresas envolvidas, a autonomia para decisões futuras relativas ao seu negócio, sempre serão, pela letra da lei em vigor, considerados atos de concentração. Quanto a isso, chamo atenção para alteração trazida pelo projeto de lei 5.877, que inclui dispositivo no sentido de não considerar como ato de concentração as transações e as negociações de ações, quotas ou outros títulos, por conta própria ou de terceiros, em caráter

temporário, ou participações adquiridas para fins de revenda, de forma a excluir daí as compras de fundos de investimento que, de acordo com a lei em vigor, são consideradas atos de concentração.

No que se refere aos acordos quase-colusivos, pretendo por luz às criações empresariais de auto-regulação ou padronização de condutas realizadas por associações e sindicatos empresariais a fim de resguardar todo um setor de determinado dano – por exemplo, a Consulta nº 60/00, inicialmente apresentada sob a forma de ato de concentração, no qual figuraram como consulentes a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), a Associação Brasileira de Agência de Publicidade (APAP), a Federação Brasileira das Agência de Propaganda (FENAPRO), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), a Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura (ABTA), a Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Central de Outdoor, e que versava sobre a criação do CENP (Conselho de Executivo das Normas-Padrão), incumbido, dentre outras funções, de orientar os agentes da atividade publicitária em geral, formular e ajustar normas-padrão à realidade econômica vigente no mercado de propaganda e marketing¹⁹⁷. Nesse sentido, tais acordos, se não apresentados ao CADE, podem não só sofrer as penas advindas da não apresentação, como também ser considerado cartel pelas autoridades¹⁹⁸.

¹⁹⁷ No julgamento do referido precedente, o CADE manifestou-se, nos termos do Voto proferido pela Conselheira Relatora, Dra. Hebe Romano, favoravelmente à “iniciativa de auto-regulamentação do setor”, já que a mesma faz “parte do processo de desenvolvimento econômico do País”, salientando, contudo, que o acordo deveria ser ajustado de forma a adequá-lo “às regras concorrenciais vigentes, dentro dos ditames constitucionais, para que realmente se torne eficaz ao setor, à sociedade e ao País, com vistas a, futuramente, as questões (...) apontadas como efeitos potenciais nocivos à concorrência não se tornem práticas abusivas passíveis da repressão prevista na Lei”.

¹⁹⁸ De fato, a respeito do já mencionado precedente do CADE, a Conselheira Relatora opinou no sentido de que há 03 (três) pontos do acordo de auto-regulamentação que poderão representar violação ao direito antitruste, a saber: (i) a certificação técnica, na medida em que constitui barreira à entrada de novos agentes do mercado; (ii) a faixa de receita, também por constituir barreira à entrada de concorrente que não atinja os limites de receita bruta exigidos; e (iii) as tabelas sobre as quais incidirão os pagamento de comissões e descontos, ainda que previstas em lei, por induzirem potencialmente a limitação da concorrência. A SDE recomendou, inclusive abertura de Processo administrativo (Processo Administrativo nº 08012.000890/2001-11) para apurar supostas infrações à ordem econômica decorrentes do acordo de auto regulamentação, caso que até hoje não teve um

Como visto, os sócios das empresas podem valer-se de inúmeras soluções para alterar a estrutura da companhia e todas elas devem atender aos interesses daqueles que tem na atividade empresarial seu meio de investimento: os acionistas ou quotistas. Por isso mesmo, todos os atos e contratos estudados brevemente neste capítulo envolvem interesses muitas vezes antagônicos dos muitos acionistas e da própria empresa.

No entanto, tais atos, além de contraporem interesses privados diversos podem afrontar o interesse público e ter a possibilidade de limitar a concorrência ou resultar em dominação de mercado relevante e sempre que deles resultar empresa com mais de 20% em um mercado relevante, cujas condições – rivalidade e possibilidade de entrada futura – permitam que este novo ente exerça o seu poder de forma abusiva. Eles deverão ser balizados para que o mercado funcione da melhor forma possível, ainda que isso signifique a frustração e o impedimento do exercício de direitos pelos sócios ou das empresas participantes do ato.

Desta feita, este segundo capítulo desta segunda parte buscou esclarecer o que são os atos de concentração, tanto no seu aspecto formal quanto nos interesses privados que envolvem. Tal delimitação é importante para identificarmos quais os instrumentos que as empresas podem utilizar para burlar a concorrência e fugir do atendimento de sua função social. No entanto, é de rigor verificarmos como é feita a análise dos efeitos que tais atos podem ensejar, pois que é a partir desses efeitos que a justificativa da restrição imposta pelo Estado advém. Tal verificação será feita no próximo capítulo e, a partir dela posso dar início ao escopo do trabalho e buscar verificar que há limites na atuação do

desfecho adequado. O precedente envolvendo a Brasil Álcool S/A (“BrA”) e a Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. (“BBA”) também é bastante ilustrativo no que se refere às eventuais consequências decorrentes de AAR celebrados entre empresas concorrentes, evidenciando o risco de instauração de Processo Administrativo para apuração de possíveis condutas concertadas que possam representar, ainda que potencialmente, infração à ordem econômica. Os Atos de Concentração 8012.004117/99-67 e 08012.002315/99-50, julgados conjuntamente em 22 de novembro de 2000, serão melhor analisados no Capítulo III da última parte.

Estado como organizador da ordem econômica, justamente no seu embate com direitos privados legítimos advindos desses atos de concentração.

Capítulo III

Os Atos-infração

Como visto no capítulo anterior, é infração à ordem econômica segundo o art. 20, II qualquer ato que tenha por objeto ou possa produzir os **efeitos de dominar mercado relevante de bens ou serviços**, sendo entendida essa dominação como controle de parcela substancial de mercado relevante. Por outro lado, ficaram definidos como ato de concentração, a serem proibidos pelo art. 54 da Lei, aqueles que **possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços**.

Pela leitura do art. 20, II e do caput do art. 54 outra não pode ser a conclusão de que o ato que possa resultar na dominação de mercado relevante é na verdade infração à ordem econômica.

Paula FORGIONI¹⁹⁹ menciona inclusive que a disposição do artigo 20 se refere a *atos sob qualquer forma manifestados*, significando justamente a reunião de *acordos e as concentrações de empresas, o domínio de mercado e o abuso da posição dominante*, pacificando a discussão havida na Europa acerca das diferenças entre ‘acordo entre empresas’, ‘decisões de associação de empresas’ e ‘práticas concertadas’.

O ato anticompetitivo confunde-se com o abuso do poder econômico e, assim, em certa medida, o controle dos atos com imposições de restrições é medida consensual, para se evitar a condenação e a imposição de sanções. Principalmente em uma ordem na qual os atos são analisados depois de realizados.

¹⁹⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 148

Segundo DUTRA²⁰⁰, entende-se necessário o controle preventivo uma vez que é maior a probabilidade do poder econômico ser empregado de modo abusivo quando adquirido através de fusões do que obtido naturalmente. A verificação disso na realidade se dá pela análise do desenvolvimento do antitruste feita no capítulo III da parte anterior: o controle de operações – através do Clayton Act – surgiu após verificada a necessidade de controlar o abuso também dessa maneira, 24 anos após o surgimento da primeira lei de combate ao mal uso do poder econômico, o Sherman Act.

Além dessa interpretação sistemática da norma que não nos leva à outra conclusão, é importante verificar que, como ficou comprovado no capítulo anterior da segunda parte, os cartéis são verdadeiros atos de concentração²⁰¹. E isso é tanto verdade que o primeiro cartel punido na história²⁰² formou-se a partir de uma sucessão de atos de concentração através de criação de empresa para controlar diferentes companhias envolvidas na produção e refino do petróleo.

Para que os atos sejam vetados, a contrário senso do que se lê no artigo 54, hão de ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, diminuir a produtividade ou piorar a qualidade de bens ou serviço; ou não visar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Além disso, para ser vetado, o ato deve distribuir os benefícios dele decorrentes apenas entre os seus participantes, sem que traga benefícios aos consumidores ou usuários finais, eliminando parte substancial da concorrência de mercado relevante de bens e serviços. Isso não difere da colusão para prejudicar mercados.

²⁰⁰ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 326

²⁰¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 464

²⁰² Ver história do Direito da concorrencial no Capítulo II, da 1ª parte deste trabalho.

Isso é equivalente a dizer que o controle existente também para atos de concentração dá-se somente para atos que configurem infração da ordem econômica²⁰³, ou seja, atos que tenham por objeto ou possam produzir como efeitos, ainda que não sejam alcançados, a limitação ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário de lucros ou ainda que permita exercer de forma abusiva posição dominante.

Ainda que o poder de polícia do CADE alcance atos cuja capacidade de produzir efeitos anticompetitivos seja inexistente, uma vez que foi decidido pelo Conselho, em decisão proferida na Consulta 0068/00, sob a relatoria do então Conselheiro Celso Campilongo, que *não compete às partes julgar, previamente, se o ato é ou não prejudicial à livre concorrência* e que esse julgamento *só pode ser feito pelo CADE após ter o negócio jurídico sob o qual incide o controle preventivo de que trata o art. 54 da Lei 8884/94, analisado por este Conselho*, o efetivo controle só pode se dar sobre aqueles que configuram infração²⁰⁴. E isso porque, como já demonstrado aqui, na criação do metamercado brasileiro e do arcabouço jurídico que determinou o seu perfil estrutural bem como o seu perfil dinâmico, ficou instituído que a concorrência deve ser protegida através do combate ao abuso do poder econômico e somente dele. Ou seja, nas escolhas brasileiras para a conformação e defesa do mercado não cabe restrição à simples formação do poder econômico.

Dá ainda mais estofo a essa interpretação, a análise da Lei 8.137/90, sobre os crimes contra a ordem econômica, que dispõe, ainda que com ínfima aplicação, no seu art. 4º ao estabelecer que *constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência*

²⁰³ SERRANO, Luis María Miranda. *Las concentraciones económicas, Derecho Europeo y Español*, La Ley. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 1994, p.40

²⁰⁴ Nesse sentido, ver BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. op.cit., p. 157

mediante: (...) b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas.

A importância do quanto aqui estabelecido está justamente no fato de que o controle encontra-se restrito ao ato anticompetitivo. O que significa que o ato que não traz efeitos negativos ao mercado, mas que foi submetido à análise do CADE não pode ser objeto desse controle, e sim por preencher os requisitos de submissão, estatuídos para garantir a atuação do CADE, ou seja, não pode ter contra ele qualquer imposição em sua estrutura, forma ou conteúdo.

Pedro DUTRA²⁰⁵ posiciona-se contrariamente à aproximação dos atos às infrações tendo em vista haver entre eles *distinção essencial* entre ambas as espécies no que se refere aos seus objetos – *ilicitude ínsita do ato abusivo* e objeto lícito do ato de concentração – e finalidade – subtração abusiva de concorrente para as infrações, assim consideradas ainda que não tenham efeitos, e *direito de livre empreender* para os atos, podendo ou não causar efeitos.

Na minha opinião a ilicitude ínsita do ato abusivo não se verifica. Priscila GONÇALVES²⁰⁶ lembra que o artigo 173, § 4º da Constituição Federal, já tratado neste trabalho, *afasta, desde logo, a possibilidade da aplicação da regra da ilicitude per se no que diz respeito às infrações à ordem econômica* uma vez que exige para a caracterização do ilícito a existência de abuso. Desta forma, atos identicamente tomados por diferentes agentes econômicos podem ou não ser considerados abusivos se houver a configuração de poder de

²⁰⁵ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 336

²⁰⁶ GONÇALVES, Priscila. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: aspectos concorrenciais*. op.cit., p. 139

mercado e de seu abuso em um e noutro, ainda que havendo poder econômico haja racionalidade econômica e aumento do bem-estar advindo do ato²⁰⁷.

Quanto à posição esposada por DUTRA é de que o objeto dos atos de concentração é sempre lícito, no meu entender tampouco se verifica. O objeto de um ato de concentração não será lícito se dele decorrer efeito líquido negativo sobre o bem estar social, que é o que define as infrações na sistemática da lei, segundo SCHUARTZ²⁰⁸, e que permite a análise das condutas e estruturas sob um enfoque integrado. Ainda segundo esse autor, tais efeitos ocorrem quando os ganhos econômicos advindos do ato são suficientes para compensar as perdas dos agentes econômicos prejudicados pelo mesmo ato, referindo-se, portanto, à análise de eficiências que serão tratados no Capítulo I da terceira parte.

Por fim, no que se refere às finalidades do ato abusivo (subtração abusiva de concorrente) e do ato de concentração (direito de livre empreender), não vejo o que impeça que tais finalidades apareçam invertidas. Justamente pelo quanto já dito no que se refere a inexistência de ilicitude per se dos atos considerados abusivos, empresários podem tomar ações sob o alegado direito de livre empreender e que, eventualmente, possam produzir os efeitos nocivos, ainda que não seja a intenção e ainda que não sejam alcançado (o que não exclui a sua ilicitude) enquanto que concorrentes podem ver na compra de outros concorrentes a melhor forma de eliminar a competição.

Outra questão levantada por DUTRA²⁰⁹ refere-se à utilização do vocábulo *poderá* no caput do artigo 54, querendo este expressar a eventualidade do dano relacionado aos atos de concentração. Para reforçar essa posição, o autor menciona, inclusive doutrina européia e relembra que a corte européia já decidiu que aquisições podem constituir

²⁰⁷ Nesse sentido, ver SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. in POSSAS, Mario Luiz (coord). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 98

²⁰⁸ *ibidem*, p. 98

²⁰⁹ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 340

abuso de posição dominante e que o artigo 82 poderia ser aplicado aos atos de concentração. Essa discussão acerca da eventualidade do dano fica totalmente superada com a redação proposta pelo Projeto de Lei nº 5.877 uma vez que a redação do novo artigo 88 expressamente proíbe tais atos que possam eliminar parte substancial do mercado relevante ou causar dominação de mercado relevante.

A previsão de possibilidade expressada no caput do art. 54 somente vem reforçar a necessidade de utilização da análise dos efeitos líquidos trazidos sob o bem estar social advindos do ato sob análise, com fundamento nesse artigo.

Desta forma, entendo que a legislação brasileira adota um enfoque integrado para a análise dos atos de concentração e das condutas anticompetitivas, daí resultando que o controle a ser realizado se dá somente para os atos anticompetitivos, não podendo os atos trazidos a conhecimento da autoridade apenas em decorrência do poder de polícia estatuído na lei, e dos quais não decorre qualquer efeito negativo sobre o mercado, sofrer qualquer imposição. Essa afirmativa será observada com maior atenção na segunda parte desse trabalho, que abordará a justificativa para as decisões empresariais no que se refere aos atos de concentração e a limitação à atuação do Estado na aplicação da política da concorrência.

TERCEIRA PARTE

A análise antitruste: o embate entre os limites do Estado e da Empresa

Capítulo I

A Análise dos Atos de concentração pelo CADE

Na parte anterior explorei algumas das espécies de formalização de atos de concentração analisando os interesses legítimos que encerram. A verdade, porém, é que ainda que os interesses sejam inicialmente legítimos, dependendo de quais sociedades estiverem envolvidas no ato de concentração e dependendo do negócio realizado, ainda que perfeitos do ponto de vista societário ou contratual, os efeitos econômicos resultantes podem prejudicar a concorrência, a economia do país, o nível de emprego e, em última análise, os consumidores, sendo, ao final, considerados como infração.

Como mencionado, a lei determina que esses atos de concentração que podem ter a possibilidade de limitar a concorrência ou resultar em dominação de mercado relevante devem ser submetidos ao CADE. Para isso, a norma estabelece que todos aqueles que, além de alterarem a estrutura e a dinâmica concorrencial do mercado, assumam eles quaisquer espécies de formalização, devem observar os requisitos legais do § 3º do art. 54.

O presente capítulo terá o objetivo de estabelecer como que, legalmente, tais efeitos econômicos são verificados, a ponto de legitimar uma intervenção, já justificada na primeira parte desse trabalho. Desta forma, partirei da legislação, bem como da jurisprudência firmada no sistema brasileiro de defesa da concorrência, para verificar quais as questões que devem estar presentes na análise concorrencial para autorizarem a imposição de restrições comportamentais e estruturais e até mesmo a reprovação do ato. Afinal, segundo FARIA²¹⁰

²¹⁰ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica. Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. op.cit., p. 83.

a função do CADE, que é um tribunal administrativo, é a de aplicar a lei que estiver em vigor, relativa ao abuso do poder econômico. Ele não formula, não examina, não critica, nem elogia a política econômica. Estabelecida pelas autoridades competentes uma determinada política econômica, a função do CADE é acompanhar a atividade das empresas, dentro dessa política, de sorte que nós não temos nenhuma palavra, e nem poderíamos ter, a respeito da vantagem ou desvantagem, do benefício ou da nocividade das medidas tomadas na área econômica, relativas à importação de produtos estrangeiros. Não é função do CADE.

O objetivo, então, do presente capítulo é verificar exatamente o arcabouço legal e infra-legal para a tomada de decisão a respeito do tema sob análise. Claramente, os instrumentos e técnicas para a verificação de cada uma dessas questões serão deixados de fora do presente trabalho, pois que o objetivo deste não é ser um tratado de defesa da concorrência.

1. A submissão dos atos ao CADE

Todo e qualquer ato que alterar a estrutura de mercado relevante de bens ou serviços de forma a concentrá-lo deverá ser submetidos ao CADE para aprovação. Para que a norma não seja por demais subjetiva e que o sistema fique assoberbado com a análise de qualquer contrato ou acordo que envolva mais de uma companhia, o § 3º do art. 54 da lei 8.884/94 prevê requisitos legais de faturamento ou participação de mercado para auxiliar as partes na análise do que deve ou não ser submetido ao crivo das autoridades da concorrência.

Sempre, portanto, que duas empresas negociarem e estabelecerem um acordo cujo efeito seja uma alteração na dinâmica concorrencial e resultar em um ente com mais de 20% do mercado envolvido na operação, ou que uma das partes do negócio ou o grupo a que pertençam obtiver um faturamento de no mínimo R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil²¹¹⁻²¹² no ano anterior à operação, as empresas terão de apresentar ao CADE formulário²¹³ informando todos os dados do negócio para que a análise da operação seja feita.

A apresentação do ato deve ser feita ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 15 dias úteis a contar do momento da realização do ato, que, de acordo com o art. 98 do Regimento interno do CADE (Resolução nº 45, de 28 de Março de 2007), é a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

Por primeiro documento vinculativo entende-se o documento final da operação pois, em que pese a teoria contratual que nos informa ser todo contrato vinculante entre as partes, o que importa, para os termos da lei 8.884/94, são os efeitos do acordo para a dinâmica concorrencial, ainda que o mesmo seja firmado sob condições suspensivas. Assim,

²¹¹ Embora o § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94 estabeleça que o ato deve ser apresentado se “qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)” A Súmula nº 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, editada a partir do julgamento do Ato de Concentração envolvendo as Requerentes ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc., durante a 338ª Sessão Ordinária de Julgamento, seguindo o voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer, dispõe que este faturamento deve ser no território nacional, como forma de aumentar o filtro das operações apresentadas no país, garantindo que as operações apresentadas sejam de fato relevantes nesta jurisdição.

²¹² Ainda quanto aos requisitos de submissão, importa mencionar as alterações propostas pelo Projeto de lei nº 5.877. O projeto retira o critério do mercado relevante, devendo tal variável ser apenas calculada pela própria autoridade antitruste e não pelas partes, com base no entendimento da jurisprudência antitruste já mencionado no Capítulo III da segunda parte. O projeto manteve o faturamento mínimo de R\$ 400 milhões no território nacional para uma das partes, adicionando a necessidade de a outra parte (ou um segundo grupo) apresentar faturamento de pelo menos R\$ 30 milhões. O PL propôs também que o CADE tenha a prerrogativa de requerer a submissão de atos de concentração cujo faturamento não se enquadre naqueles valores.

²¹³ Anexo I da Resolução nº 15 do CADE, revogada em sua totalidade pela Resolução nº 45, de 28 de Março de 2007, do CADE, exceto no que diz respeito ao formulário mencionado. Tem havido debates a respeito da alteração do teor do formulário e no seu modo de apresentação. O CADE colocou tal formulário para debates através da consulta pública nº 4/2006 (<http://www.cade.gov.br/noticias/vernoticia.asp?cn=136>), mas depois disso nada foi realizado.

memorandos de entendimentos e cartas de intenção, a rigor, não tem o condão de disparar a contagem de prazo para a submissão. Se tais acordos, no entanto, contiverem disposições a respeito da atitude das partes em face da concorrência durante as negociações (cláusulas de não concorrência ou qualquer disposição similar), aí sim deverão ser consideradas como disparadoras do início do termo para serem apresentados ao CADE²¹⁴.

O ato deve ser apresentado em três vias que serão distribuídas entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça e o CADE²¹⁵, que são os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Na atual configuração do sistema²¹⁶, a SEAE é a responsável pela análise de atos de concentração²¹⁷, cabendo à SDE considerações a respeito de confidencialidade, celebração de acordos de prevenção da reversibilidade da operação e demais medidas acautelatórias para que a decisão final possa ser tomada pelo CADE. A elaboração do parecer pela SDE, após esse novo arranjo institucional, adquire caráter confirmatório da análise da SEAE, exceto se houver divergência severa a respeito de determinado ponto da análise ou for necessário entrar em assuntos de cunho estritamente jurídico. Assim, após a análise instrutória feita pelas agências e pelos órgãos de

²¹⁴ Novamente com relação ao Projeto de Lei 5.877 ora em discussão, já foi aqui mencionado que o mesmo pretende inserir o exame prévio para a análise de atos de concentração, o que transforma em letra morta a discussão aqui mantida.

²¹⁵ Para atos envolvendo o setor de telecomunicações bastarão duas vias a serem distribuídas entre o CADE e a Agência Nacional de Telecomunicações, que substituirá as Secretarias mencionadas, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações.

²¹⁶ Como mencionado no Capítulo III da Primeira Parte, o projeto de lei prevê um novo formato com vista à desburocratização do sistema, pelo qual a SDE se torna uma superintendência geral e se funde com o atual CADE, transformando-o em Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Nesse contexto, os atos de concentração não mais passam pela SEAE, que passa a ter a atribuição apenas de advocacia da concorrência junto a órgãos de governo e perante a sociedade.

²¹⁷ Segundo apresentação realizada por Elizabeth Farina na sua exposição na audiência pública da Câmara dos Deputados feita em 10.abr.2007, p. 8, disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/copy_of_2006-1/reforma-sbdc-apres-institucional-sumario-13-04-072.ppt/view?searchterm=sbdc, acessado em 25.fev.2008

defesa de mercado, os autos são encaminhados ao CADE – órgão máximo e julgador nos assuntos referentes a práticas de mercado²¹⁸ – para a análise final e julgamento.

2. A análise concorrencial

Independentemente da autoridade a realizar a análise do ato submetido, se a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça ou o CADE²¹⁹, os passos para uma análise antitruste deverão ser os mesmos. E se as Secretarias responsáveis pela instrução dos atos de concentração não seguirem o roteiro proposto pelo GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, aprovado pela Resolução conjunta da SDE e SEAE nº 50/2001, ou mesmo não cuidarem de satisfatoriamente responder aos itens que aqui seguirão, caberá ao CADE, através do Conselheiro Relator designado, realizar essa instrução.

Desta forma, os passos para a análise da posição dominante dos requerentes devem compreender: a definição de mercado relevante, a análise de concentração no mercado proposto e, se necessário, a indicação de barreiras à entrada pós-operação, a rivalidade existente no mercado e, então, fazer a análise dos danos anticoncorrenciais da

²¹⁸ Segundo o Projeto de lei 5.877 o trâmite dos atos de concentração são substancialmente alteradas: em primeiro lugar, passa a ser endereçado somente ao CADE; a Superintendência-Geral conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, ou determinará a realização de instrução complementar, especificando as provas e diligências a serem produzidas; mesmo após a instrução complementar, a Superintendência-Geral reserva a competência de monocraticamente proferir decisão aprovando o ato sem restrições ou oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado; os prazos para decisão da autoridade agora são peremptórios desde a entrada do caso na Superintendência, pelo que o descumprimento dos prazos previstos implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.

²¹⁹ Para atos envolvendo o setor de telecomunicações bastarão duas vias a serem distribuídas entre o CADE e a Agência Nacional de Telecomunicações, que substituirá as Secretarias mencionadas, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações.

operação, das eficiências geradas e a ponderação desses dois últimos itens com a efetiva distribuição da eficiência com os consumidores (este último item, embora não esteja previsto especificamente no Guia editado pela Resolução conjunta da SEAE e SDE nº 50 mencionado, deve ser analisado por força do inciso II do §1º do art. 54). Deve-se aqui anotar que o mercado é um processo e como tal é dinâmico. A análise de um dado mercado pelos órgãos antitruste em determinado momento pode não ser apta a verificar o real potencial anticompetitivo (ou ausência do mesmo), principalmente em mercados em desenvolvimento, muito imaturos ou que passam por uma alteração recente (fluxos de importações, por exemplo).

2.1 Mercado Relevante

Muito se falou no conceito de “mercado relevante” para concluir se a operação traz ou não concentração ao mercado de bens ou serviços, sempre que uma operação for apresentada ao CADE. Em primeiro lugar, defino o que é Mercado Relevante: segundo o Anexo II da Resolução CADE nº20/99, mercado relevante *é o espaço - em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante.*

A relevância do mercado não se refere aqui à importância que o mercado traz. A magnitude econômica do mercado em questão pouco importa para a análise concorrencial. Como vimos, o Direito Antitruste protege em última instância os direitos meta-individuais dos consumidores. Assim, concluo que todo mercado é importante para os consumidores do produto que compreende e para a liberdade de o particular ingressar e desenvolver dada atividade econômica lícita. Não interessa ao Direito Antitruste que mais

peessoas consumam combustíveis do que chocolate. Interessa igualmente proteger os consumidores de combustíveis e os consumidores de chocolates, bem como os produtores destes dois mercados que igualmente geram receitas, dão emprego e desenvolvem tecnologia. Bem como a delimitação geográfica – se internacional ou circunscrita a um bairro ou a um raio – tampouco deve ser politicamente considerada para a análise ou não desses mercados.

Assim, mercado relevante é o mercado posto em RELEVO para a análise da operação. Há dois vértices para análise e delimitação de um mercado relevante: o de Produto e o Geográfico²²⁰. A sua definição é de extrema importância para a aplicação do direito antitruste, pois a sua exata delimitação, como se verá a seguir, será fundamental para a identificação do controle e da dominação exercida por empresa. Segundo Paula FORGIONI²²¹, a elasticidade da sua definição, inclusive, permite que esta seja feita de acordo com a melhor solução para concretizar a política da concorrência em vigor.

Mercado Relevante de Produto é a delimitação do(s) produto(s) afetado(s) pela operação. Analisa-se todos os produtos fabricados ou serviços prestados pelas empresas envolvidas, de forma a verificar a dinâmica que as envolvem. É necessário verificar (i) se os produtos e serviços prestados pelas companhias são substitutos próximos, caso a operação envolva empresas de um mesmo nível de produção – concorrentes diretos; (ii) se envolvem empresas de diferentes estágios da mesma cadeia produtiva, onde uma é vendedora de insumos de outra (relações verticais); e (iii) envolvem empresas de setores distintos de produção, cujos produtos envolvidos, aparentemente não se relacionam.

Desta forma, os mercados a serem destacados dependerão das relações dos produtos e serviços das companhias. A definição de mercado relevante deverá ser baseada

²²⁰FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op. cit., p.232; NESTER, Alexandre Wagner, *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estrutura de redes)*. São Paulo: Dialética, 2006 p. 53;

²²¹FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op. cit., p. 251.

na eventual sobreposição de produtos e serviços para os atos que envolverem relações horizontais, através, principalmente do teste do monopolista hipotético, ainda segundo o Anexo II da Resolução 20/99, que é o que definirá *a menor grupo de produtos (ou, a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo.*

Pelo teste do monopolista hipotético verifica-se a plausibilidade do fornecedor de determinado produto (A) aumentar o seu preço entre 5-10%, mantendo a rentabilidade sem sofrer concorrência de outros produtos. Caso um outro produto (B) cause a pressão competitiva para transformar esse aumento da (A) em pouco rentável, agrega-se (B) à atividade do produtor analisado para a verificação de possível aumento de 5-10% no mercado de (A+B), e a agregação de eventual produto (C). Para a sua completa realização são necessárias a análise da elasticidade do preço e da elasticidade preço cruzada²²²; testes de correlação entre preços ao longo do tempo e estudos de mercado; sazonalidade e multiplicidade de mercados; mercados secundários.

Ainda que determinados produtos sejam entendidos pelos consumidores como substitutos, pelo lado da oferta pode ser que tal substituição não seja tão real. Ou seja, pode ser que o fabricante de determinado produto não consiga a um tempo razoável e com custo também razoável alterar a sua produção do produto (A) para o produto (B). De forma que, ainda que os consumidores migrem para o produto (B), poderá não haver produção suficiente do mesmo.

²²² Relação da variação da demanda por um bem ou serviço em virtude do aumento do preço de outro produto. Se o aumento no preço de um bem causar o aumento na demanda pelo bem a que estamos analisando, diz-se que a elasticidade cruzada é alta. Se o mesmo aumento de preço não alterar, ou alterar muito pouco, a demanda pelo bem analisado, a elasticidade cruzada é definida como baixa. Para elasticidades cruzadas altas, a probabilidade de os produtos serem incluídos em um mesmo mercado relevante.

Desta forma, a análise da estrutura e elasticidade da oferta pode fazer senão incluir no mercado relevante, certamente considerá-los como relevantes na análise da contestação, produtores que, ainda que produzam bens considerados não concorrentes do produto analisado, possam facilmente vir a produzi-lo após o aumento do preço do primeiro bem. A análise pode levar também à verificação das baixas barreiras à entrada em determinado mercado. A análise, a ser feita, portanto é técnica e não se relaciona com as preferências do consumidor²²³.

Assim, devem ser incluídos todos os produtos ou serviços que, se não idênticos, possam ser considerados substitutos entre si, como por exemplo o papel celofane e outros materiais de embalagens, como alguns tipos de plástico, o que fez com que o mercado fosse definido como materiais flexíveis para a embalagem, no caso *DuPont*²²⁴.

Nas operações verticais ou conglomeradas não haverá sobreposição entre os mercados de atuação das empresas envolvidas. Isto posto, o mercado a ser destacado deverá ser definido com base na relação à montante e à jusante da cadeia envolvida. Tais atos visam trazer independência tecnológica e maximização dos lucros da sociedade remanescente da operação societária. Como o processo produtivo torna-se simplificado (tudo dentro de uma única indústria), os custos são reduzidos e a qualidade muitas vezes aumentada. No entanto, embora de plano não sejam anticompetitivas, podem acarretar em controle do fornecimento de matéria prima para os concorrentes e aumento de barreiras a entradas aos fornecedores.

Para as operações conglomeradas, em que os produtos e serviços parecem não ter qualquer conexão entre si, os mercados relevantes devem ser definidos como aqueles de atuação da empresa alvo (no caso de aquisições de todas as espécies) ou da nova

²²³ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. op.cit., p. 92

²²⁴ 351 U.S. 377 (1956), que, segundo BRUNA, ibidem, p. 77, foi o caso que deu origem ao conceito de mercado relevante.

empresa formada (no caso de formação de novas empresas, através de joint ventures, por exemplo).

Se, em princípio, operações conglomeradas não parecem trazer preocupação para os órgãos de proteção à concorrência, é verdade que conglomerados podem facilmente prejudicar a concorrência por meio de reciprocidades – as empresas do conglomerado compram e vendem uma das outras – e alavancagem de participação em mercados em decorrência da participação dominante em outros mercados²²⁵.

O Mercado Geográfico é a delimitação espacial para que uma empresa de determinado mercado de produtos atue. Neste caso, para a delimitação desta vertente do mercado, são analisados os custos de transporte, de importação e distribuição. A questão reside na possibilidade de consumidores se direcionarem a outras localidades para adquirir o bem pretendido, ou a outros produtores direcionarem sua produção para a localidade em que o detentor de poder econômico atua.

A definição do mercado relevante é de importância crucial para a análise antitruste, pois dela decorrerá todos os ulteriores passos no exame do ato de

²²⁵ Há três tipos de operações conglomeradas: as conglomeradas para extensão do produto, as conglomeradas para extensão geográfica e as conglomeradas puras.

A operação conglomerada para extensão do produto envolve empresas cujos setores de atuação são complementares entre si. De acordo com a definição de mercado relevante, Azeite e vinagre seriam mercados relevantes de produto distintos. Mas se uma sociedade produtora do primeiro formalizar uma operação societária juntamente com uma empresa fabricante do segundo, certamente ela estará ampliando o seu negócio de ‘temperos para saladas’. Concorrencialmente, elas não competem entre si e, por isso, a operação, a princípio pode parecer inofensiva. No entanto, é possível a determinação de vendas casadas, visando alavancar a posição no mercado de vinagres com a posição já detida no mercado de azeites.

O conglomerado para extensão geográfica se dá exatamente porque mercados têm limitações geográficas em virtude de custos de transporte ou de importação, por exemplo. Na definição anterior de mercado de esteiras ergométricas como nacional, supõe-se que uma grande produtora nacional de esteiras decida incorporar uma empresa chilena atuante no mesmo setor para entrar no mercado daquele país.

O Conglomerado puro refere-se à operações que envolvam sociedades atuantes em mercado relevante de produto totalmente distintos. No Japão são chamados de *keiretsus*. As *keiretsus* normalmente são os conglomerados de grandes bancos. Por exemplo, o Grupo Silvio Santos, é um conglomerado puro: tem banco, emissora de TV e construtora – atividades que não se relacionam absolutamente.

concentração em questão. Somente após a exata definição do mercado relevante é que se dá a real identificação da estrutura do mercado e eventual identificação de detentor do controle. A participação de empresa em mais de 20% do mercado relevante de produto em espaço estabelecido é presumida como poder de mercado pela legislação brasileira, de acordo com o art. 20 §3º. A presunção dos 20% serve, portanto, apenas como orientação para a análise e como delimitação do poder de polícia do CADE, ou seja, é *uma conjectura provável, que a lei toma por uma prova, até que seja destruída por uma prova em contrário*²²⁶, definida assim como presunção *juris tantum*. Basta, realizar a análise da posição dominante como estatuído pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, expedido através da Portaria Conjunta 50, de 1º de agosto de 2001, da SDE/SEAE, e que será tratada mais a frente neste capítulo.

Disso decorre disposição no Guia de análise de Atos de Concentração da SEAE e da SDE de que a análise de ato de concentração só progride para os demais passos mais complexos se da determinação do mercado relevante resultar que o produto do ato de concentração em questão tem mais de 20% do mercado posto em relevo. Como colocado no Capítulo III na segunda parte, o controle do Estado nem mesmo alcança tais atos de concentração em que não há risco concorrencial, sendo a sua submissão ao CADE de rigor em virtude do exercício do poder de polícia do órgão para garantir o controle sobre as operações preocupantes.

É importante mencionar nesse ponto que, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa e da economia processual, se a operação não envolver empresas de atuação expressiva em qualquer dos mercados relevantes levantados, a própria definição pode ser relativizada pelas autoridades.

²²⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de, *Vocabulário Jurídico: com apêndices*. Edição comemorativa do centenário do autor, cuidada por Alcides Tomasetti. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 271

2.2 Índices de concentração econômica

Determinado o mercado relevante envolvido, há que se analisar a concentração existente neste mercado e a concentração gerada pela operação em análise. Ainda que a legislação nacional determine que a participação acima de 20% é o limite de atenção, é importante reiterar que essa é uma presunção *iuris tantum*, significando que tal valor pode mudar de mercado para mercado ou mesmo de tempos em tempos em um mesmo mercado, dependendo do avanço tecnológico e outras condições. Ademais, no Brasil, é importante lembrar do artigo 173 da Constituição Federal, cuja interpretação define que o monopólio não é proibido e a formação de empresa com até 100% de participação de mercado pode ser aprovado como será visto.

Desta forma, tudo dependerá da dinâmica do mercado relevante definido no primeiro passo da análise. Assim, é importante analisar a concentração existente neste mercado antes e depois do ato de concentração em exame. Para tanto, índices tais como o Herfindahl-Hirshman Index – HHI ou o C_i são largamente utilizados.

O mais utilizado para mensurar esta concentração é o HHI, calculado pela soma dos quadrados das participações de todos os participantes em dado mercado relevante.

O valor máximo de HHI é 10.000 pontos (que equivale a uma participação de 100% - monopólio). Assim, quanto maior o valor do índice, mais concentrado é o mercado.

Como parâmetros de análise dos resultados, o HHI abaixo de 1000 pontos significa baixa concentração; para um índice entre 1000 e 1800 entende-se que o mercado é de média concentração; é alta concentração a concentração de um mercado que apresenta HHI superior a 1.800 pontos.

Assim, segundo a *Horizontal Merger Guidelines* do *Federal Trade Commission* e do *Department of Justice* dos Estados Unidos²²⁷, operações realizadas que signifiquem uma baixa concentração, raramente serão anticompetitivas. Já as operações que resultarem em aumentos de 100 pontos no HHI em mercado de média concentração e aquelas que signifiquem aumentos de mais de 50 pontos no HHI de mercados pouco competitivos são potencialmente anticoncorrenciais.

Há outro índice utilizado pelas autoridades, o C_i , que mede a participação percentual das "i" maiores empresas no mercado relevante. Por exemplo, o C_2 é a participação percentual das 2 maiores empresas no mercado, o C_3 das três maiores e assim por diante.

A Resolução nº 20/99 dispõe em seu Anexo II um quadro comparativo dos dois índices que aqui colo:

Índices Propriedades	C_i	HHI
Grau de informação trazida pelo índice	Pequena. Um CR pequeno pode desprezar uma franja de mercado que pode exercer pressão competitiva aos maiores players.	Grande. O HHI capta maior volume de informação acerca de concentração.
Volume de informação requerido para calcular o	Pequena. Os dados de faturamento das empresas líderes estão, em geral, disponíveis.	Grande. Em mercados que possuem uma franja significativa de pequenas empresas, o volume de informação requerido pode tornar o cálculo

²²⁷ Disponível em http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, acessado em 25.02.2008

índice		proibitivo. Quanto maior a participação dessa franja no total do mercado relevante, maior o erro que deverá ser incorrido na estimação das participações nessa franja.
Relação com o índice de poder de mercado de uma firma, como o índice de Lerner = $L = \frac{p - C_{mg}}{p}$.	O C_1 em um modelo simples de oligopólio de Cournot guarda uma relação direta com o índice de Lerner, isto é, com uma medida de poder de mercado ²²⁸ .	O HHI em um modelo simples de oligopólio de Cournot guarda uma relação direta com a média ponderada dos índices de poder de mercado das firmas oligopolistas, sendo a participação de mercado de cada unidade o fator de ponderação.

Como dito acima, o índice de concentração econômica é suficiente apenas para ‘acender a luz vermelha’ na análise concorrencial da operação uma vez que não há no Brasil limites para a participação em mercado relevante. O monopólio, no Brasil, não configura um ilícito antitruste *per se*. Segundo a legislação brasileira, há que se conquistar a posição monopolista de maneira ilegítima para configurar infração.

Estes medidores, portanto, servem muito satisfatoriamente como instrumentos de alerta para as autoridades da concorrência procederem uma análise mais profunda da operação, ou aprovarem sem mais delongas operações de baixo impacto concorrencial, utilizando-se inclusive do procedimento sumário previsto na Portaria Conjunta SDE-SEAE Nº 01, de 18 de fevereiro de 2003.

²²⁸ Aqui é preciso definir os conceitos econômicos empregados, apenas para facilitar a compreensão da frase contida no quadro. Índice de Lerner é, como dito, uma medida de poder de mercado, calculada pela porcentagem do *markup* sobre o custo marginal, identificado através da observação de uma curva de demanda negativamente inclinada. Quanto maior o índice (variável entre 0 e 1), maior a distância entre o preço praticado e o preço de equilíbrio. A medida em questão foi identificada pelo economista Abba Lerner. Oligopólio de Cournot, por sua vez, refere-se a um modelo de equilíbrio de oligopólio formulada por A.A. Cournot (1801 – 77) no qual as empresas escolhem a sua produção baseada na sua expectativa sobre as escolhas da outra empresa, ou seja, de forma não independente. Há outros modelos de análise de oligopólios tratados na literatura econômica, como Stackelberg e Bertrand, citados aqui apenas a título de informação. Para a análise desses modelos, ver VARIAN, Hal R., *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999; KUPFER, David. *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002

2.3. Os demais itens que devem ser analisados

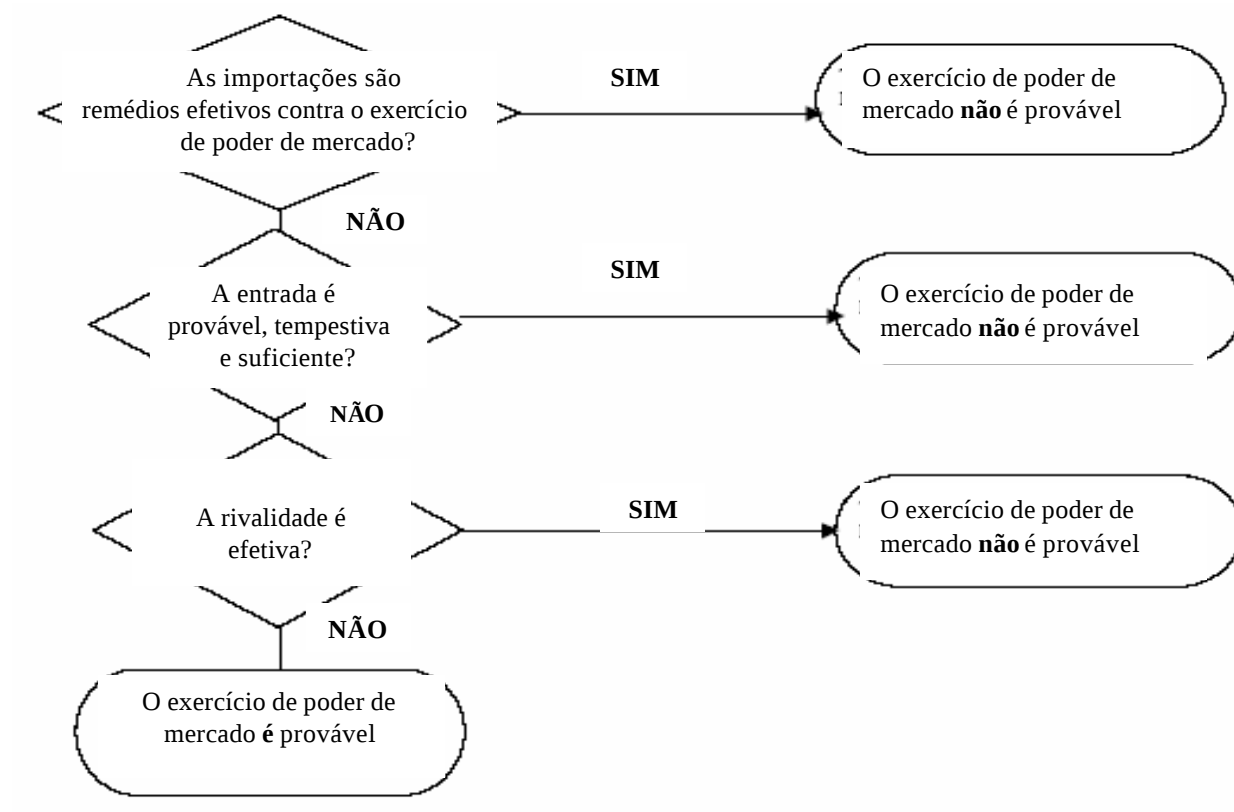
Como elaborado acima, os medidores de concentração são instrumentos satisfatórios para alertar as autoridades para procederem uma análise mais profunda da operação, embora devam ser usados com parcimônia, em virtude de a legislação brasileira não impedir a formação de poder de mercado.

Desta forma, após ser definido o mercado relevante e analisadas as participações das sociedades envolvidas na operação, se detectada alta concentração, deverá ser analisada a dinâmica do mercado de forma a averiguar se as condições que justificam a aprovação de ato que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, estabelecidas no art. 54, § 1º da Lei 8.884/94, estão presentes no mercado sob análise.

Desta forma deverão ser verificadas questões tais como a indicação de barreiras à entrada pós-operação, a rivalidade existente no mercado²²⁹ e análise das eficiências geradas pela operação, com a sua efetiva distribuição com os consumidores. Desta forma, será possível constatar se a operação, de alguma forma, tem por objetivo aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e se foram observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

²²⁹ Nem sempre competitividade está ligada a número de players no mercado, mas sim a contestação atual e efetiva do poder de mercado da empresa detentora da maior fatia.

Em um básico diagrama, se podem verificar quais são as questões colocadas pelas autoridades e a forma para depois passar a analisar um a um dos itens mencionados²³⁰:



Outros itens podem ser considerados para avaliação da competitividade da empresa como o valor da transação e a maneira de avaliação do patrimônio líquido. Uma vez que, o valor pago apresenta-se desproporcional à rentabilidade futura do negócio e não se coaduna com os investimentos necessários

²³⁰ No diagrama abaixo, quando mencionadas as importações basta fazer aqui um aparte sobre discussão existente na economia entre definição de mercado relevante e verificação de contestação potencial. Alguns entendem que a verificação de importações seria parte do estudo para definição de mercado relevante geográfico. No entanto, por haver situações em que verifica-se a existência de importações mas que as mesmas não são suficientes para integrar o mercado, preferir-se-ia conceituar tais importações como contestação potencial. No meu entender, isso pouco influencia a questão jurídica que se pretende avaliar. O diagrama está colocado na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001

para a manutenção da empresa após a operação, caracterizando claramente um preço de monopólio pela aquisição²³¹. Tais itens, porém, não são imperativos para a análise.

2.3.1. Barreiras à entrada

Barreiras dizem respeito às condições que permitiriam que as firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante pudessem perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes.

Dessa forma, as empresas atuantes poderiam abusar do seu poder econômico por não haver contestação atual ou futura aos abusos perpetrados, solidificando ainda mais uma posição de controle.

Barreiras à entrada relacionam-se aos custos de produção, investimentos necessários para a entrada e fatores institucionais do mercado relevante, como tarifas, quotas e regulações sanitárias.

A Resolução do CADE nº 20/1999, relaciona exemplos de barreiras entre os quais destaco as economias de escala – que, a grosso modo, envolvem redução na quantidade de fatores produtivos utilizados quando há um aumento da produção (economias de escala reais) ou uma redução no preço da matéria-prima (economias de escala pecuniárias) – e de escopo – quando o custo de se produzir os produtos (A) e (B) conjuntamente é menor do que produzi-los em separado, ou seja, redução dos custos médios com diversificação da produção –; tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes; acesso difícil a matérias-primas; custo de aprendizado; e lealdade do consumidor à marca.

²³¹ Sobre essa análise, ver o voto Conselheiro Fernando Marques no caso Nestlé Garoto in <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t3252008918146834.pdf>, p. 11, acessado em 25.03.2008

Tendo em vista as restrições dadas pelas barreiras à entrada existentes, é preciso avaliar qual a probabilidade de firmas atuando fora do mercado relevante entrarem neste último de forma suficientemente rápida e com um volume de produto suficientemente alto para contestar as firmas estabelecidas.

A existência ou não de barreiras à entrada pode reforçar ou não uma posição dominante. Explica-se: caso o proposto ato de concentração gere alta concentração, ao analisar a existência barreiras à entrada concluí-las como inexistentes, pode-se concluir então, que, se o dominante abusar de seu poder de mercado, outra companhia terá incentivos para ingressar no mercado, exercendo pressão competitiva suficiente para evitar tal abuso. Dessa forma, o ato, mesmo gerando alta concentração não é passível de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

No entanto, verificada a alta concentração e a alta existência de barreiras, a probabilidade de ser verificada a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, pelo que outros itens devem ser analisados.

2.3.2. Rivalidade

Identifica-se a rivalidade nas situações em que um ou mais concorrentes sentem-se pressionados ou percebem a oportunidade de melhorar sua posição. As empresas em um mesmo mercado relevante são mutuamente dependentes, de forma que ações de uma empresa têm efeitos imediatos nas demais.

Segundo Michael PORTER²³², a rivalidade pode ser medida pela interação de vários fatores como quantidade ou equilíbrio de condições dos concorrentes, lento crescimento do mercado em questão – acirrando a disputa entre concorrentes com mentalidade expansionista –, produtos pouco diferenciados ou ausência de custos de mudança do produto, custos fixos elevados, aumento da capacidade produtiva em saltos, desequilibrando a oferta, barreiras de saídas elevadas e concorrentes com objetivos, estratégias e personalidades muito diferentes.

Tendo concluído pela probabilidade do exercício do poder de mercado pela existência de altas barreiras, pouca rivalidade e contestação fraca, é necessário, nos termos do § 1º do artigo 54 da lei 8.884/94, analisar se a operação proposta oferece eficiências e se as mesmas são repartidas equitativamente com os consumidores.

2.3.3. Eficiências

Após toda a análise de formação de poder de mercado e estrutura do mercado relevante da operação é necessário analisar realmente os efeitos da negociação para defini-los bons ou maus para o mercado.

No caso de atos de concentração horizontais, eventuais benefícios podem estar relacionados apenas à realização de investimentos que incorporem - ou à interação entre ativos complementares já existentes, que proporcionem - maior eficiência produtiva ou tecnológica, em determinados acordos entre empresas; ou o suporte à qualidade dos serviços prestados.

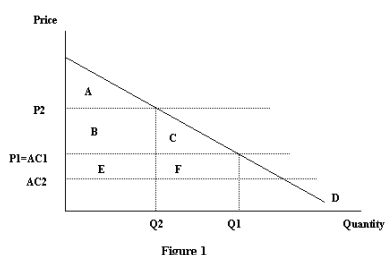
²³² PORTER, Michael. *Competição: estratégias competitivas essenciais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1999, p. 39, disponível em <http://www.google.com.br/books?id=SMfDDZCuClEC&printsec=frontcover&dq=michael+porter&sig=jFFtM29CC-r1KkDGvIPrkR5hyv8#PPA39.M1>, acessado em 04 de março de 2008.

Mas, no caso de atos verticais, os principais dentre os possíveis benefícios/eficiências a elas associados consistem na redução de custos de transação, expressa na detenção de comportamentos oportunistas ("free rider") de modo a preservar/incentivar a qualidade dos serviços nos mercados-alvo (distribuição, pós-venda, etc.) e proteger a reputação e os investimentos em ativos específicos de empresas no mercado de origem. Em certos casos podem ainda estimular a consecução de economias de escala e de escopo no mercado-alvo, ou ainda proteger o desenvolvimento tecnológico no mercado de origem.

É necessário então verificar os saldos²³³ advindos da operação para o consumidor e para o produtor e fazer o balanço entre eles a fim de verificar os efeitos da eficiência sobre eles, se (i) há transferência de saldo entre dos consumidores para os produtores; (ii) se há apenas perda de saldo do consumidor, sem ganhos para o produtor; ou (iii) instituição de saldo a favor do produtor²³⁴.

Em suma quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), concentração deve ser aprovada. Quando, porém, as eficiências

²³³ Tais saldos são definidos da seguinte forma por EVERETT, Ann-Britt e ROSS, Thomas W. *The Treatment of Efficiencies in Merger Review: An International Comparison*, 2002, disponível em <http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/01263e.html>, acessado em 24.fev.2008, p. 2: Consumers' surplus refers to the difference between what consumers have to pay for a particular quantity of a good and the maximum they would have been willing to pay for that quantity. On a graph like that in Figure 1, this is illustrated by the area beneath the demand curve (which gives the value consumers place on each successive unit) and above the price they are paying. Before the merger, consumers were enjoying surplus equal to the combined areas A+B+C but due to the higher price post-merger, their surplus falls to that equal to area A. The firms' surplus can be represented here by their profits or the difference between the revenues they collect and the costs they pay. The profit per unit then will be the difference between the price and unit or average cost. Profits before the merger were zero as $P1=AC1$. After the merger, profits per unit rise to the difference between the new price ($P2$) and the new average cost ($AC2$). Total profits now are then illustrated by areas B+E.



²³⁴ Ibidem, p. 1

forem inferiores aos custos, a concentração deverá ser proibida ou ter condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias. Para a interpretação desse balanço e julgamento da pertinência da fusão há diversos modelos de análise.

O primeiro dos modelos formulados, o *Price Standard*²³⁵ dita que uma fusão deve ser aprovada se o preço do bem pós-fusão não aumentar. Eficiências podem ser analisadas, mas elas só poderão ajudar na aprovação de uma operação anticompetitiva se ela efetivamente diminuir, ou ao menos não aumentar, preços pós operação.

Outro modelo elaborado, o *Consumers' Surplus*²³⁶ (excedente do consumidor), leva em consideração outros ganhos que não somente a redução de preços; só considerando a operação anticompetitiva passível de aprovação se houver aumento do bem estar do consumidor, seja pela redução de preço, seja pela melhora da qualidade do produto/serviço pós-fusão.

No Modelo de Williamson, ou *Total Surplus*²³⁷ (excedente total), ao saldo do coconsumidor, soma-se o saldo do produtor, de modo que seja analisado o saldo total; que ao final deve ser maior do que o inicial. Por esse modelo, se o produtor ganhar mais do que o consumidor perder, a aprovação poderá ser dada.

No Canadá, o Modelo de Williamson é adotado com pequena alteração: segundo o chamado Modelo Hillsdown²³⁸, as transferências de saldo do consumidor para o fornecedor quando os preços aumentam pós fusão devem ser consideradas

²³⁵ Ibidem, p. 7

²³⁶ EVERETT, Ann-Britt e ROSS, Thomas W. *The Treatment of Efficiencies in Merger Review: An International Comparison*, op.cit., p. 7

²³⁷ Ibidem, p. 8

²³⁸ Ibidem, loc.cit

negativas. Ainda assim, a operação poderá ser aprovada quando maiores os ganhos do produtor do que os ganhos dos consumidores.

Finalmente, o modelo chamado *Surplus Ponderado*²³⁹ também parte do Modelo de Williamson, mas estabelece um peso social para multiplicar os saldos do consumidor e do produtor, que refletirá a importância do bem estar de cada um dos dois grupos.

A legislação brasileira determina que os benefícios gerados seja distribuídos eqüitativamente com os consumidores, sem, no entanto, citar qual o ganho a ser considerado. O Brasil, portanto, já fez a escolha a respeito da importância do bem estar de cada um dos dois grupos, escolhendo o consumidor. Nesse sentido, a autoridade brasileira deve descartar os modelos de Williamson, Hillsdown e *Surplus Ponderado* por não se preocuparem com a distribuição eqüitativa dos saldos entre consumidor e produtor. O modelo de *Price Standard*, apesar de preocupar-se com a distribuição eqüitativa dos benefícios gerados pela fusão, levam em consideração apenas uma única espécie de ganho e, por isso mesmo, não tem embasamento na legislação brasileira.

Isso posto, a análise dos atos de concentração deve obrigatoriamente, por força do § 1º do art. 54, levar em consideração os objetivos do ato – e dentre eles as eficiências geradas –, a sua distribuição entre todos os agentes do mercado (companhias envolvidas, seus sócios e os consumidores), a não eliminação de parte substancial da concorrência de mercado relevante de bens e serviços e que estejam no limite necessário para atingir os objetivos visados.

²³⁹ Ibidem, loc. cit.

2.4. Situações particulares

Após a rigorosa análise aqui podem ser usadas teses de defesa ou obstáculo à operação baseadas em situações particulares que podem causar a alteração da decisão final. Ou de causar a reprovação de ato que pela aplicação simples não seriam reprovados ou de justificar a aprovação de atos que tragam eficiências negativas.

Nomeio, a seguir as principais defesas que podem alterar o resultado comum do processo, analisando a sua aplicabilidade no sistema brasileiro.

2.4.1. Companhia Falida

Mesmo após a verificação de efeitos negativos, uma operação pode ser aprovada com base na alegação de que a empresa adquirida estava em situação falimentar e que a sua saída do mercado era iminente. Desta forma, a operação traria mais prejuízos ao não ocorrer, causando a diminuição da produção e do atendimento da demanda e o fechamento de postos de trabalho.

A defesa da empresa falida apareceu pela primeira vez nos EUA, em 1930, durante o julgamento da *International Shoe Co. vs. FTC* (280 U.S. 291), no qual analisou-se eventual infração às normas antitruste²⁴⁰ na aquisição, pela *International Shoe Co.*, da *Mc Elwain Company*. As empresas envolvidas eram concorrentes diretas, configurando-se uma operação horizontal. Este é o primeiro requisito para a admissibilidade da alegação da defesa de operação envolvendo companhia em estado falimentar.

Neste caso, pela compra da empresa não ter sido decorrente de realização de ativos em processo de falência, foi necessário averiguar a situação da empresa

²⁴⁰ Art. 7 do Clayton Act

adquirida, para constatar a possibilidade de ruína da companhia. Tal comprovação foi realizada através da análise dos seus balanços e resultados que demonstravam que a companhia não mais poderia arcar com seus débitos, além da verificação de quatro situações: 1) celebração em demasia de compromissos para a aquisição de couro; 2) existência de grande estoque de sapatos (o mercado estava se retraindo); 3) a não renovação dos pedidos de encomendas; e 4) a inabilidade da McElwain para controlar suas dívidas de grandes empréstimos bancários.

A outra verificação necessária para a autorização da compra dos ativos de um concorrente é a inexistência de comprador alternativo²⁴¹. Tal requisito foi expressamente adicionado durante o julgamento *Citizen Publishing Co. vs. US* (394 U.S. 131) em 1969. Quando o Juiz elencou os quatro requisitos para a alegação da *failing firm defense*: 1) indicação de que os controladores da companhia estivessem considerando a hipótese de liquidar ou vender o negócio e, portanto, evidência de que a operação é o último fio a que a empresa se escorou; 2) estabelecimento de que a empresa adquirente é o único adquirente disponível; 3) a perspectiva de reorganização através dos capítulos X e XI do Ato de Falência tem de ser diminuta ou ainda inexistente; e 5) o ônus da prova do preenchimento destes requisitos cabem àqueles que buscam guarida na doutrina.

Também nesse caso, foi necessária a verificação da situação da companhia, pois que sua compra não havia sido realizada em processo de falência e, para tanto, houve análise do comportamento dos controladores do negócio: tudo indicava que, apesar das sucessivas perdas, eles pretendiam manter-se no negócio, aumentando os

²⁴¹ In the case of a corporation with resources so depleted, and the prospect of rehabilitation so remote, that it faces the grave probability of a business failure, with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants are operated, the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchaser and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probable, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act. P. 301.

investimentos. E embora houvesse clara evidência de que a companhia poderia vir a falir, em virtude de seus problemas econômico-financeiros, provou-se que a Star não era a única compradora disponível.

Afastou-se assim a defesa da companhia em extinção, considerando a operação anticompetitiva. Ficou estabelecido, então, que a defesa de uma fusão baseada no argumento de a empresa adquirente estar em processo falimentar só seria cabível em um escopo muitíssimo estreito de casos.

No Brasil, a defesa da empresa falida foi alegada em quatro casos julgados pelo CADE, sendo acolhida apenas em um deles. Em 1999, no caso Echlin do Brasil e Brosol (AC. 08000.013759/97-98) a tese foi acolhida, pois a fusão foi tida como garantia de continuidade da produtividade e conseqüente benefício aos consumidores pela manutenção da produção de um bem em extinção.

2.4.2. Entrante potencial

De outra forma, pode ser que operações em que um novo entrante adquire participante com alta parte do mercado seja reputada como anticompetitiva por impedir o crescimento da competição, ao eliminar entrante potencial, ainda que não seja uma operação horizontal.

A tese do entrante potencial real reza que, em uma operação que envolva aquisição de grande *player* do mercado, na qual o adquirente deste grande *player* poderia haver entrado no mercado em análise por si ou através da aquisição de outro *player* menor, os efeitos devem ser cuidadosamente analisados para a efetiva proteção da concorrência. Como nuance dessa teoria, surge a vertente do entrante potencial perceptível,

segundo a qual, havendo a possibilidade de entrada por *players* de fora do mercado, mesmo que o mercado esteja concentrado, a competição estará estabelecida pelo receio da entrada²⁴².

Como resultado de uma e da outra, porém está o aumento da competitividade e a possibilidade de frear abusos por parte da firma dominante.

A tese foi criada pela Suprema Corte quando da análise do caso *Penn-Olin Chemical Co.*²⁴³, cuja formação de *joint venture* entre *Pennsalt* e *Olin Mathieson* no mercado de clorato de sódio foi questionada pelo governo americano. Na sua decisão, a Suprema Corte afirmou que mesmo que apenas uma das empresas entrasse no mercado (clorato de sódio para o sudeste dos EUA), a *joint venture* eliminou a competição que podia ser mantida pela presença da outra empresa na franja do mercado.

De qualquer forma, tal como instituída pela Suprema Corte americana, e aperfeiçoada pela mesma e pelos órgãos antitruste ao longo do tempo, a tese do entrante potencial hoje só pode ser usada em mercados alvos concentrados. Isso porque em mercados pouco concentrados, a concorrência existe entre os atuais participantes do mercado, sem atentar para a concorrência potencial²⁴⁴. Ademais a firma adquirente deve ser uma entre poucos potenciais entrantes, pois a eliminação de um de muitos competidores potenciais não

²⁴² SCHLOSSBERG, Robert S., *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 2 ed., Chicago: American Bar Association, 2004, p. 321-322, disponível em <http://www.google.com.br/books?id=JmcoRxfB1OsC&pg=PA321&dq=Actual+Potential+Entrant+Doctrine&lr=&sig=AFbqeipcaWijkphiIAeOVVUFEaA#PPA321.M1>, acessado em 05.mar.2008.

²⁴³ 378 U.S 158 (1964)

²⁴⁴ SCHLOSSBERG, Robert S., *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, op. cit. p. 325. O texto e a importância para a discussão que se segue faz merecer seja feita a transcrição exata: “*The Court explained that the potential competition doctrine (whether actual or perceived) is meaningful only as applied in concentrated target markets. If the target market is not concentrated, the existing market participants are unlikely to engage in anticompetitive behavior because of the existence of actual competition (without regard to potential competition) and the theories underlying the potential competition doctrine are inapplicable*”. Nesse sentido, ver também JACOBSON, Jonathan M. *Antitrust Law Developments*, 6 ed., Chicago: American Bar Association, 2007, p. 371, disponível em http://www.google.com.br/books?id=oT07hNxzMwQC&printsec=copyright&dq=Actual+Potential+Entrant+Doctrine&lr=&source=gbs_toc_s&cad=1, acessado em 05.mar.2008.

seria passível de diminuir a competitividade²⁴⁵. Assim, para a tese ser alegável de forma a obstar uma operação proposta, deve-se demonstrar ainda que a adquirente tem meios disponíveis e possíveis para entrar no mercado alvo de outra forma que não adquirindo participante com parcela de mercado substancial e que esses meios disponíveis e possíveis são capazes de produzir a desconcentração ou efetivamente produzir efeitos pró-competitivos.

Jonathan M. JACOBSON²⁴⁶, mencionando os Merger Guidelines da FTC comenta que para a aplicação da doutrina-se verifica-se um HHI maior do que 1.800, barreiras à entrada devem ser altas e que a vantagem para a entrada do adquirente deve ser detida por não mais do que três empresas. Tais requisitos seriam aplicáveis para ambas as vertentes da tese do entrante potencial. No entanto, continua Jonathan M. JACOBSON, o Judiciário americano entende que há diferença entre as duas vertentes e a questão está nas provas a serem demonstradas. De fato, para a aplicação da teoria do entrante perceptível deve-se demonstrar o impacto do entrante potencial no atual comportamento dos participantes do mercado, enquanto que para a aceitação da teoria do entrante real, a prova a ser buscada é a de que o entrante poderia entrar no mercado de forma independente, resultando em impacto futuro na concorrência.

De qualquer forma a tese do entrante potencial, tanto na sua forma real ou perceptível, tem aplicabilidade muito limitada²⁴⁷. De fato, mesmo a Suprema Corte não aceitou e aplicou a tese do entrante potencial real tal como formulada hoje. No que se refere à sua aplicabilidade no Brasil, entendo ser ainda mais restrita, tendo em vista que o monopólio não é restrito e a análise a ser feita é da possibilidade de abuso. Não cabe ao CADE, como já explicitado neste trabalho, cunhar política da concorrência para setores,

²⁴⁵ SCHLOSSBERG, Robert S. *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*. op.cit., p. 329-330

²⁴⁶ JACOBSON, Jonathan M. *Antitrust Law Developments* (sixth), op. cit. p. 374

²⁴⁷ *ibidem* p. 327 e 341

buscando promover a concorrência aqui e ali. A sua função é perseguir a lei e reprimir o abuso, repise-se.

Como se vê, os efeitos do ato é que importam. Tanto para a análise da submissão dos atos, como visto no Capítulo II da Segunda parte, quanto para a análise dos objetivos do ato, definido no §1º do artigo 54 da lei antitruste, importam apenas o impacto da operação na dinâmica do mercado. No entanto, como deste ponto em diante ficará demonstrado, nas decisões do Conselho especialmente nas escolhas a respeito das restrições/não aprovações, a análise das formas deverá sim ser levada em consideração para a tomada de decisões.

2.4.3. Empresa *Maverick*

Empresas podem comportar-se durante o processo de concorrência sempre contestando as regras estabelecidas, forçando a competição no mercado em que atua. Tais empresas, por disporem de incentivo econômico maior do que os demais²⁴⁸, sempre mantém seus preços abaixo dos outros *players* do mercado, conquistando importante parcela do mercado, e impedindo que os demais abusem de suas posições eventualmente maiores. Seu comportamento é caracterizado pela independência na precificação, normalmente não figura dentre os maiores *players* do mercados, é independente também no modelo de seu negócio e que detém certa capacidade ociosa. Assim, essas empresas são responsáveis normalmente por iniciar uma guerra de preços ou grandes descontos ou mesmo recusar-se a aumentar preços seguindo os rivais²⁴⁹.

²⁴⁸ Segundo o U.S. Merger Guidelines (§ 2.12) *one that has a greater economic incentive to deviate than do most of its rivals and constitutes an unusually disruptive force in the market place.*

²⁴⁹ BREUNIG, Robert e MENEZES, Flavio. *Maverick Firms: An Exploratory Analysis of Mortgage Providers in Austrália*. School of Economics, The University of Queensland. Austrália, 2007, disponível <http://www.uq.edu.au/economics/abstract/348.pdf>, acessado em 25/mar/2008, p. 4

No que se refere ao controle de atos de concentração, a existência de empresas *maverick* no mercado relevante em análise ou mesmo o seu envolvimento no ato submetido pode ser levada em consideração pela autoridade antitruste. De fato, operações envolvendo firmais com esse comportamento podem alterar a concorrência ou reforçar o equilíbrio existente.

Assim, caso o ato envolva uma empresa com o comportamento de constante contestação, a eliminação dessa empresa através de um concorrente com grande participação no mercado pode reforçar ainda mais o poder desse adquirente (pois além de aumentar a sua participação está eliminado justamente o concorrente contendor). De outro lado, sendo a empresa *maverick* a adquirir concorrente, o ato pode ser mais facilmente entendido como pró-competitivo, pois aumentará o poder daquele que contesta os grandes *players* (isso considerando-se que a *maverick* tem pouca participação).

Considerando ainda uma operação entre empresas em mercado em que haja atuação de uma terceira empresa de comportamento *maverick*, isso é especialmente relevante para a análise das rivalidades.

No Brasil, o caso Nestlé-Garoto é o mais relevante em termos de consideração da teoria do comportamento *maverick*. No primeiro, o CADE entendeu que a Garoto teria esse comportamento, sendo eliminada por um dos principais participantes. Esse argumento foi um dos fundamentos para a decisão de desconstituição.

3. As decisões possíveis

Após toda a análise feita pelo Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, o CADE deverá emitir seu julgamento.

Determinado o mercado relevante de produto e geográfico e verificado a estrutura do mercado (participações dos principais concorrentes e as concentrações existentes) faz-se o primeiro corte: ou a concentração sob análise origina uma concentração de mais de 20% sobre os mercados relevantes identificados – seja pela concentração horizontal, seja nas questões verticais ou conglomeradas – ou não. Se a empresa ou grupo de empresas resultante do ato de concentração não tiver mais de 20% do mercado, a análise deverá cessar nos termos do Guia de análise de Atos de Concentração da SEAE e da SDE e a operação deverá, de forma inequívoca e obrigatória, ser aprovada sem quaisquer restrições, pois não há no Brasil, nunca é demais frisar, qualquer infração a ser considerada per se, devendo as autoridades cuidar de reprimir apenas o abuso do poder econômico. Poder este só adquirido através de posição dominante e controle do mercado, como definido no Capítulo III da primeira parte. Não havendo posição dominante, não há controle e, portanto, não há poder econômico para se abusar²⁵⁰.

Não tendo encontrado qualquer óbice à concorrência a ser causado pelo ato (seja pela análise completa do abuso, que, ao fim, não se verifica, seja porque não se tenha levado a análise concorrencial até o fim) os atos devem ser aprovados integralmente. Nenhuma restrição, por mais que fundada em jurisprudência, nacional ou internacional (como a cláusulas de não concorrência ou cláusulas pactuadas entre as empresas) pode ser imposta sem a conclusão da análise concorrencial como exposta aqui nesse capítulo. A rigor, tais restrições nem devem ser impostas quando os limites de impacto nas participações de mercado não atingirem a presunção legal de 20% do mercado, porque então adstritas a racionalidade privatística da liberdade de iniciativa, sem ferir interesses metaindividuais, sob o quê o controle dos atos não pode recair, como demonstrado no Capítulo III da segunda

²⁵⁰ Tal disposição não será alterada caso o Projeto de lei em discussão seja aprovado.

parte, porque nenhuma das empresas envolvidas, sozinha ou conjuntamente detenham poder de mercado que possa ser por elas abusado.

Caso, no entanto, do ato resulte empresa ou grupo de empresas com mais de 20% do mercado posto em relevo, a análise deve prosseguir e dela podem irromper três decisões distintas.

A uma, em se verificando presentes os quatro requisitos do art. 54 §1º, ou, mesmo que faltante um destes, seja o ato necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e não haja prejuízo ao consumidor, o ato há de ser aprovado, ainda que gere dominação do mercado, com eventual possibilidade de abuso²⁵¹.

De outra forma, se forem verificadas condições no mercado que possam ser contornadas de modo que o ato encaixe-se nos mandamentos legais, deve o CADE aprová-lo com as restrições necessárias a esta conformação, uma vez que, como visto no Capítulo I da segunda parte, os atos de concentração são instrumentos legítimos. Nesse sentido, segundo Calixto SALOMÃO Fº²⁵², deve-se verificar a possibilidade de estabelecer metas auxiliares de forma a garantir os objetivos alegados pela parte para a realização do ato, conforme estatuído no artigo 54, §1º. Também devem ser levados em consideração o grau de exposição do setor à concorrência internacional e as alterações no nível de emprego nos termos do §1º do artigo 58, o que segundo o mencionado autor, significa que sempre que as

²⁵¹ No que se refere a esse mandamento, o Projeto de lei sob debates, retira a questão relativa a motivo preponderante da economia nacional. Segundo os §§ 5º e 6º do novo artigo 88, os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, são proibidos, mas podem ser aprovados desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir o objetivo de gerar eficiências a serem repassadas aos consumidores. Dessa forma, altera-se a premissa estatuída no parágrafo posto, no sentido de que, na eventualidade de o Projeto ser aprovado, na nova lei em se verificando presentes os dois requisitos do art. 88 §6º, o ato, mesmo que implique a eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante e que possa criar ou reforçar posição dominante poderá ser o ato aprovado, ainda que gere, eventualmente, dominação do mercado

²⁵² SALOMÃO Fº, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*. op. cit., p. 306

*eficiências possam levar a importantes efeitos quanto ao nível de emprego, é necessária a elaboração de compromissos de desempenho*²⁵³.

No entanto, se faltar qualquer um dos quatro requisitos, ou se, ainda que presentes, houver diminuição do bem estar do consumidor, e não restar outra alternativa à autoridade para contornar as possibilidades de abuso, os mesmos devem ser proibidos pela justificativa de ser o ato, em verdade, infração à ordem econômica, uma vez que o ato anticompetitivo confunde-se com o abuso do poder econômico.

É importante mencionar aqui que, de acordo com a legislação atual, para que as decisões de veto total ou de restrição, só poderão ser efetivamente tomadas se de alguma forma houver a manutenção das condições que permitam que as restrições impostas efetivamente digam respeito àquela realidade de mercado, ou mesmo que permitam que o desfazimento da operação seja efetivado. Como uma espécie de medida cautelar negociada entre a autoridade e as parte, prevista na Resolução nº 45/2007, funciona o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação - APRO.

Tal acordo, originalmente instituído mediante a Resolução 28/2002 do CADE, artigos 8º e 9º, estabeleceu a possibilidade das partes de determinado ato de concentração firmar acordos prévios à decisão final de forma que sejam preservadas as condições do mercado e permitindo a reversibilidade da operação em análise em caso de reprovação. É importante mencionar que, como uma cautelar negociada, o APRO, por força da lei, não pode ser celebrado após a imposição de medida unilateral pela autoridade, pois

²⁵³ *ibidem*, p. 307. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 497, embora reconheça que esse dispositivo tenha apresentado eficácia material muito mitigada no Brasil.

somente até a decisão que conceder ou indeferir a medida cautelar, poderá ser celebrado acordo de prevenção de reversibilidade da operação (APRO)²⁵⁴.

Dessa forma, cabe ao APRO assegurar o nível de emprego, preservar o direito do consumidor, além das próprias estrutura administrativa e comercial das partes envolvidas de modo a evitar que o ato de concentração anticompetitivo seja transformado em fato consumado.

Conforme disposto no próprio § 1º do artigo 8º, o acordo mencionado tem seu fundamento nos artigos 55 e 83²⁵⁵ da Lei 8.884/94, e no antigo artigo 5º, II – hoje art. 5º, IV²⁵⁶ – e § 6º²⁵⁷, da Lei 7.347/85, em virtude da mencionada legislação regular a revisão da aprovação dos atos pelo CADE bem como da promoção de ação cautelar e compromisso de ajuste de conduta pelas autoridades competentes para ingressar com ação civil pública por danos à ordem econômica. Essa fundamentação permanece prevista na Resolução 45/2007, artigo 139, parágrafo único.

²⁵⁴ Resolução 28/2002 do CADE, artigo 8º e Resolução 45/2007 Art. 139.

²⁵⁵ Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁵⁶ Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Hoje em vigor com a seguinte redação, alterada pela lei nº 11.448, de 2007:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista.

²⁵⁷ § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Tanto a Resolução 28/2002 quanto a Resolução 45/2007 mencionam como fundamentação do APRO arts. 5º e 6º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. No entanto, reputo que houve erro de digitação, pois o art. 6º trata de provocação à iniciativa do Ministério Público por qualquer pessoa. Considerando o texto mencionado do §6º do art. 5º, sobre compromisso de ajustamento de conduta, e considerando que os APROS não são firmados com a participação do Ministério Público, a conclusão a que se pode chegar, realmente é a de que houve erro de tipografia.

O APRO poderá ser celebrado por iniciativa da autoridade (SDE ou CADE, através do Conselheiro Relator) ou a requerimento das partes envolvidas no ato de concentração. Dentre outras, estabelecerá a obrigação das requerentes informarem ao Relator, as mudanças que já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato e as programadas a ocorrer.

4. Restrições Comportamentais

Restrições comportamentais são aquelas em que o Estado prescreve ao particular, participante de uma empresa, determinações no sentido de organizá-la, retirando-lhe a plena liberdade em nome da garantia de que os interesses meta-individuais protegidos permanecerão assegurados. Tais restrições podem referir-se a controle de preços, organização da distribuição ou outra parte da cadeia produtiva, o estabelecimento de determinado modelo de governança ou outra determinação relativa à organização dos elementos de empresa.

Segundo a Lei 8.884/94 (artigo 58), o instrumento para garantir a aplicação das restrições comportamentais é o compromisso de desempenho²⁵⁸. Sua função é garantir o atingimento das eficiências mencionadas no § 1º do artigo 54²⁵⁹. Nesse termo de compromisso de desempenho poderão ser estabelecidas balizas que interfiram imediatamente na organização dos bens de produção pelo empresário, qual sejam determinações acerca de divisão de rede de distribuição, controle de preços, licença compulsória, por exemplo.

²⁵⁸ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 496

²⁵⁹ Nesse sentido Cleveland Prates Teixeira, em voto exarado no Ato de concentração nº 08012.006976/2001-58, relativo à aquisição pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), de todos os ativos operacionais, estoques e direitos creditórios de vendas realizadas com cartão "Credi-Hiper", da empresa G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionados ao negócio de comércio varejista p. 91, disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t20220082021891.pdf>

Calixto SALOMÃO F^o²⁶⁰, crê que o controle comportamental para ser verdadeiro deve ser amplo, obrigando as partes não somente às metas específicas estabelecidas na aprovação condicional, mas também pelos objetivos expressos no ato de concentração; muito embora, segundo o autor tal compromisso de desempenho não pudesse ser efetivo no Brasil por força da proibição contida no artigo 174 da constituição de o Estado realizar planejamento determinante para a iniciativa privada.

Continua o autor afirmando que o compromisso de desempenho só pode ser aceito quando o CADE puder admitir *que as hipóteses previstas no art. 54, § 1º, verificar-se-ão*, sendo necessário que as partes não somente *tenham mencionado tais metas em seu pedido de aprovação, mas também que o CADE esteja convencido de que elas serão obtidas*. No sentido inverso, caso o CADE não tivesse a garantia de que as metas mencionadas não seriam alcançadas, o compromisso de desempenho não poderia ser utilizado, sob pena de definir metas diversas daquelas instituídas pelas partes, aí sim, ferindo a proibição de planejamento determinante.

A posição aqui exposta me parece acertada tendo em vista que, relembrando que os objetivos do ato não devem ser determinados pelo CADE, mas perseguido pela parte de modo a cumprir a sua função social e obter a aprovação do ato; de forma que tais objetivos vinculam as partes mesmo em não havendo aprovação condicional, podendo o seu descumprimento dar azo à desconstituição do ato com fulcro no artigo 55 da lei 8.884/94.

Dessa forma, com relação aos objetos do termo de compromisso de desempenho, só cabem neles metas que sejam instrumentais à aprovação, garantindo que as eficiências já mencionadas pelas partes sejam alcançadas e não metas substitutivas da aprovação com base no artigo 54, §1º.

²⁶⁰ SALOMÃO F^o, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*. op. cit., p. 302-304.

Paula FORGIONI²⁶¹ levanta os problemas da eficácia do referido termo de compromisso. Em primeiro lugar, verifica-se a incerteza quanto ao *atendimento ao interesse público pelos termos negociados entre Administração e empresas privadas*. De fato, em estudo realizado pelo FTC sobre desinvestimentos determinados²⁶² (e por isso mesmo melhor analisados a seguir) foi verificado que as decisões negociadas com as partes tendem a não conter todas as restrições necessárias à proteção da concorrência, com indevida interferência das partes interessadas.

Outro problema desta medida, referir-se-ia à fiscalização do cumprimento desses atos, que seria defeituosa, autorizando as partes a facilmente desviarem-se de suas cláusulas. Cleveland Prates TEIXEIRA²⁶³, ex-conselheiro do CADE, de fato as entendem como sendo de difícil monitoramento e de resultado incerto.

5. Restrições Estruturais

As restrições estruturais por sua vez, referem-se à organização do mercado, propriamente, com a determinação às partes envolvidas que se desfaçam de ativos tangíveis ou intangíveis e, eventualmente de companhias e negócios inteiros. Já essas restrições atuam mais diretamente no direito de propriedade dos sócios relativamente às suas quotas e ações, determinando que ações sejam vendidas ou até tenham o seu valor alterado a partir do desfazimento do acervo da companhia.

²⁶¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p. 497

²⁶² FTC, Bureau of Competition, *A study in the Commission's divestiture process*, 1999, disponível em <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>, acessado em 20.02.2008, p. 16-17

²⁶³ Em voto proferido no Ato de concentração nº 08012.006976/2001-58, relativo à aquisição pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), de todos os ativos operacionais, estoques e direitos creditórios de vendas realizadas com cartão "Credi-Hiper", da empresa G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionados ao negócio de comércio varejista, disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t20220082021891.pdf>, acessado em 19.02.2008

Segundo Cleveland Prates TEIXEIRA²⁶⁴, as restrições estruturais têm caráter corretivo e visam *eliminar as condições estruturais decorretes da operação, as quais conferem posição dominante à nova empresa formada*. Ainda segundo o ex-conselheiro do CADE, as medidas estruturais, por não demandarem controle a respeito do acompanhamento, *implicam menores custos para as autoridades antitruste, sendo preferíveis às medidas comportamentais*.

Estudo da *Federal Trade Commission*, mencionado pelo Conselheiro TEIXEIRA²⁶⁵, destacou inclusive que desinvestimentos tendem a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados e que, se envolverem um negocio inteiro, tendem ser mais bem sucedidas do que ativos separados.

As conclusões do estudo são feitas após análise da legislação que o suporta (o Hart-Scott Rondino Act) e do histórico dos desinvestimentos determinados pelo FTC, seus cumprimentos e efeitos, bem como da identificação dos obstáculos identificados para a efetividade das determinações, quais sejam, o combate das partes, sugerindo compradores fracos e adotando comportamentos abusivos, bem como pontos restritivos com relação aos próprios compradores, que podem não ter poder de barganha ou informações precisas sobre o negócio, ou mesmo ter interesses diversos do FTC.

As suas conclusões, no entanto, não são de todo transferíveis para a realidade brasileira. Em primeiro lugar, a primeira das suas conclusões é de que o próprio procedimento da análise prévia dos atos de concentração é o meio mais efetivo para obter os

²⁶⁴ Em voto proferido no Ato de concentração nº 08012.006976/2001-58, relativo à aquisição pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), de todos os ativos operacionais, estoques e direitos creditórios de vendas realizadas com cartão "Credi-Hiper", da empresa G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionados ao negócio de comércio varejista, disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t20220082021891.pdf>, acessado em 19.02.2008

²⁶⁵ FTC, Bureau of Competition, *A study in the Commission's divestiture process*, op. cit.

remédios necessários para os efeitos anticompetitivos²⁶⁶, algo impensável no Brasil de hoje, mas cuja a incontestável verificação impulsiona o andamento de Projeto de lei sob análise.

Ademais, o próprio estudo reconhece que não serve de guia para situações em que remédio mais brando é perseguido²⁶⁷ e no Brasil, como visto, a decisão não pode ser tomada apenas com base na preferência dos seus efeitos econômicos, tem de haver respeito ao direito fundamental da propriedade, mediante o remédio suficiente. No entanto, é importante a verificação trazida no estudo de que desinvestimentos ordenados necessitam de orientação do órgão quanto à sua procedimentalização, para que sejam efetivos, tendo em vista que as partes podem aproveitar-se das decisões lacunosas, fazendo escolhas sabidamente menos efetivas do ponto de vista da concorrência²⁶⁸.

Desta forma, sendo possível ao CADE tomar três distintas decisões – aprovação integral, aprovação com restrição comportamental e/ou estrutural e reprovação do ato –, é imprescindível que eu passe a analisar a natureza jurídica da decisão do CADE, de forma que sejam aclarados os limites do órgão nessa tomada de decisões, uma vez que a simples descrição legal da análise antitruste, por si só, não esclarece a fundamental questão desse trabalho.

²⁶⁶ No original: *The Divestiture Study has provided a framework in which to understand the difficulties posed by divestitures and the means to overcome those difficulties. This understanding makes it more possible to use the premerger notification procedures to obtain effective relief in mergers while still allowing merging firms to seek efficiencies through integration.* FTC, Bureau of Competition, *A study in the Commission's divestiture process.* op.cit., p. 42

²⁶⁷ *Although these general findings point toward types of divestitures that should be preferred, they do not provide specific guidance on how to formulate remedies in individual cases where more limited relief is pursued.* FTC, Bureau of Competition, *A study in the Commission's divestiture process* op. cit., p. 14

²⁶⁸ O estudo menciona com relação a isso (p. 16-17) que as decisões negociadas com as partes tendem a não conter todas as restrições necessárias à proteção da concorrência, com indevida interferência das partes interessadas, bem como a possibilidade de as partes escolherem compradores que esperam não ter poder de concorrer.

Capítulo II

Natureza da decisão proferida pelo CADE

Na primeira parte desse trabalho, examinei que, no Brasil, o fomento à concorrência deve ser feito por políticas públicas e planos governamentais encabeçados pelo Executivo propriamente ou pelas Agências Reguladoras de cada um dos setores regulados. A proteção ao valor institucional da concorrência, obedecendo aos princípios das tais políticas públicas, se for o caso, ou não, deve ser exercido pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, hoje integrado pelo CADE, pela SEAE do Ministério da Fazenda e pela SDE do Ministério da Justiça, sendo o CADE o órgão que tem a função de julgar os Processos e Atos de concentração que ingressam no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Uma das formas de proteção da concorrência se dá pelo controle preventivo dos atos de concentração, que já teve explorado anteriormente neste trabalho, tanto a conceituação do objeto desse controle, como a forma que esse controle deve se dar, em obediência ao quanto disposto pelo Guia de Análise de Atos de Concentração, Anexo II da Resolução 20/99. Tendo visto portanto que ao CADE cabe a decisão final, que pode resultar descabimento total do ato em virtude dos seus efeitos anticompetitivos, é de rigor verificar a natureza jurídica da decisão exarada pelo CADE de forma a delimitar juridicamente as possibilidades de decisão, como complemento da análise econômica.

1. Ato Administrativo Vinculado

Em matéria de condutas, é manifesta a inexistência de infrações assim consideradas ilícitas *per se* no Brasil pois é evidente a necessidade de um efeito danoso à concorrência para que se a configure. Isso se dá contrariamente à lei americana, por exemplo, pela qual algumas praticas são ilícitas a não ser que houvesse um efeito positivo que a justificasse. A diferença é sutil, mas fundamental no que se relaciona ao ônus de demonstrar os efeitos da conduta: na posição brasileira cabe à autoridade comprovar os efeitos nocivos do ato sem a permissão de avaliação de eficiências compensatórias, enquanto que na estrutura americana cabe às partes justificar os efeitos positivos de algumas de suas condutas, inclusive quanto a eficiências.

No que se refere aos atos, a diferença entre a legislação pátria e a legislação americana é menos relevante. Tendo em vista que a posição das partes no procedimento a respeito de atos de concentração é diferente (pois que não estão na condição de réus/ investigados, mas voluntariamente apresentam-se em busca de autorização da operação proposta), e tendo em vista que a apresentação dos atos nos Estados Unidos é prévia, o ônus de demonstrar os efeitos nocivos do ato tanto lá como aqui está reservado às autoridades, sendo, porém, de extremo interesse das partes justificar os efeitos positivos dos atos sob análise.

Ademais, o monopólio conquistado através da eficiência não é combatido pela legislação nacional, em oposição à legislação americana que proíbe, no artigo 2 do Sherman Act, a dominação do mercado ou tentativa de obtê-la²⁶⁹. Assim pode ser

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. op.cit., p.146

afirmado, com certa folga, que a Lei 8.884/94 não combate a formação de poder econômico, mas apenas reprime o seu abuso.

Quanto ao juízo de razoabilidade, ou regra da razão, no caso de concentração de empresa seu uso é imperativo conforme estatuído na introdução da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, como já debatido aqui no Capítulo III da segunda parte²⁷⁰. Um ato de concentração só pode ser vetado se não estiver presente qualquer um dos quatro requisitos do art. 54. E mesmo que falte algum destes requisitos, pode o ato ser aprovado quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final²⁷¹.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os atos do CADE não são discricionários na maioria das análises de sua competência, cabendo algum nível de discricionariedade apenas quando restrições serão impostas; de outro modo, como estará demonstrado a seguir, a decisão é vinculada. Ao CADE cabe observar estritamente a lei: não sendo o ato restritivo à concorrência conforme análise de estrutura, deve-se aprová-lo integralmente, decisão vinculada, portanto; sendo o ato analisado anticompetitivo e não sendo totalmente presentes os requisitos para sua aprovação conforme o § 1º do artigo 54, mas contornáveis com atitudes pontuais, ou mesmo não sendo plenamente comprovadas a ausência desses requisitos, deve determinar que tais atitudes sejam tomadas, impondo restrições até a adequação do ato, único momento em que a discricionariedade aparece na tomada de decisões; não estando presentes os requisitos e, por fim, não havendo possibilidade de contornar o prejuízo, os atos devem ser reprovados, novamente de forma vinculada.

²⁷⁰ Quanto a essa possibilidade ver especialmente citação do Schuartz.

²⁷¹ NUSDEO, Ana Maria. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica* (o controle da concentração de empresas). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

A ordenação da atividade econômica pelo Estado, estudada no Capítulo II da Primeira Parte deste trabalho, se dá mediante técnicas usadas pelo Poder Executivo, como autorizações, tomadas e forçadas em decorrência do natural Poder de Polícia pertencente ao Estado.

Juan Alfonso Santamaría PASTOR²⁷² identifica entre as técnicas de ordenação, técnicas de condicionamento e técnicas ablatórias.

Por meio das técnicas de condicionamento, dentre as quais estão as autorizações, há efetivamente intervenção na economia, condicionando, por exemplo, a execução de determinada atividade ao prévio pronunciamento da Administração. Já as técnicas ablatórias incidem diretamente na esfera jurídica das atividades particulares, tanto nos aspectos de liberdade como patrimoniais, operando na mesma uma diminuição de seu conteúdo. A Administração pode interferir na esfera jurídica dos particulares eliminando as situações jurídicas ativas ou favoráveis, ou diminuindo o seu conteúdo; de outra maneira, esta interferência pode produzir mediante a criação ou ampliação de conteúdo de situações jurídicas desfavoráveis ou de caráter passivo.

As autorizações sofrem ainda distinção quanto ao seu conteúdo (regradas ou discricionárias), ou momento (simples e operativas).

Nas autorizações regradas, o poder de decisão da Administração se encontra vinculado, porquanto a lei determina as condições e os requisitos do exercício da atividade interventiva da Administração. E as autorizações discricionárias não se encontram limitadas por tais restrições preestabelecidas, de maneira que a lei remete a uma valoração que a Administração utiliza para compatibilizar a sua decisão com o interesse público.

²⁷² PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo* – vol. II. 2ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 267-287

Continua o mesmo autor na classificação das autorizações²⁷³ apontando que as simples têm como objeto uma conduta pontual a ser realizada por um sujeito e que, ao conceder a autorização para o desenvolvimento da atividade se extingue pela consumação da atividade autorizada. O controle que a Administração exerce sobre a atividade autorizada é meramente inicial e negativo, limitando-se a comprovação da legalidade ou compatibilidade com o interesse público da referida atividade.

Já as autorizações operativas se referem a uma atividade que se desenvolve de modo continuado e permanente no tempo, de maneira que a autorização integra o regime jurídico de realização de referida atividade, mantendo sua vigência ao mesmo tempo em que a atividade sobre ela recai. A administração exerce um controle inicial e sucessivo sobre o exercício da atividade, garantindo as circunstâncias que concorriam no momento da autorização e dirigir ou orientar o desenvolvimento da atividade garantindo sua adequação aos interesses públicos.

Com base na classificação proposta por Santamaría PASTOR entendo que as diferentes decisões a serem tomadas pelo CADE variam entre técnicas de condicionamento e ablatórias. Quando não envolvem posição dominante, ou mesmo quando envolvendo posições de controle estão presentes os requisitos autorizadores do ato, cabe apenas aprovação do ato, em mera concessão de autorização. Também é técnica de condicionamento quando não presentes em momento algum os requisitos do artigo 54, porquanto neste momento a autorização não deve ser concedida.

²⁷³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, e FERNANDEZ, Tomás-Ramón.. *Curso de Derecho Administrativo*. op.cit., p.139-147, concordam com a classificação de Santamaría Pastor a respeito do momento da autorização, classificando-as como autorização por operação (equivalente às autorizações simples), na qual há uma relação episódica entre autorizado e Administração Pública. Ao fim da operação esgotam-se os efeitos da autorização e a relação se extingue pura e simplesmente. Em oposição à autorização por operação, os autores encontraram também a operação por funcionamento (equivalente às operativas), que são títulos jurídicos que colocam o administrado em uma situação impessoal e objetiva, definida abstratamente pelas normas aplicáveis em cada caso e livremente modificáveis por elas.

Nesses casos, por fazerem parte das técnicas de condicionamento, tampouco me parece haver dúvidas que a decisão de aprovação ou reprovação do ato está adstrita à categoria das operações regradas, ou vinculadas. Exatamente porque a Lei 8.884/94 determina no artigo 54, de forma indubitável, as condições e os requisitos do exercício da atividade interventiva do CADE.

Com relação a essa classificação do momento da decisão, parece-me que a decisão do CADE aproxima-se mais das autorizações operativas, uma vez que o art. 55 prevê o acompanhamento dessas decisões e, se necessário, a sua revisão *ex officio*.

O CADE pode revogar a sua própria decisão de aprovação caso, como disposto pelo art. 55 da Lei 8.884/94²⁷⁴, a decisão de aprovação for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado. Somente nessa hipótese há revisão pelo CADE de sua decisão de aprovação. A decisão de revogação também está vinculada à existência de novas informações, não podendo o CADE cassar a suas decisões a qualquer momento, baseado no argumento de conveniência e oportunidade.

No que se refere às situações em que não houve cabal demonstração de presença ou de ausência das condições exigidas no artigo 54 (por exemplo, verificadas as eficiências, não há garantias de que serão repassadas aos consumidores ou verifica-se possibilidade do exercício do abuso pela dominação de rede de distribuição, ou mesmo a inexistência de dominação em alguns dos mercados relevantes envolvidos), e que a decisão do CADE deve ser pela autorização do ato com as restrições necessárias à garantia de que não haverá condição de abuso, seja por determinação de assinatura de termo de compromisso de desempenho, seja por restrição estrutural imposta, entendo que tal incide diretamente na

²⁷⁴ Devemos lembrar que no Projeto de lei sob análise, a revisão dos atos encontra-se prevista do mesmo modo como disposto na lei hoje vigente.

esfera jurídica das atividades particulares, tanto nos aspectos de liberdade como patrimoniais, operando na mesma uma diminuição de seu conteúdo, tornando-a técnica ablatória na distinção proposta por Santamaría-PASTOR.

Calixto Salomão FILHO²⁷⁵ também vê essa distinção entre os atos de mera revogação e os de aprovação condicional ao considerar o Compromisso de Desempenho firmado pelo CADE ato de controle, nos quais a criação de utilidade pública advém do ato controlado e não do ato controlador e, portanto, não um ato de administração ativa. Por oposição, o ato de revogação seria ato de administração ativa pois desfaria o ato controlado.

Em sendo consideradas autorização, sem dúvida estaria inscrita nas categorias de autorização discricionária, pois que em rigor, nesses casos a autoridade recorre a uma valoração para compatibilizar a sua decisão ao interesse público de forma a obedecer ao princípio da razoabilidade²⁷⁶.

É importante resgatar aqui a definição de que ao CADE não cabe a revisão de políticas públicas regulatórias. O art. 15 tem apenas o condão de não conferir imunidade a qualquer pessoa ou setor com relação aos dispositivos desta lei, pois que ela *aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*

²⁷⁵ SALOMÃO Fº, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. op.cit., p. 309

²⁷⁶ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p.79), o princípio da razoabilidade enuncia que a administração deve agir, quando em face de um ato discricionário, segundo *critérios aceitáveis do ponto de vista racional*, sendo os atos tomados em desconsideração às situações ou circunstâncias normalmente adotada pelos sensatos, atos ilegítimos.

Acredito que a lei 8.884/94 deva ser interpretada valorizando a liberdade econômica e não a intervenção estatal, em virtude do quanto determinado no artigo 174 da Constituição Federal. Isso não significa, no entanto, que os princípios relativos ao controle dos abusos devam ser negligenciados, principalmente tendo em vista o disposto na mesma Constituição, artigo 173, §4º e a eleição da função social como princípio da ordem econômica no artigo 170, III e direito fundamental, no artigo 5º, XXIII. É justamente o contrário: o controle dos abusos é o que permite o exercício da livre iniciativa.

2. Decisão Desconstitutiva

Apesar de determinado que a decisão do CADE é autorização operativa, de caráter vinculado, cabendo discricionariedade apenas nas situações em que restrições serão impostas, é imperativo tratar especificamente do caráter decisório do ato.

O CADE tem caráter judicante ainda que seja órgão da administração direta. Isso implica dizer, segundo Eduardo Domingos BOTTALO²⁷⁷, ao citar o pioneiro tributarista brasileiro Rubens Gomes de Souza, que o CADE *tem por objeto solucionar, conforme o direito, as controvérsias surgidas com os administrados em consequência do funcionamento da administração ativa*.

Segundo Gustavo Dean GOMES²⁷⁸, a administração atua de forma similar ao Poder Judiciário no exercício da função administrativa judicante, mas tais funções, jamais poderão se confundir, pois *a função judicante é desempenhada pelo órgão executivo*

²⁷⁷ BOTTALO, Eduardo Domingos. Procedimento Administrativo Tributário. Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 9 citado em GOMES, Gustavo Dean. *Juntas Comerciais: Os limites de atuação dos órgãos colegiados no Brasil*, publicado no Consultor Jurídico, <http://conjur.estadao.com.br/static/text/4713.1> acessado em 19.02.2008

²⁷⁸ GOMES, Gustavo Dean. *Juntas Comerciais: Os limites de atuação dos órgãos colegiados no Brasil*. op.cit.

do Estado, ou seja, por uma das partes diretamente envolvidas no conflito, enquanto que a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, órgão estranho ao conflito e o exercício da função judicante não faz coisa julgada. Ou seja, a matéria discutida e decidida perante a administração sempre poderá ser revista pelo Poder Judiciário.

Em verdade, lembra Miguel Seabra FAGUNDES²⁷⁹ que nos casos de jurisdição administrativa

a situação contenciosa não aparece como oportunidade para o exercício da função administrativa. Ela é criada pelo próprio agente da Administração Pública, impulsionado pelo dever de ação ex officio em face das violações da lei. Tanto que se ele não agisse, inexistiria conflito. Haveria apenas infringência lei.

De qualquer forma, as decisões do CADE, ainda que não façam coisa julgada e sejam criada pela própria parte do conflito, é, ainda assim, determinação de situações jurídicas individuais, função realizadora do direito, ainda nas palavras de Seabra FAGUNDES.

Em nome da intervenção mínima do Estado na livre iniciativa, alguns entendem²⁸⁰ que ao CADE caberia apenas a desaprovação do ato sem a determinação de sua desconstituição e seu desfazimento, pois isso feriria o princípio da proporcionalidade. Às partes, apenas, caberia decidir a melhor forma de substituir a operação não aprovada, cabendo-lhes apresentar um plano de desconstituição.

²⁷⁹ FAGUNDES, M. Seabra. Das funções do Estado. In: O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 15 – 30, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_51/panteao.htm#4, acessado em 19.02.2008

²⁸⁰ Ver voto divergente do Presidente Rodas no caso Nestlé Garoto in www.cade.gov.br, p. 10; ver também DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. op.cit., p. 322; e SALOMÃO Fº, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. op.cit., p. 311

Isso revelaria, então, uma incompetência do CADE para intervir diretamente no domínio econômico e as suas decisões teriam natureza meramente declaratória-negativa e não desconstitutiva, muito embora o § 9º do artigo 54 da Lei 8.884/94 diga o contrário ao estabelecer que o Plenário do CADE *determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos* os atos que não forem firmados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorridos efeitos.

A meu ver, o disposto no § 9º do artigo 54 advém justamente do caráter de técnica ablatória da decisão que aprova o ato com restrições já abordado neste capítulo. Além disso, vejo também uma situação *sui generis* advinda da sistemática ruim adotada pela lei de realização do controle *a posteriori* dos atos, e não previamente à sua realização, como pretende ver alterado o Projeto de Lei nº 5.877, sob discussão atualmente: realmente, se autorização, o seu conteúdo deveria ser apenas declaratório-negativo e antes da autorização não poderia haver o ato, pois condicionada a este. Como adotou-se o regime do controle *a posteriori* dos atos, sendo a aprovação condição de eficácia dos mesmos, não se pode pretender que a decisão sobre atos dos quais já tiverem decorridos efeitos sejam apenas declaratório-negativos.

A justificativa para a posição sustentada, é que os efeitos da decisão desconstitutiva desrespeitariam os preceitos dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal e resultam em um perigo de mora inverso. João Grandino RODAS elaborou essa tese quando do julgamento do caso Nestlé Garoto lembrando que o artigo 174 *caput* atribui ao Estado como agente normativo e regulador, três funções: a fiscalização, o incentivo e o planejamento apenas indicativo para o setor privado. Como a exploração direta da atividade econômica pelo Estado está vedada pelo artigo 173, salvo exceções restritas, o limite do estado na intervenção à atividade econômica excluiria, segundo o Conselheiro, a possibilidade de *desapropriação*

*de ativos ou quotas empresariais ou a venda compulsória a qualquer preço, ainda que abaixo da avaliação do mercado*²⁸¹. Continua o Conselheiro na sua construção, determinando que a decisão de desconcentração efetivada pelo CADE provoca a imposição de um modelo e a fixação dos meios para alcançá-lo ferindo o disposto no artigo 174 a respeito do planejamento estatal para a atividade privada.

Sem dúvida os limites constitucionais devem ser observados, como deve ser observado também o princípio constitucional da função social da propriedade e da empresa, já tratados neste trabalho. Assim, o que não fica explicado por posições como esta é como poderá o CADE assegurar a concorrência *livre, no exercício da sua função legal de reprimir e prevenir o abuso do poder econômico*, se não puder demonstrar aos agentes o(s) modo(s) através dos quais podem os mesmos executar os seus propósitos de maneira lícita.

Assim, o próprio conselheiro termina por entender que a desconstituição mencionada no §9º do artigo 54 *decorre da executoriedade das decisões do CADE* e que a mesma *limita-se ao estritamente para que se diminuam os efeitos nocivos da concorrência*. Com isso, concordo integralmente. Para a decisão ser exeqüível, ela tem de estabelecer os parâmetros para a desconstituição ou restrição do ato no limite do necessário.

Justamente, quando um Ato de Concentração é levado ao CADE para aprovação, cabe ao órgão apontar os limites que foram de certa forma ultrapassados.

Neste sentido, não é coerente que o CADE não possa dizer com o que não concorda em determinada operação²⁸². Se assim fosse, as decisões do órgão,

²⁸¹ Voto do conselheiro, loc. cit., p. 8-9

²⁸² E era isso o que pretendia o voto divergente (<http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t72200819226077.pdf>). Principalmente quando propõe que as partes apresentem um plano de desinvestimento da operação em 30 dias, criando um procedimento similar à liquidação de sentença para execução não existente na legislação. <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/dprocesso.asp?pc=62>

principalmente se o acórdão fosse pela aprovação com restrições, não fariam o menor sentido e produziriam grande incerteza jurídica, sem contar o aumento de custos para a administração.

O que tem de se ter em mente é que normas podem, diante de um conflito, representar, simultaneamente, a proteção de um direito de uma parte, e a intervenção dura nos direitos da outra. É nessa hora que há que sopesar e questionar se a intervenção nos direitos de uma parte a onera de forma que ofenda a proibição do excesso; e de outro se a lei fica aquém do mínimo que a Constituição impõe para proteção da outra parte.

Assim, é imperativo que o órgão encarregado da função judicante e que emite atos que devem ter o conteúdo que a lei se lhes impõe, possa também determinar como se dará o alcance dos objetivos estabelecidos quando da organização do Estado e do metamerado, função que deve ser exercida pelo CADE, como estudado na primeira parte do trabalho. E essa capacidade de determinação de atitudes pelos particulares é própria da função judicante e crescente no arcabouço legal brasileiro.

A questão é, novamente, o limite dessa determinação, pois é claro para mim que apenas negar a operação tal como proposta e solicitar nova apresentação representa um custo social brutal e um desperdício da análise realizada, que já identificou os problemas e condições que seriam suficientes para a solução da operação.

No caso Nestlé-Garoto mencionado, sem análise quanto ao mérito da decisão, mas somente quanto à sua forma, a decisão do órgão brasileiro, diga-se, ainda que de rejeição completa pela operação, levou em consideração a impossibilidade de execução de uma decisão que simplesmente determinasse o retorno da situação ao *status quo ante* da operação. A simples negativa, portanto, seria inexecutável. Para conceder executividade, o Conselheiro Relator do caso cuidou de apresentar diversas alternativas à adquirente para que

pudesse desconstituir a operação²⁸³, escolhendo os ativos que queria desinvestir, mas garantindo que as partes iriam se desfazer da soma dos ativos em todas as esferas (marcas, plantas, maquinário, etc.). Também foi levado em consideração o desejo dos vendedores da Garoto, em sair do negócio. A mera declaração negativa causaria o retorno do negócio aos sócios que dele desejavam desfazer-se.

Não houve, e nem poderia haver, também, determinação de que determinado ativo fosse alienado a determinada pessoa, justamente pelos limites invocados de que ao Estado não cabe fazer planejamento determinante às partes. Dizer que uma entre duas plantas precisa ser alienada a participante com menos de 20% de mercado, é totalmente distinto, a meu ver, do que dizer que a planta da Garoto devesse ser vendido à Hershey's, identificada, aleatoriamente, como concorrente com menos de 20% do mercado no processo.

Esse limite é notado hoje também no judiciário, com juízes emanando sentenças cada vez mais determinativas. Quanto a esse exemplo, vimos no capítulo I da primeira parte, que a aproximação do direito Romano dos direitos dos costumes é uma realidade. E que em vistas disso, baseadas no crescimento da importância dos precedentes, até as cortes supremas têm tomado decisões baseadas em políticas públicas e em valores sociais em situações em que, na maioria das vezes não são autorizadas a fazê-lo.

Leis como a nova lei de falências, por exemplo, adotam o espírito da eficiência, para que haja maximização dos ativos, a fim de prejudicar o menos possível os credores²⁸⁴ e, porque não dizer, o mercado, concedendo aos juízes, um poder muito maior do que tinham há alguns anos.

²⁸³ (<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t72200819226077.pdf>).

²⁸⁴ PINHEIRO, Armando Castelar, e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 234

Estes poderes, no entanto, ou não são utilizados, mantendo os juízes dentro do estereotipo de atuar meramente através da aplicação e interpretação burocrática dos códigos postos, ou, o que eu penso ser pior, fazendo-os tomar decisões baseadas em seu poder criador, em sua função integrativa, mas que, no entanto, desviam-se dos objetivos prescritos pela lei por uma interpretação errônea dos conceitos. O Judiciário brasileiro está repleto de decisões que violam os contratos, mas não porque os mesmos encontram-se incompletos, mas pela simples crença do juiz de que ele tem um papel social a cumprir, o que invariavelmente tem significado fazer a distribuição de renda que o governo não faz.

No entanto, se tais juízes se conscientizarem de seu papel integrador e da necessidade de manter a segurança jurídica e, principalmente a proteção ao investidor, fortalecendo o mercado de capitais e, conseqüentemente, a economia, e utilizarem a abertura que lhes foi dada pelas últimas alterações legais preocupando-se sim com a distribuição e a equidade, mas também levando em considerações conceitos econômicos, a justiça brasileira pode dar um salto qualitativo.

Realmente, são crescentes, no judiciário, as situações enfrentadas carregam em si um componente econômico que é difícil desprezar. É nessa hora que, mesmo tendo-se a impressão de estarmos longe do Direito Econômico e de uma situação passível de intervenção estatal, como o direito de comprar participação acionária em dada companhia, a Análise Econômica do Direito poderá ajudar a trazer a melhor solução para um conflito.

É Claus CANARIS²⁸⁵, ao analisar as normas de direito privado que podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, quem chega à resposta para a questão acima exposta. Ainda que Canaris esteja analisando a questão dos direitos fundamentais intervindo no direito privado, a analogia que faço aqui é

²⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. op.cit., p. 25

semelhante: alguns efeitos econômicos de decisões judiciais são tão significativos que, embora o juiz esteja debruçado sobre normas que aparentemente regulam uma relação entre duas partes, pode haver consequências não só aos envolvidos, mas também a toda a sociedade²⁸⁶.

Canaris, por exemplo, analisa sob o prisma dos direitos fundamentais o seguinte exemplo: *A proteção contra imissões no direito privado*²⁸⁷ (...) *pode, sem mais, arruinar uma empresa, e, por isso, freqüentemente prejudica o titular desta, na sua propriedade, mais intensamente do que muitos preceitos administrativos sobre imissões.* Claro está que, além dos direitos fundamentais de propriedade dos circunvizinhos neste exemplo dado, há uma séria questão econômica: pode uma empresa que funciona há anos no mesmo endereço ser removida por uma perturbação essencial em um prédio novo na região? Quais são as implicações econômicas da remoção de toda uma empresa?

A justiça, portanto, deve ser distributiva, fazendo uma *distribuição justa, equitativa, e apropriada na sociedade, de acordo com normas que estruturam os*

²⁸⁶ Ver por exemplo o quanto mencionado na nota de rodapé nº 6, na Introdução

²⁸⁷ Canaris analisa especificamente o Código Civil Alemão nesta obra. Neste trecho, ele se refere aos artigos 906 e 1004 do Código Civil Alemão – BGB abaixo transcritos:

“§906 Emissão de elementos imponderáveis”

“1. O proprietário de um prédio não pode proibir a emissão de fases, vapores, cheiros, fumo, fuligem, calor, ruídos, vibrações, e outras interferências análogas, resultantes de um outro prédio, na medida em que a interferência não perturbar a utilização de seu prédio, ou não o fizer de forma essencial. Uma perturbação não essencial existe, em regra, se os valores-limite ou padrão fixados por lei ou regulamento não forem ultrapassados por interferências reguladas ou avaliadas por estes preceitos. O mesmo vale para valores fixados em preceitos administrativos gerais que sejam aprovados nos termos do § 48 da Lei Federal de Proteção contra as Imissões, e que reflitam o estado da técnica.”

“2. O mesmo vale na medida em que uma perturbação não essencial seja causada por uma utilização do outro prédio comum na região que não possa ser impedida por medidas economicamente exigíveis aos utilizadores deste tipo. Quando o proprietário do outro prédio tiver, nestes termos, de tolerar uma interferência, tem direito de exigir dos utilizadores do outro prédio uma compensação pecuniária adequada se essa interferência perturbar para além do exigível a utilização do seu prédio comum na região ou rendimento deste.”

“§1004 Pretensão de afastamento e de inibição”

“1. Se a propriedade for perturbada de forma diversa do esbulho ou do impedimento da posse, o proprietário pode exigir ao autor da perturbação o afastamento desta. Se forem recriar novas perturbações, o proprietário pode instaurar uma ação inibitória.”

“2. A pretensão não existe se sobre o proprietário impender uma obrigação de tolerância”.

*termos da cooperação social*²⁸⁸. Não só os benefícios de uma transação devem ser distribuídos, então. Mas sim, deve haver uma distribuição de acordo com as circunstâncias especiais das partes envolvidas, dentro do mais básico princípio de equidade aristotélico. No entanto, não se pode olvidar jamais que as partes envolvidas numa contenda podem não ser as únicas envolvidas na disputa analisada pelo Juiz.

De fato, a teoria da análise econômica do Direito imputa ao juiz um papel significativo, no qual este é responsável por encontrar a solução mais eficiente à contenda *sub judice*. Partindo deste axioma, a impressão que tenho é que realmente a transposição da teoria para uma realidade de códigos e leis postas é de difícil realização.

Os Professores Ugo MATTEI e Roberto PARDOLESI²⁸⁹ são claros em afirmar que devemos nos despir da concepção estereotipada do juiz tecnocrata que encontra a solução baseada em precedentes do Direito Consuetudinário *versus* um juiz que atua meramente através da aplicação e interpretação burocrática dos códigos postos do Direito Romano.

Atualmente, aliás, as diferenças que separavam o direito Romano dos direitos dos costumes, estão cada vez menores. No Direito Codificado, há cada vez mais uma pluralidade de fontes, das quais também fazem parte as decisões judiciais. Ademais, os precedentes passam a ter cada vez um maior peso nas considerações a serem tecidas pelos tribunais²⁹⁰. Os códigos, portanto, tão caros à época de Napoleão, não mais satisfazem o direito de tradição Romana e, assim, as leis se multiplicam alhures e algures.

²⁸⁸ PINHEIRO, Armando Castelar, e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. op.cit., p. 19

²⁸⁹ MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo. In: *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, México: ITAM – Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, p. 366-379

²⁹⁰ Vide a adoção da Súmula Vinculante pelo Brasil, após a Reforma Constitucional de 2004

Outrossim, as cortes supremas – não é de hoje – muitas vezes tomam decisões baseadas em políticas públicas e em valores sociais em situações em que, na maioria das vezes não são autorizadas a fazê-lo. A politização das decisões judiciais é de fácil verificação ao se constatar pesquisa realizada por Armando Castelar PINHEIRO²⁹¹, na qual se verifica que a maioria dos magistrados, dentro do universo analisado, considera que tem um papel social a cumprir, e que a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.

As normas brasileiras têm estado abertas há muito para uma interpretação econômica do direito. Por exemplo, a própria cláusula geral de boa fé – bem como a função social do contrato²⁹² –, que inclusive foi recepcionada pelo Direito brasileiro através da adoção de um método de raciocínio próprio da Common Law, apresenta aproximação do conceito de boa-fé com o de harmonização de interesses econômicos²⁹³. Assim também é a norma do art. 4º do CDC²⁹⁴, que, nas palavras do Desembargador Ruy

²⁹¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. op.cit., p. 7

²⁹² Art. 421 do Código Civil Brasileiro. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 do Código Civil Brasileiro. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁹³ AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de Consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor. vol. 14. São Paulo: RT. 1995.

²⁹⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Rosado AGUIAR²⁹⁵, atua como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor (...) se o interesse social prevalecente assim determinar.

Os mecanismos de abertura do sistema²⁹⁶ perseguem, assim, o menor custo social. É um conceito econômico também na medida em que protege a funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômica social que o contrato persegue. E pode ser utilizada em qualquer tipo de contrato ou avença, expandindo-se para além dos óbvios ramos do direito de cunho econômico.

Desta forma, me parece que a legislação civil, respaldada na Constituição Federal, tem permitido que juízes passem a fazer determinações em suas sentenças preenchendo de valores os conceitos legais indeterminados, de modo reconhecidamente positivo aos custos sociais envolvidos. Como se pode negar ao órgão mais bem aparelhado e técnico para resolver as questões relativas ao abuso de poder econômico, enquanto permite-se que o Judiciário o faça? A essa questão, só cabe uma resposta: observada a ilegalidade do ato de concentração, cabe ao CADE definir os limites ultrapassados, recomendando remédios, sem, porém, ignorar os direitos civis envolvidos e fazendo determinações no limite do permitido pelo artigo 173 e 174 da Constituição Federal.

Desta forma, se é fato que as decisões determinativas tem sido uma realidade na justiça brasileira a partir da abertura do sistema pela introdução de conceitos

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante as modificações do mercado de consumo

²⁹⁵ AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de Consumo*. op.cit., p. 27

²⁹⁶ Os princípios de direito, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, que, inclusive, são instrumentos que aproximam o direito de tradição romana à *Common law*.

indeterminados e abstratos, também esses conceitos devem ser utilizados nas atividades judicantes ainda que exercidas por órgãos do poder executivo.

Quando o CADE aprova um ato com restrições ou o desaprova, impõe aos sujeitos autorizados obrigações e deveres para o cumprimento de sua decisão, que inclusive será acompanhada pela Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD/CADE). Segundo o art. 55 da Lei 8.884/94, inclusive, prevê a possibilidade de revogação das decisões do CADE se ocorrer *descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados*.

O veto do CADE, portanto, está baseado no dever do Estado proteger a ordem econômica, seus princípios e fundamentos, garantindo a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para isso, quando o CADE, que é o órgão máximo em matéria de direito da concorrência, se depara com uma operação privada, mas que fere direitos meta-individuais, é seu poder-dever desconstituir tal operação nos termos da lei.

Até porque, o controle dos atos de concentração não é modalidade de combate à formação de poder econômico, uma vez que a sua formação não é combatida pela legislação brasileira.

O controle de atos, como visto, não é diferente do controle dos abusos. O artigo 54 coloca uma série de condições para que o ato analisado não seja aprovado que é forçoso concluir que os atos vetados são aqueles em que haja abuso do poder econômico, como verificado no Capítulo III da segunda parte.

Capítulo III

Alguns comentários à Jurisprudência do CADE

Tendo, afinal, encontrado os fundamentos e os limites para a atuação do CADE na análise de atos de concentração, cabe aqui uma breve revisão da Jurisprudência do órgão relativamente aos casos analisados e que significaram restrições ao direito de propriedade, para verificar se as justificativas para uma restrição encontravam-se presentes e se os limites legais foram ou tem sido respeitados.

De acordo com o documento preparado pela delegação brasileira ao comitê de concorrência da OECD²⁹⁷ a maioria dos casos analisados no Brasil não causa qualquer preocupação concorrencial, sendo que 75% deles passam pela análise sumária e apenas 10% são aprovados com alguma restrição.

No mesmo documento, é apresentada a seguinte tabela de casos apresentados ao CADE, excluídos aqueles em que houve desistência pelas partes ou o não conhecimento do ato:

Ano	Atos analisados	Aprovados sem restrição	Aprovados com restrição	Aprovados com restrição		Não aprovados
				Estrutural	Comportamental	
2006	402	352 (87,6%)	40 (4,9%)	1 (0,24%)	19 (4,72%)	0
2005	497	345 (69,4%)	37 (7,4%)	7 (1,41%)	30 (6,04%)	0
2004	618	574 (92,9%)	43 (6,9%)	2 (0,32%)	41 (6,63%)	1 (0,16%)
2003	491	484 (98,6%)	7 (1,4%)	1 (0,20%)	6 (1,22%)	0
2002	485	474 (97,7%)	11 (2,2%)	0	11 (2,27%)	0
2001	571	559 (97,9%)	12 (2,1%)	0	12 (2,10%)	0
2000	507	490 (96,6%)	15 (2,9%)	1 (0,20%)	14 (2,76%)	2 (0,39%)
Total	3571	3278 (91,8%)	144 (4%)	4 (0,15%)	84 (3,14%)	3 (0,11%)

²⁹⁷ Roundtable on dynamic efficiencies in merger analysis, de 28 de maio de 2007, disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/bb-roundtable-on-dynamic-efficiencies-in-merger-analysis-2013-note-by-brazil-seae-cade-2007, acessado em 24.fev.2008

Da tabela acima, parece que, realmente, o CADE tem adotado o princípio da intervenção suficiente, impondo a utilização apenas dos meios estritamente necessários à obtenção dos objetivos pretendidos, como preconiza Calixto SALOMÃO FILHO²⁹⁸, tendo em vista a distribuição entre casos aprovados integralmente, aprovados com restrições e reprovados. No entanto, isso só é possível de se verificar na análise dos casos propriamente dito.

Com relação à tabela apresentada é possível identificar algumas das situações ali apresentadas. Os atos não aprovados, por exemplo, referem-se aos dois atos para a criação da Brasil Álcool S/A (“BrA”) e a Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. (“BBA”) por 84 (oitenta e quatro) empresas produtoras de álcool carburante – ou 73% do mercado relevante –, em 2000, e ao caso Nestlé- Garoto²⁹⁹, em 2003.

A Brasil Álcool S/A (“BrA”) foi constituída com o objetivo comercializar, no mercado nacional e internacional, álcool carburante anidro e hidratado, além de açúcar; a Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. (“BBA”), que tinha a exclusividade da comercialização dos produtos acima mencionados, foi criada visando solucionar a crise vivida pelo setor sucroalcooleiro. Por serem duas as entidades criadas, foram apresentados dois atos, mas por envolverem as mesmas empresas com a finalidade de auto-regulação, os atos foram reunidos.

Assim os atos 08012.002315/99-50 e 08012.004117/99-67 foram conjuntamente julgados na 188ª Sessão Ordinária, em 22.11.00, e, por unanimidade, não aprovados, tendo como consequência, sua desconstituição, além de outras cominações, de acordo com o voto do relator, a despeito de as empresas do setor terem apresentado diversas

²⁹⁸ SALOMÃO Fº, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. op.cit., p. 311

²⁹⁹ O caso ainda está pendente de decisão pela justiça, pelo que não será comentado

justificativas para aprovação da operação, dentre as quais se destacam (i) ganhos de eficiências econômicas, (ii) manutenção de empregos, (iii) necessidade de solucionar a crise vivida pelo setor, (iv) manutenção de uma matriz energética renovável e menos poluente que os combustíveis fósseis, e (v) utilidade dos investimentos públicos já feitos em programas como o Pró-Álcool.

No Convênio de Comercialização de Álcool³⁰⁰ foram fixados princípios, impondo-se fidelidade e exclusividade relativas à comercialização, com regras básicas a serem obrigatoriamente seguidas e fixadas penalidades para o descumprimento.

Tanto a SEAE quanto a SDE entenderam a operação como um cartel de crise, sem, porém, ver benefícios aos consumidores finais. Extensa investigação acerca das condições do mercado que justificassem um cartel de crise foram realizados³⁰¹. Restou evidente, porém que a estrutura do mercado favorecia o abuso do poder detido, com altas barreiras à entrada³⁰²

Dentre as diversas justificativas apresentadas, no entanto, nenhuma foi efetivamente comprovadas, segundo o voto do relator³⁰³.

Quando do julgamento do caso, o CADE, além de determinar a desconstituição das sociedades BrA e BBA, promoveu acirrado debate em torno da instauração de processo administrativo para investigar eventual formação de cartel. Acabou prevalecendo o entendimento do Conselheiro Relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, acompanhado do Presidente João Grandino Rodas e dos Conselheiros Mércio Felsky e Hebe Romano, pela não abertura de processo administrativo. Ficaram vencidos, neste aspecto, os Conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto e

³⁰⁰ Voto do Conselheiro Relator disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t392008812321812.pdf>, acessado em 09.mar.2008

³⁰¹ Voto, p. 55-56

³⁰² p.60

³⁰³ p80-81

Thompson Almeida de Andrade, que recomendaram a instauração de processo administrativo pela SDE. A opinião vencedora foi acertada, tendo em vista inequívoca boa-fé na apresentação de atos de concentração, que por si só, deve, nos termos do quanto exposto no Capítulo III da segunda parte, eliminar qualquer imposição de multa por infrações decorrentes do ato apresentado.

Em 2003, por exemplo, o caso aprovado com restrições pode ser identificado com o Ato de concentração nº 08012.006976/2001-58, relativo à aquisição pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), de todos os ativos operacionais, estoques e direitos creditórios de vendas realizadas com cartão "Credi-Hiper", da empresa G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionados ao negócio de comércio varejista³⁰⁴.

Na análise realizada pelo SBDC e levada a julgamento com a relatoria do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira em 12 de dezembro de 2003, o mercado relevante analisado foi o de venda integrada de bens duráveis e não duráveis, realizada em supermercados e hipermercados dividido geograficamente em 16 mercados³⁰⁵.

O tratamento em cada um dos mercados geográficos identificados foi distinto tendo em vista haver mera substituição de agente econômico nos Mercados 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, aprovando a operação sem restrições relativamente a esses, e concentração horizontal nos Mercados 1, 2 e 3 com participação de mercado resultante da

³⁰⁴ Disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/t20220082021891.pdf>, acessado em 19.02.2008

³⁰⁵ cidades de Salvador/ BA (Mercado 1), Feira de Santana/BA (Mercado 2), Aracaju/ SE (Mercado 3), Tobias Barreto (Mercado 4), Itabaiana (Mercado 5), Nossa Senhora das Dores (Mercado 6), Lagarto (Mercado 7), Estância (Mercado 8), São Cristóvão (Mercado 9), Nossa Senhora do Socorro (Mercado 10), Boquim (Mercado 11) e Itabaianinha (Mercado 12), Esplanada (Mercado 13), Ribeira do Pombal (Mercado 14), Paulo Afonso (Mercado 15) e Alagoinhas (Mercado 16). À exceção de Salvador/BA, as demais cidades envolvidas na operação constituem mercados relevantes geográficos distintos e indivisíveis. Em Salvador/BA o mercado relevante geográfico afetado pela operação é constituído pelos seguintes bairros: Pituba, Brotas, Caminho das Árvores, Costa Azul, Rio Vermelho, Engenho Velho de Brotas, Itaigara, Federação, Alto do Saldanha, Engenho Velho da Federação, Vila Laura, Cosme de Farias, Matatu, Garcia, Barris, São Pedro, Nazaré, Saúde, Boca do Rio, Stiep, Tororó, Sé, Luiz Anselmo, Amaralina, Campinas de Brotas, Sete Portas, Armação, Fonte Nova, Nordeste, Comércio e parte de Santa Cruz (Mercado 1).

operação superior a 20%.

Considerando a ausência de competidores efetivos nos Mercados 1, 2 e 3 sob análise e que a entrada embora tempestiva e provável, não seria suficiente, foi considerada possibilidade de reforço do poder de negociação da nova empresa junto aos seus fornecedores de pequeno e médio porte na Região Nordeste. Em cada um desses mercados, a situação também era diferente, sendo a situação do mercado 3 a mais complexa devido à superioridade estrutural e numérica dos estabelecimentos Bompreço e G. Barbosa.

Desta forma, passou-se à análise de eficiências apresentadas, que foram consideradas não cumpridoras das condições necessárias para concluir que o efeito líquido da operação seria não-negativo.

Assim, a operação foi aprovada mediante a alienação de 16 lojas de supermercados e hipermercados, com todos equipamentos necessários ao seu bom funcionamento, todas identificadas pelo endereço e tamanho e localizadas nos Mercados 1, 2 e 3; considerando ainda que a alienação deveria ser feita em blocos separados, sendo i) o primeiro composto pelas lojas de supermercados e hipermercado G. Barbosa em Aracaju, incluindo o centro de distribuição; ii) o segundo pela loja em Salvador; e iii) o terceiro pelas lojas em Feira de Santana. Os três blocos poderiam ser vendidos para compradores diferentes ou para o mesmo comprador, que não poderá ser a mesma empresa que adquirir o Grupo Royal Ahold. A venda deveria ser realizada a um prazo não superior a dois meses, a partir da publicação da decisão de modo a haver a transferência imediata de participação de mercado e o pronto restabelecimento da concorrência, e para se evitar que a(s) loja(s) fosse(m) abandonada(s), e deveriam ser feitas por leilão, mediante prévia aprovação de seus termos pelo CADE. Os compradores deveriam ser pessoas física ou jurídica capaz de se tornar competidora efetiva nos Mercados 1, 2 e 3, sendo que o comprador não poderia deter mais do que 20% de participação no mercado em que se situar o bloco a ser adquirido. Além disso, os

compradores devem ter a opção de adquirir também o cartão de fidelidade denominado "Credi-Hiper" e a marca G. Barbosa, bem como empregar funcionários chave da empresa adquirida.

É importante aqui lembrar a discussão havida sobre a restrição estrutural (a) determinada. A SEAE foi a primeira a fazer a lista das lojas que deveriam ser vendidas de forma a reestabelecer a concorrência. Sobre esse parecer, a Procuradoria do CADE entendeu a determinação deveria ser no sentido de as próprias partes definirem se queriam vender os estabelecidos adquiridos com a operação ou os detidos anteriormente a ela nos Mercados 1, 2 e 3. Após a manifestação da Procuradoria do CADE, as partes manifestaram-se no sentido de concordar com as restrições apenas no mercado de Aracaju (3), informando lista de desinvestimento, que não foi aceita pelo Conselheiro relator por entender que não seria suficiente para conter a possibilidade de abuso. O Conselheiro tampouco adotou integralmente a lista da SEAE, permitindo que fosse mantida uma loja em Aracaju tendo em vista, que, segundo o Conselheiro³⁰⁶, com essa medida, a concentração seria inferior à verificada no período pré-operação.

Tomando como fato a análise econômica realizada, a restrição estrutural era realmente a restrição a ser tomada, a manutenção de lojas de tamanho significativo, permitiria que o grupo Royal Ahold, agora detentor das duas marcas, pudesse exercer a dominação do mercado pelo menos nas cidades de Aracaju, Salvador e Feira de Santana, sem que houvesse benefícios para a economia ou eficiências a serem distribuídas aos consumidores.

No entanto, levanto aqui a questão se a determinação de venda é a única forma possível e se uma restrição tão determinativa é o meio mais acertado. Nos

³⁰⁶ Não é possível verificar os números alegados, tendo em vista serem eles considerados confidenciais, e estarem ocultos no documento público analisado

Embargos de Declaração³⁰⁷ opostos à decisão do Ato de Concentração nº 08012.009959/2003-34, em que figuram como requerentes a Companhia Brasileira de Distribuição e Sendas S.A., por exemplo, foi questionada a possibilidade da ordem de venda de loja ser substituída por contrato de locação do espaço para outro supermercado. Ainda que realmente os Embargos não deveriam ser providos por não ser a forma adequada para o pleito, a questão é se a decisão do CADE não deveria contemplar as duas possibilidades de forma a garantir a efetiva tradição dos estabelecimentos a terceiros interessados.

Isso é dito tendo como base a percepção de que o modelo de negócio de supermercados contempla decisões tais como a de locar o estabelecimento, em vez de deter o imóvel.

Se a decisão final contemplasse uma ou outra forma (venda ou locação), tanto uma quanto a outra estariam sujeitas ao controle pelo CAD-CADE³⁰⁸. Evidente que a decisão da venda é mais fácil de exercer o controle posteriormente, porque o estabelecimento jamais voltará a pertencer ao dominante, a não ser através de outra aquisição que deverá ser analisada pelo CADE novamente. No entanto, não só o CADE teria plenas condições de acompanhar a continuidade do eventual contrato de locação no caso analisado, por exemplo, como o mercado em questão não era maduro o suficiente, passando por outras grandes alterações desde a época do julgamento até hoje, com a aquisição da Bompreço pelo Wal-Mart³⁰⁹ no mesmo ano de 2004³¹⁰, a troca de controle do G.Barbosa, do Grupo Royal Ahold, para o grupo Acon³¹¹, em 2005 e a venda do G.Barbosa em leilão em 2007, vencido

³⁰⁷ Julgado pelo CADE na 415ª Sessão Ordinária, ocorrida em 13 de fevereiro de 2008. Acórdão não publicado.

³⁰⁸ Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE

³⁰⁹ http://www.abase-ba.org.br/noticias/folder_noticias.2007-09-03.2519695322/noticia.2007-09-19.4624766720/view

³¹⁰ AC nº 08012.002207/2004-23

³¹¹ AC nº 08012.000734/2005-84

pela rede chilena Ceconsud³¹².

Foram determinadas restrições comportamentais auxiliares também, no sentido de adequação da cláusula de não concorrência, do "Instrumento Particular de Cessão de Bens e Direitos e Outras Avenças", celebrado entre as partes, para que sua delimitação espacial restrinja-se aos mercados definidos e que refira-se apenas ao mercado varejista de supermercados e hipermercados³¹³, bem como determinada a exclusão da cláusula de preferência do mesmo documento, de modo a permitir a entrada mais rápida e efetiva de terceiro nos mercados relevantes analisados.

Nesse sentido, importa mencionar que se a restrição estrutural me pareceu muito bem justificada ao longo do voto do relator e, admitindo-se correta a análise do mercado feita, muito pertinente, o mesmo não se pode dizer das restrições comportamentais impostas, pois que alcançam mercados em que não foi verificado impacto anticompetitivo da operação. Desse defeito, em verdade, padece a maciça jurisprudência do CADE.

De fato, com relação às restrições comportamentais, grande maioria das restrições impostas pelo CADE, muitas não se referem a Termos de Compromisso de Desempenho, mas a adequações de cláusulas do contrato analisado pela operação.

Em pesquisa no CADE acerca de decisões referentes à cláusula de não-concorrência, por exemplo, foram identificados 91 ementas entre 1999 e 2007³¹⁴. A grande questão colocada é a real necessidade das restrições impostas a essas cláusulas pelo órgão julgador. Realmente, 37³¹⁵ das ementas mencionadas – mais de 40%, portanto –,

³¹² <http://www.partnerreport.com.br/partnerreport/v2/sessoes.cfm?sessao=ClipPartner&id=20007>, após acirrada disputa em que também participaram Carrefour e o Grupo Pão de Açúcar. AC nº 08012.013938/2007-47

³¹³ A cláusula fazia menção também ao mercado de farmácias não analisado pela operação.

³¹⁴ Pesquisa feita em 19 de fevereiro de 2008, sem qualquer validade científica tendo em vista a falta de método da autoridade em elaborar as ementas, esse propósito o caso analisado anteriormente não se encontra aqui quantificado. No entanto, a amostragem é suficiente para demonstrar o que é sustentado pelos próprios membros do conselho acerca da jurisprudência majoritária e dita consolidada.

³¹⁵ Atos de concentração nºs 08012.000169/2006-36; 08012.000383/2001-88; 08012.000920/2003-51; 08012.001002/2003-40; 08012.001409/2001-13 (nesse caso ainda houve discussão sobre anuência de cláusula

relacionam-se a restrições à aprovação do ato relativamente à cláusula de não concorrência – seja com relação à sua abrangência geográfica, seja com relação ao tempo de duração – embora identificada a inexistência de prejuízos à concorrência. Resultado esse impensável tendo em vista a análise realizada durante esse trabalho.

Sobre isso, Bandeira de MELLO lembra que a discricionariedade foi posta na lei para que autoridade a aplicasse a providência mais adequada à situação analisada, pretendendo-se *evitar prévia adoção em lei de uma solução rígida, única* incapaz, portanto de satisfazer o interesse público estabelecido na regra³¹⁶. De fato, quando o Conselho se vê na situação em que deve, discricionariamente, impor uma restrição como condição do ato e o faz de forma enrijecida e única (admissão somente das cláusulas de não concorrência dentro do mercado relevante e pelo prazo de 5 anos), está, em verdade agindo de forma desarrazoada e, portanto, ilegítima.

Em alguns poucos, porém emblemáticos 9³¹⁷ casos, menos de 10% da

de não-concorrência superior a 05 anos. Consta do contrato da operação a estipulação de cláusula de não-concorrência pelo prazo de 10 anos. O relator concordou com a estipulação desse prazo considerando que a efetiva transferência dos ativos envolvidos na operação, em seu valor integral, assim compreendendo os esforços de Know How, só poderia ser realizada dentro do prazo estabelecido. Entendimento que a cláusula de não-concorrência deve ser avaliada em relação ao ciclo de vida do produto e o período de investimentos para inserção do produto no mercado. Vencido o relator quanto ao prazo da cláusula de não-concorrência, por ter entendido o Plenário que a circunstância mais importante a ser identificada na análise do mérito de uma cláusula de não-concorrência é a sua indispensabilidade com relação à finalidade de definir a exclusividade do domínio sobre os ativos envolvidos na transação); 08012.001895/2005-95; 08012.002207/2006-95; 08012.002421/2002-18; 08012.002454/2002-68; 08012.002653/2001-95; 08012.002734/2005-19; 08012.002878/2005-75; 08012.003325/2002-97; 08012.003331/2002-44; 08012.002734/2005-19; 08012.003504/2005-77; 08012.004326/2001-78; 08012.004793/2001-06; 08012.005348/2004-06; 08012.005540/2004-94; 08012.005868/2006-72; 08012.006152/2002-69; 08012.006478/2000-24; 08012.006486/2006-66; 08012.007269/2000-27; 08012.007698/2000-11; 08012.007787/2006-15; 08012.008131/2006-10; 08012.008814/1999-32; 08012.009176/2005-12; 08012.009282/2007-68; 08012.009500/2003-31 (nesse caso, houve ainda, a despeito da não existência de impactos, verificação de integração vertical mantida por Cláusula de Exclusividade que poderia possibilitar o fechamento do mercado de plásticos de engenharia. Assim, além da adequação da Cláusula de Não-Concorrência, houve supressão da Cláusula de Exclusividade); 08012.010301/1999-09; 08012.012350/2007-76; 08012.012379/2007-58; 08012.012440/2007-67; 08012.012591/1999-53.

³¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit., p.79

³¹⁷ Atos de Concentração n.ºs 08012.001066/2001-89; 08012.001128/2000-71; 08012.004742/2001-76; 08012.005971/2002-99; 08012.006197/2005-86 (merece menção o voto do Conselheiro-Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, que se refere à entrada em vigor do Novo Código Civil para flexibilizar o prazo da vigência da cláusula para 7 anos (fls. 176); 08012.007122/2000-16; 08012.007075/2003-45 (neste ato, o Conselheiro

coleção de julgados identificada, as cláusulas de não concorrência foram admitidas, mesmo fora da dita jurisprudência consolidada (prazo de 5 anos e limitação ao mercado geográfico da operação), com base, principalmente, na legalidade das ditas cláusulas e inexistência de impactos. É importante verificar também que essas decisões foram tomadas ao longo do tempo, entre 2000 e 2007, o que não significa que a jurisprudência venha se alterando com relação a isso, e que, inclusive, entendimentos totalmente divergentes têm convivido nas diversas composições do CADE.

Assim, a alegação a favor das decisões pela restrição à cláusula ainda que não tenham sido identificados efeitos anticompetitivos da operação, de que a mesma se apóia em jurisprudência consolidada, não se verifica.

E ainda que se pudesse alegar defesas tais como *Actual Potential Entrant Doctrine* tal alegação deve vir com a demonstração de que o uso da cláusula realmente está a restringir de forma abusiva entrada potencial no mercado, como longamente elaborado no Capítulo I desta parte.

Dessa forma, acredito que a fase de atos aprovados com restrição que deveriam ter sido vetados pelo CADE³¹⁸ tenha ficado em um passado (não muito) distante e que o órgão tenha criado mais estofo para desaprovar os atos que deveriam receber esse

Relator, Fernando de Oliveira Marques, também invoca a entrada em vigor do novo Código Civil e faz grande arrazoado para não concordar com a Procuradoria do CADE); 08012.008965/2006-17; 08012.011894/2007-11.

³¹⁸ Quanto a essa fase, o caso mais expressivo é o caso Kolynos Colgate, julgado em setembro de 1996, sobre o qual a própria Conselheira Relatora do, caso Lucia Helena Salgado, manifestou-se, na revisão em *O caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira* in: “A Revolução do antitruste no Brasil”, org.: César Mattos, São Paulo: Ed. Singular. 2003, p. 58, no sentido de que se a *operação dissesse respeito única e exclusivamente ao mercado relevante de creme dental, ela deveria ser rejeitada* tout court. No entanto é importante lembrar que, embora, relativamente a esse mercado, a operação só pudesse ser autorizada desde que atendesse a todas as condições do parágrafo único do art. 54, a decisão do CADE foi no sentido de suspender temporariamente o uso da marca e a adoção de medidas acessórias para evitar fricções no abastecimento. Por quatro anos a Requerente teve de suspender o uso da marca Kolynos no território nacional e assumir a obrigação de oferta pública de contratos de produção por encomenda do creme dental no mesmo segmento ocupado pela marca “Kolynos Super Branco” em volumes totais não inferiores a 14.000 toneladas/ano. A decisão, relembre-se foi tomada após rasa discussão de eficiências, na qual negligenciou-se a discussão acerca da distribuição das eficiências geradas pela operação. Ademais, há de se considerar se a aquisição integral da linha de creme dental seria o limite estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Tendo em mente que se o objetivo visado é a dominação do mercado e a exclusão de concorrente, isso configura-se infração à ordem econômica antes de tudo.

tratamento. No entanto, é imperativo que se tenha a cautela de não ultrapassar os limites da sua atuação, como por exemplo tem claramente feito com relação às cláusulas de não concorrência, para que não perca o respeito que ganhou ao longo dos quase 15 anos de vigor da lei 8.884/94, independentemente de eventual nova legislação a ser aprovada.

CONCLUSÃO

A minha intenção ao abordar a defesa da concorrência à luz do sistema de Direito Privado foi atender à solicitação de WIEACKER³¹⁹ e tentar concretizar *as três condições fundamentais de uma civilística capaz*: esclarecer o arcabouço jurídico nacional, de forma a identificar a consciência geral do direito, perceber e elaborar um quadro do conjunto da realidade social que circunda esse ramo direito, e garantir que a análise aqui realizada está de acordo com o pensamento atual.

Realmente, como identificou WIEACKER³²⁰, viu-se instalada a crise do direito civil e de conceitos privados tais como liberdade e propriedade. Cláusulas como boa-fé e função social da propriedade, dos contratos e da empresa vieram para dar ao *conceito romano do direito de usar, gozar e dispor*³²¹ outro conteúdo (e não mera limitação).

Essa crise do direito privado teve origem na evolução do pensamento econômico e no reconhecimento de que a ideologia liberal não era suficiente para sustentar o pensamento capitalista e que, portanto, para impedir as falhas causadas pela mão invisível do mercado, o Estado viu-se detentor da obrigação de limitar o exercício da livre iniciativa e dos direitos de propriedade em nome do funcionamento do sistema capitalista e da propriedade, ao proclamar a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, assegura a existência deste último.

³¹⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. op.cit., p. 722

³²⁰ Ibidem

³²¹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Objeto do Direito Econômico*. loc. cit.

Reconhecido o mercado como uma escolha jurídica, ao Estado coube delimitá-lo estrutural e dinamicamente, segundo a compreensão e contexto do pensamento econômico atual, porque conceitos intrínsecos à determinação do metamercado pelo Direito.

Foram eleitos como instrumento do Estado para a realização da sua função, normas de regulação e a delimitação administrativa do conteúdo normal do direito de propriedade, efetivamente corrigindo as ineficiências do individualismo.

No Brasil não foi diferente e, aqui, optou-se por um modelo neoliberal, fundado na liberdade de iniciativa, mas preocupado com a efetiva institucionalização dos conceitos jurídicos como a propriedade. Tanto é assim, que na própria Constituição Federal, o Estado brasileiro define a propriedade como direito-função e limita o exercício da liberdade à finalidade de assegurar a todos existência digna. O nosso modelo neoliberal, assim, é menos a escola de Chicago e mais próximo de Schumpeter.

FERRI é contrário à destinação de uma função para o exercício da autonomia privada pois isso tende a transformá-la em *um poder-função, isto é em um poder a que a lei propõe a consecução de um fim*. Mas FERRI tece essa crítica justamente se baseando na distinção entre direito público e privado³²² que, acredito, encontra-se relativizada no presente momento, como apresentado na introdução a este trabalho.

Na sua concepção dinâmica, como meios de atender a função da propriedade e da empresa e garantir a finalidade da livre iniciativa, o modelo Brasileiro elegeu a proteção à concorrência como princípio da ordem econômica, pois que identificado

³²² FERRI, Luigi. *La autonomia privata*. op.cit., p. 11-12. No original: *Está muy difundida la opinión de que la actividad negocial deba perseguir fines socialmente apreciables. Esta idea (...) tiende a transformar la autonomía privada en un poder-función, esto es, en un poder al que la ley propone la consecución de un fin. Adoptándola se va a chocar contra la razón misma de la distinción entre derecho público y privado, entre interés público e intereses privados.*

que a concorrência é um mecanismo de funcionamento deste mercado e sem o qual as falhas serão dominantes.

À legislação infraconstitucional coube, então, a ordenação da concorrência e repressão do abuso de forma inequívoca. No entanto, ao impor limitações ao direito de propriedade e à livre iniciativa, o Estado deve estar consciente de que, ainda, a propriedade é direito fundamental e é princípio da própria ordem econômica e que a sua ofensa admite proteção.

Do ponto de vista das escolhas para o direito privado, lembro que Miguel REALE³²³, já na sua exposição de motivos do anteprojeto ao Código Civil de 1975, é categórico em dizer que *reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários* e apresenta o anteprojeto ao código civil, tomando como premissa o reconhecimento de que *cada vez mais o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais*.

Desta forma, ainda que sob a justificativa de conter abusos, o Estado deve preocupar-se em verificar e proteger a propriedade e a justa indenização pela sua perda.

O CADE, como braço do Estado a aplicar a legislação antitruste, deve obedecer a essa mesma premissa e cuidar de exercer o controle do abuso sem descuidar da proteção à propriedade privada nos termos resguardados pela Constituição. A planificação indicativa, do artigo 174 da Constituição está a significar nos termos do antitruste que o CADE tem de identificar o que soluciona o abuso sim, mas que deve também abarcar, principalmente nos casos de restrições estruturais, todas as formas jurídicas pelo qual o efeito

³²³ NERY Jr., Nelson. *Código Civil Comentado*. op. cit., p. 136

pretendido deve se dar, não só para proteger a propriedade mas também garantir a sua executoriedade com o menor dano para a sociedade.

Ao CADE também se aplicam, os princípios da razoabilidade, impessoalidade e o dever de motivação dos seus atos e fundamentação de sua decisão, o que significa no modelo adotado por nós, que não podem ser admitidas decisões pouco justificadas nem padronizadas (como a aceitação de cláusula de não concorrência por tempo e espaço pré-concebidos), uma vez que não existe no Brasil conduta considerada infração per se, e que o objeto do controle é tão somente o abuso – ou seja, atos de concentração cujos objetivos não sejam aqueles instituídos no parágrafo primeiro do artigo 54 da legislação e que não ocasionarão benefícios aos consumidores.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*, In: Revista de Direito do Consumidor; vol. 14. São Paulo: RT. 1995.

ALBERTINI, Jean-Marie, e SILEM, Ahmed. *Comprendre l'économie, tome 2, Petit guide des grands courants*, Édition du Seuil, 1988.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia Privada*, disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm>, acessada em 13.mar.2008

ANAN Jr., Pedro. *Fusão, Cisão e incorporação de sociedades – Teoria e Prática*, São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ARIDA, Pêrsio. A pesquisa em Direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 60-83

ATYIAH, P.S.. *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford: Clarendon Press, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). *Código Civil comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195*, São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de (org). *Comentários ao código civil – parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*, São Paulo: Saraiva, 2003

BARBI FILHO, Celso. "Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal", in Revista de Direito Mercantil 121.

BARRETO Fº, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, parecer publicado em http://www.migalhas.com.br/_mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582, (acessado em 08.fev.2008)

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 21ªed, São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2001

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, v. 7, São Paulo: Saraiva, 2001

BATALHA, Wilson de Campos Souza. *Comentários à lei das SA*, vol III, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BERTOLDI, Marcelo (coord.). *Reforma da lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BREUNIG, Robert e MENEZES, Flavio. *Maverick Firms: An Exploratory Analysis of Mortgage Providers in Austrália*. School of Economics, The University of Queensland. Austrália, 2007, disponível <http://www.uq.edu.au/economics/abstract/348.pdf>, acessado em 25/mar/2008.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e Direito Antitruste*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Fusões incorporações e Cisões de Sociedades*, São Paulo: Atlas, 6ª edição, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2002.

CAVALLI, Cássio. *Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado* In: Revista de Direito Privado, nº 22.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v.2. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Poder Econômico: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CARVALHOSA, Modesto e EIZRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004

_____. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a Concepção Social do Contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade e VIANA, Rui Geraldo Camargo (coord.) *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69-79

DUTRA, Pedro. *Preços e polícia*. São Paulo: Revista do Ibrac, v. 4, nº4, 1997.

_____. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, e FERNANDEZ, Tomás-Ramón.. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Madrid: Editora Civitas, 4ª edição, 1997

EVERETT, Ann-Britt e ROSS, Thomas W. *The Treatment of Efficiencies in Merger Review: An International Comparison*, 2002, disponível em <http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/01263e.html>, acessado em 24.fev.2008

FARIA, Werter R. *Constituição Econômica. Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRI, Luigi. *La autonomia privata*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRADERA, Vera Maria Jacob (org.) – *O direito Privado brasileira na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

FREITAS, Augusto Teixeira de, *Vocabulário Jurídico: com apêndices*. Edição comemorativa do centenário do autor, cuidada por Alcides Tomasetti. São Paulo: Saraiva, 1983.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Priscila. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002.

_____. *Direito e mercado: a liberdade de contratar como expressão da livre iniciativa e suas limitações - Dirigismo contratual e interpretação dos contratos comerciais*. Trabalho não publicado

GOMES Orlando, *Contratos*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

GRAU, Eros Roberto. *Função social da Propriedade (direito econômico)*. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 39. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel.

HORACIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*, Primeira Impressão, São Paulo: 2006.

HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 1981.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Gius. Laterza & Figli, 5ª ed. 2003.

JACOBSON, Jonathan M. *Antitrust Law Developments*, 6 ed., Chicago: American Bar Association, 2007, disponível em http://www.google.com.br/books?id=oT07hNxzMwQC&printsec=copyright&dq=Actual+Potential+Entrant+Doctrine&lr=&source=gbs_toc_s&cad=1, acessado em 05.mar.2008

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KEYNES, John Maynard. *The end of Laissez faire*. 1926. In: <http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html> Acesso em: 08.01.2008.

KITSH, Edmund W. *Los fundamentos intelectuales del analisis económico de derecho*, In: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, ITAM – Instituto Tecnológico Autônomo de México, México: 2000, p.51-65

KUPFER, David. *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002

LARENZ, Karl. *Metodologia do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1997.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Principais limitações ao direito de propriedade no Código Civil de 2002*. In: Revista do Advogado. Ano XXVI. Nº 90. São Paulo: AASP, mar/2007.

MATTEI, Ugo e PARDOLESI, Roberto. *Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo*, In: Derecho y Economía: una revisión de la literatura, ITAM – Instituto Tecnológico Autónomo de México, México: 2000.

MATTOS, César (org.). *A Revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Ed. Singular. 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

MIESES, Ludwig Von. *O mercado*. Rio de Janeiro: José Olympio/Instituto Liberal, 1987,
Disponível em:
<http://www.fca.unesp.br/departam/Gestao/docentes/texdisc/alberto/mercado.doc> . Acesso em:
26 abr. 2006

MORENILLA, José Maria Souvirón. La Actividad De La Administración Y El Servicio Público. Granada: Editora Comares, 1998, **Capítulo III: El Concepto Jurídico de Servicio Publico: Evolución Y Crisis Actual**.

NELLA, Luca di. *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 2003.

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo, RT, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*, São Paulo: RT, 2002

_____. *Idéias do Mundo antigo. A equação do justo e o direito de obrigações*. In: Revista de Direito Privado nº 20.

_____. *Ato e Atividade* In: Revista de Direito Privado nº 22.

_____. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado*. In: Revista de Direito Privado nº 17, pp. 65-70

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestrutura de redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NUSDEO, Ana Maria. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica (o controle da concentração de empresas)*, São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo: Saraiva, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Granada: Ed. Comares, 1999.

OSTI, Cristoforo. *Nuovi obblighi a contrattare*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão de valor de auto determinação da pessoa*, em http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm. Acessado em 28.jan.2008.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo* – vol. II, 2ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar, e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PORTER, Michael. *Competição: estratégias competitivas essenciais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1999, p. 39, disponível em <http://www.google.com.br/books?id=SMfDDZCuCIEC&printsec=frontcover&dq=michael+porter&sig=jFFtM29CC-r1KkDGvIPrkR5hyv8#PPA39,M1>, acessado em 04 de março de 2008.

POSNER, Richard A. *Usos Y abusos de la teoría económica en el derecho*, In: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, ITAM – Instituto Tecnológico Autônomo de México, México: 2000, p.66-90

_____ *The Economics of Justice*, Harvard University Press, EUA, 1983.

POSSAS, Mario Luiz (coord). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o Direito da Concorrência*, São Paulo: Saraiva, 2001.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ªed. São Paulo: RT, 1999

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. vv. I e II, Milão: Giuffré Editore, 1975.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, tradução Edmir Mossio, São Paulo: Martins fontes, 2000.

RODRIGUES Silvio. *Direito Civil*, v.3: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, 29ª, São Paulo: Saraiva, 2003

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*, coleção os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1973

SALGADO, Lucia Helena. O caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira, in: MATTOS, César (org.). *A Revolução do antitruste no Brasil*, São Paulo: Ed. Singular, 2003

SALLEILLES, Raymond. Prefácio, in: GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ed., Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1954.

SALOMÃO Fº, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____.(org.) *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros, 2002

_____.*Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito Empresarial Público*. Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro, São Paulo: RT, v. 112, p. 9-18, out./dez. 1998.

_____. *Função social do Contrato: primeiras anotações*. Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro, São Paulo: RT, v. 132, out./dez. 2003.

SCHLOSSBERG, Robert S., *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 2 ed., Chicago: American Bar Association, 2004, disponível em <http://www.google.com.br/books?id=JmcoRxfB1OsC&pg=PA321&dq=Actual+Potential+En+trant+Doctrine&lr=&sig=AfbqeipcaWijkphiIAeOVVUFEaA#PPA321,M1>, acessado em 05.mar.2008.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *O direito da Concorrência e seus fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8884/94*. São Paulo: RDM, ano XXXIX, nº 117, jan./mar.2000.

SERRANO, Luis María Miranda. *Las concentraciones económicas, Derecho Europeo y Español, La Ley*. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SINGER, Paul. *O Brasil na crise*. São Paulo: Contexto, 1999.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993.

SUSTEIN, Cass R. *Lãs Funciones de las normas regulativas, Isonomia – Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*, ITAM – Instituto Tecnológico Autônomo de México, México: Vol. 17, outubro de 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

VARIAN, Hal R., *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. 2ª ed. Rio De Janeiro: Forense, 1993.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Objeto do Direito Econômico*, São Paulo, 1976.

WESTON, Fred, CHUNG, Kwang e HOAG, Susan. *Mergers, restructuring, and corporate control*. Prentice-Hall, New Jersey, EUA, 1990.

WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

DOCUMENTOS

Parecer do Professor Werter R. Faria juntado aos autos do processo Nestlé-Garoto. Ato de Concentração 08012.001697/2000-

Dicionário de Termos financeiros da FEBRABAN, disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicionario/FRConsultas.asp>. Acesso em 01/ago/05

FTC, Bureau of Competition, *A study in the Commission's divestiture process*, 1999, disponível em <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>, acessado em 20.02.2008

Horizontal Merger Guidelines do Federal Trade Commission e do Department of Justice dos Estados Unidos, disponível em http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, acessado em 25.02.2008

OECD, Roundtable on dynamic efficiencies in merger analysis, de 28 de maio de 2007, disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/bb-roundtable-on-dynamic-efficiencies-in-merger-analysis-2013-note-by-brazil-seae-cade-2007, acessado em 24.fev.2008

Standard Oil Co. of New Jersey v. U. S., 221 U.S. 1 (1911). Disponível em http://biotech.law.lsu.edu/cases/Antitrust/Standard_Oil_case. Acesso em 26.abr.2006

Consulta nº 60/00, de Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), a Associação Brasileira de Agência de Publicidade (APAP), a Federação Brasileira das Agência de Propaganda (FENAPRO), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), a Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura (ABTA), a Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Central de Outdoor.

Atos de Concentração nº 08012.002315/99-50 e 08012.004117/99-67 para a criação da Brasil Álcool S/A (“BrA”) e a Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. (“BBA”)

Ato de concentração nº 08012.006976/2001-58, entre BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR), G. Barbosa & Cia. Ltda. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda.

Ato de Concentração nº 08012.003409/2004-92, entre Comal Combustíveis Automotivos Ltda, Lubrificantes Gasil Ind e Com. Ltda.

Ato de Concentração nº 08012.000311/2007-26, entre Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda